PRES Université Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement par

Caroline Cochez

Le 4 décembre 2013

La participation du droit des biens au mouvement de socialisation du droit

JURY

Directeur de thèse : **Pierre-Yves Verkindt**
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Membres du jury: **Sandrine Chassagnard-Pinet**
Professeur à l'Université Lille 2
William Dross, rapporteur
Professeur à l'Université Lyon 3 Jean Moulin
Grégoire Loiseau, rapporteur
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Thierry Revet
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

PRES Université Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement par

Caroline Cochez

Le 4 décembre 2013

La participation du droit des biens au mouvement de socialisation du droit

JURY

Directeur de thèse : **Pierre-Yves Verkindt**
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Membres du jury: **Sandrine Chassagnard-Pinet**
Professeur à l'Université Lille 2
William Dross, rapporteur
Professeur à l'Université Lyon 3 Jean Moulin
Grégoire Loiseau, rapporteur
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Thierry Revet
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse M. Pierre-Yves VERKINDT pour ses conseils précieux et sa disponibilité ainsi que Christophe JAMIN pour avoir guidé mes premières recherches.

J'adresse ensuite un merci tout particulier à Frédéric AUDREN qui a toujours porté un regard bienveillant sur mon travail et m'a apporté une aide capitale pour la réalisation de cette étude.

Merci enfin à mes parents, Alban et Thomas pour leur patience et leur soutien sans faille.

A mon fils, Thomas, qui a été une source de

motivation formidable

« Si donc je me suis chargé d'une tâche si lourde pour mes épaules, ce n'était pas faute de connaître notre faiblesse, mais parce que je savais que ce genre de combat - le combat intellectuel, veux-je dire - a ceci de particulier que la défaite même est profitable.
De là résultent à bon droit, même pour les plus faibles, la possibilité et le devoir non seulement de ne pas refuser de se battre, mais bien de le souhaiter. Car celui qui succombe reçoit du vainqueur un bienfait, loin de subir un dommage, puisque grâce à lui il s'en retourne plus riche, c'est-à-dire plus savant, et mieux préparé aux futurs combats.
Tel est l'espoir qui m'animait, faible soldat, quand je n'ai pas craint le moins du monde de livrer une si rude bataille aux plus braves et aux plus énergiques de tous. Quant à savoir si j'ai agi ou non à la légère, on en pourra mieux juger, en tout état de cause, par l'issue du combat que par le nombre de nos années »

Jean Pic de la Mirandole, *De la dignité de l'homme*, 1486

L’université n’entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

LISTE DES ABREVIATIONS

Adde	*a*jouter
al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. santé pub.	Code de la santé publique
C. urb.	Code de l'urbanisme
CA	Arrêt de Cour d'appel
Cass (1ère, 2ème, 3ème)civ	Arrêt de la 1ère, 2ème, 3ème Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
Cf.	*Confer* (se reporter à)
Chron.	Chronique
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
Contra	Solution-opinion contraire
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D.	Décret

D.	Recueil Dalloz (puis Le Dalloz)
Dig.	Digeste
(dir.)	Sous la direction de
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Droits	Droits, Revue française de théorie juridique
éd.	Edition
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*ibidem* (au même endroit)
Infra	ci-dessous
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP E	Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit.	*Loco citato* (à l'endroit cité)
Mél.	Mélanges en l'honneur de …
n°	Numéro
Nlle bibl. th.	Nouvelle bibliothèque de thèses
not.	Notamment
obs.	Observations
op. cit.	*opere citato* (dans l'ouvrage cité)
ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Pages

préf.	Préface
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PUN	Presses Universitaires de Nancy
PUR	Presses Universitaires de Rennes
rapp.	Rapport
réf.	Références
Rev.	Revue
Rev. Crit. Lég. et jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
RFDA	Revue française de droit administratif
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RRJ	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
RTD. Civ	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant(e)s
Somm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
t.	Tome
th.	Thèse
trad.	Traduction
v.	Voir
v°	*Verbo* (au mot)
vol.	Volume

SOMMAIRE

Introduction

PREMIERE PARTIE
LE DROIT DES BIENS, TERRE D'ELECTION DE LA SOCIALISATION DU DROIT

TITRE I. LE ROLE DU DROIT DES BIENS DANS LA CONCEPTION SOCIALE DU DROIT : L'EXPLICATION PAR L'HISTOIRE

Chapitre 1. Les expressions anciennes de la socialisation dans le droit des biens
Chapitre 2. La part du droit des biens dans la formulation des idées relatives à la socialisation du droit

TITRE II. LE ROLE DU DROIT DES BIENS DANS LA CONCEPTION SOCIALE DU DROIT : L'EXPLICATION PAR L'OBJET

Chapitre 1. L'apport du droit des biens à la mise en œuvre des mécanismes de réduction de la diversité sociale
Chapitre 2. L'apport des procédés de simplification de la réalité matérielle à la construction d'un droit des biens socialisé

DEUXIEME PARTIE
LE DROIT DES BIENS, TERRAIN D'EXPANSION DE LA SOCIALISATION DU DROIT

TITRE I. LA SOCIALISATION DU DROIT DES BIENS REVELEE PAR LA RECOMPOSITION DU DOMAINE DE L'APPROPRIATION

Chapitre 1. L'extension du domaine de l'appropriation
Chapitre 2. L'ouverture du droit civil des biens

TITRE II. LA SOCIALISATION DU DROIT DES BIENS REVELEE PAR LES PRINCIPES RELATIFS A L'EXERCICE DU DROIT DE PROPRIETE

Chapitre 1. La délimitation des droits du propriétaire sur la chose appropriée
Chapitre 2. Les limitations aux droits du propriétaire sur la chose appropriée

Conclusion

INTRODUCTION

« Si la définition du droit a toujours été et demeure problématique, c'est peut-être parce que l'on ne s'est pas assez attaché au passage de l'adjectif au substantif. S'il en avait été autrement, on aurait pu se dire qu'il en allait du droit par rapport au juste, comme de la morale avec le bien ou de l'esthétique avec le beau. Et le tour aurait été joué. Mais cela n'aurait pas suffi, car le juridique est soumis à une pression particulière du groupe social qui ne se borne pas à lui poser des questions mais exige de lui des réponses, quitte à lui laisser avant sa décision, un temps de doute qui n'est ni pyrrhonien, ni cartésien et contribue à sa spécificité »[1]

Il est frappant de constater le nombre des disciplines scientifiques qui se partagent l'emploi du mot « socialisation ». La notion vient assez largement nourrir les recherches engagées autour de l'homme et de son activité dans le champ des sciences humaines et sociales[2]. Son empreinte est tout autant visible dans les études de sociologie juridique. C'est précisément dans les contours de cette dernière et en regard des suggestions plus générales de la sociologie qu'il a été possible de réfléchir aux rapports entre « socialisation » et « droit ». L'association ne révèle cependant pas immédiatement son sens. Tout n'est pas dit, quand on adjoint au premier élément de la proposition l'idée *du juridique* parce qu'il est de l'essence même du droit que de contribuer à la réalisation de la

---

[1]TERRE (F.), « Un progrès du droit ? », *JCP. G.*, Hors-série, 21 juin 2010, p. 19.

[2] Not. dans le domaine de l'anthropologie, de la psychologie sociale ou de la sociologie ; c'est, en effet, l'univers scientifique évoqué par C. DUBAR in *La socialisation : construction des identités sociales et professionnelles*, Paris, Armand colin, 3ème éd., 2000, pp. 7 et s.

socialisation. L'intérêt est donc de préciser dans quelle direction conduit l'association des termes « droit » et « socialisation ». La socialisation favorise la rencontre entre sociologie et droit. Elle crée entre ces deux domaines des lieux de passage. Néanmoins, il faut admettre que, sitôt rapportée au droit, elle prend sur ce terrain spécifique des traits particuliers.

La racine du mot « socialisation » explique la multitude des acceptions qu'on lui connait. On la raccroche instinctivement aux pièces du discours qui ont pour appui *le social*. Elle est donc susceptible d'être apparentée à la multitude des conceptions dont il est le fondement. Il importe, dès lors, de faire le départ entre les liens susceptibles d'être utiles et ceux qui entameraient définitivement, s'ils n'étaient pas défaits, les chances de connaître à propos de la socialisation du droit (I). C'est donc à établir une définition de la notion qu'il faut s'attacher.

D'un autre côté, il n'est pas certain que l'expression « droit des biens » soit plus évidente à cerner. C'est encore la pluralité qui marque la discipline, ne serait-ce que parce que le terme « biens » renvoie désormais à des réalités très différentes. La qualité de bien est, en effet, appliquée autant à des objets tangibles qu'à certaines valeurs virtuelles ou immatérielles. La variété des biens que le droit contemporain consacre a nettement compromis les chances de fixer des bornes au droit des biens. Il faut donc davantage se résoudre à constater une évolution certaine du périmètre assigné à la matière (II). Si l'on ne doit pas négliger de voir la part que lui ont laissé les rédacteurs du Code civil, il convient, de toute évidence, de donner un point de vue élargi sur le rayonnement qu'a acquis le droit des biens. Il affiche désormais une emprise sur des domaines dont on le démarque généralement au plan académique. Augmenté, le droit des biens offre une surface relativement importante à la mise en œuvre d'une conception sociale du droit. Egalement, l'ouverture du droit des biens aux idées sociales n'est pas étrangère à la variation de ses contours. L'allure actuelle de la matière est principalement le fait de la réception des thèses relatives à la socialisation du droit (III).

I. Le domaine couvert par l'association des termes socialisation et droit.

Quel que soit le point de vue retenu pour en observer les manifestations, on relève la part du *juridique* dans les phénomènes de socialisation. Les références au droit prennent une coloration différente selon que l'on envisage l'analyse de la socialisation, de la socialisation juridique ou encore de la socialisation du droit.

1. **Socialisation**. Les idées durkheimiennes sur l'éducation occupent une place privilégiée dans l'approche de l'idée de socialisation. Selon Durkheim, le processus éducatif, est « l'action exercée par les générations adultes sur celles qui ne sont pas encore mûres pour la vie sociale » et il a pour objet, « de susciter et de développer chez l'enfant un certain nombre d'états physiques, intellectuels et moraux que réclament de lui et la société politique dans son ensemble et le milieu spécial auquel il est particulièrement destiné »[3]. Finalement, l'éducation « consiste en une socialisation méthodique de la jeune génération »[4]. Ce point de vue prête à la socialisation un effet essentiellement descendant qui s'exerce sur l'individu dès l'origine et qui produit ses résultats par la contrainte. Pour expliquer le phénomène, Durkheim, décrit, comme l'ont souligné certains, le seul accès « biographique »[5] de l'homme au « statut » d'être social. Il développe, en ce sens, une approche holistique de la socialisation ou de sa réalisation. Selon lui, la société fait l'individu, elle l'attire à elle à travers l'apprentissage méthodique des normes, des valeurs et codes de valeurs. Chaque génération doit se socialiser en considération des modèles hérités des générations précédentes. La socialisation, chez Durkheim, se conçoit comme

---

[3] DURKHEIM (E.), *Education et sociologie*, Paris, PUF, 1973, p. 41.

[4] Ibid.

[5] DUBAR (C.), *La socialisation*, op. cit., p. 23.

un procédé linéaire qui s'accomplit par l'éducation, entendue comme l'application aux jeunes sujets d'un « esprit de discipline »[6].

Cette conception qui vise à considérer la socialisation uniquement sous le rapport de la verticalité et de la normativité a, par la suite, été corrigée et contestée. Certains sociologues se sont élevés contre elle et ont offert de repenser les termes de la construction de son identité par l'individu autour des idées de « transaction » et de « coopération ». On doit notamment à Piaget[7] d'avoir entrepris une approche dite « sociologique » de la socialisation en insistant sur le rôle actif tenu par l'individu dans l'apprentissage des valeurs sociales. L'homme se socialise, tout autant qu'il a pu être socialisé. Son activité l'amène au contact avec un environnement où les rencontres et les dialogues possibles permettent une révision de certaines représentations[8]. La socialisation serait donc aussi un processus d'interaction entre l'individu et son milieu, non plus seulement un mécanisme favorisant la reproduction sociale. L'homme est acteur de sa socialisation. Le phénomène est continu. Il s'accomplit à chaque fois que l'individu rencontre de nouveaux agents ou intègre de nouvelles instances de socialisation[9].

Même entendues ces thèses dites relationnistes ou constructivistes, il revient de constater que la conception de Durkheim de la socialisation trouve encore, en elle seule, un écho théorique dans le champ de la sociologie juridique. C'est lorsqu'il s'agit d'approcher l'idée de socialisation juridique qu'elle recouvre sa vigueur, soit parce que l'on considère

---

[6] DURKHEIM (E.), *L'éducation morale, (Cours de sociologie dispensé à la Sorbonne en 1902-1903)*, Paris, Félix Alcan, 1934, quatrième leçon « L'esprit de discipline ».

[7] Voir not. PIAGET (J.), *Etudes sociologiques*, Genève, Librairie Droz, 1965, spéc. pp. 155 et s. et *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, PUF, 1932.

[8] C'est l'idée qui est également défendue, à l'heure actuelle, par BERGER (P.-L.), LUCKMANN (T.), TAMINIAUX (P.) in *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, coll. « individu et société », 2ème éd., 2006.

[9] Le processus de socialisation débute dès la naissance, il se poursuit tout au long de la vie et ne s'achève qu'avec la mort. La famille est certainement l'instance de socialisation la plus déterminante, puisqu'elle est chronologiquement la première. Le monopole de son influence sur l'enfant est cependant atténué au-delà d'un certain âge. L'école, les organisations professionnelles, les églises, les associations, les médias contribuent également à l'intégration des valeurs, des normes et des rôles sociaux.

que l'hypothèse peut rendre opératoire une socialisation de l'enfant à l'égard du droit soit parce que l'on pense qu'elle est un mode de son expression dans l'espace même des représentations juridiques.

2. Socialisation au droit. Le *juridique* est au point de départ et à l'arrivée des phénomènes de socialisation. Il semble convoqué à plusieurs niveaux. Il est l'une des fins mais aussi un instrument de toute socialisation. Il investit si largement l'espace conceptuel dédié à la socialisation que certains considèrent que la socialisation juridique peut être retenue comme un point particulier qui s'insère au cœur des théories s'attachant au thème plus vaste de la socialisation, comme un objet d'étude dont il est parfois difficile de « percevoir la spécificité, tant celui-ci est immergé dans les apprentissages quotidiens »[10].

L'expression socialisation « au » droit indique de remarquer que le processus de socialisation doit réserver une part à l'assimilation des préceptes juridiques[11]. L'existence de la préposition « à » suggère que la socialisation amène l'individu au droit, du côté du droit, à la fréquentation du droit. C'est un rapport de destination qui s'accomplit en effet. Il y a également derrière l'expression socialisation « au » droit l'idée d'un effort à accomplir à l'égard du droit, celle d'une soumission aux principes que formule le droit positif. L'individu socialisé est formé au droit. Il a intégré la nécessité de se plier aux impératifs qu'il pose. Le *juridique* est une instance de socialisation de l'individu. La combinaison des termes socialisation et droit peut également produire un autre résultat. Le droit comme complément du terme socialisation ne désigne pas nécessairement un moyen ou un but à atteindre. Il faut admettre que la formule socialisation « du » droit n'implique

---

[10] KOURILSKY-AUGEVEN (C.), *Les processus de socialisation juridique : la formation des connaissances et des représentations du droit avant l'âge adulte*, Paris, Institut de rech. Comparatives sur les institutions et le droit., 1990, p. 15.

[11] On peut d'ailleurs un rapprochement avec le thème de la socialisation politique pour évoquer une socialisation progressive depuis l'enfance *au politique*, v. not. PERCHERON (A.), *La socialisation politique*, Paris, A.Colin, 1974.

pas un tel lien de destination[12]. Malgré l'identité des termes, socialisation « au » droit et socialisation « du » droit doivent donc être distinguées. Aux termes de la seconde expression, c'est à socialiser le droit qu'il faut s'employer.

3. Socialisation du droit. Il y a, sous l'énoncé socialisation « du » droit, l'expression d'une appartenance. Il invite encore à situer l'idée de socialisation dans l'espace juridique. Il suggère qu'il existerait un mouvement de socialisation propre au droit. Cette appropriation de la notion de socialisation permet son importation sur le terrain juridique. L'élaboration d'une telle formule laisse penser que la socialisation du droit n'est pas le pur décalque d'un concept façonné dans le champ d'une autre discipline. Elle est, en effet, une notion « aux usages multiples »[13] qui parait être au fondement d'une réflexion spécifiquement juridique. Dans ce sens, elle permet de construire un regard particulier sur la réalité du droit.

Si l'on évoque distinctement socialisation juridique et socialisation du droit, il faut tout de même admettre que ce n'est pas en termes d'opposition qu'il faut concevoir ces deux évènements. En réalité, la socialisation du droit achève la socialisation juridique. Il s'agit d'installer l'individu juridiquement formé dans la collectivité en engageant une réflexion autours des normes et des institutions juridiques. Il faut encore faire de l'individu, un être social et un « animal politique », au sens où l'entend Aristote[14], c'est-à-dire vivant en communauté selon des règles jugées justes. C'est certainement parce que, le droit est un système social, à la fois, fermé sur lui-même avec sa logique et sa rationalité propres mais aussi totalement ouvert sur son environnement que les thématiques de la socialisation

---

[12] C'est ce qui justifie que l'on délaisse dans cette étude les analyses relatives à la socialisation au droit. L'objet de la thèse ne vise, en effet, pas à analyser les processus de socialisation dans le sens où l'expression socialisation « au » droit les mobilise.

[13] DARMON (M.), *La socialisation*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 6.

[14] *La Politique*, I, 2, 1253a 3 et 7.

juridique et de la socialisation du droit sont intimement mêlées[15]. Il faut donc admettre l'hypothèse d'une conception interactionnelle des phénomènes de socialisation et voir dans la seconde le prolongement idéal de la première.

Pour autant le concept de socialisation du droit est singulier. Développé par les juristes il entre assez rapidement en contact avec d'autres notions approchantes. L'explication tient à ce que la socialisation « possède autant d'univers de significations qu'il existe de point de vue sur le social »[16]. Cette pluralité est annoncée par l'étymologie. La socialisation contient *le social* en germe, le substantif qui la supporte suggère un mouvement qui aurait pour principe de devoir « rendre social » l'objet sur lequel elle porte ou plus généralement de faire advenir *le social*. Or, qu'il soit lui-même envisagé comme substantif ou comme adjectif, il est « polysémique »[17] et « multiforme »[18]. Selon certains, toute tentative pour en fixer les contours paraît incertaine. Toutefois, on ne peut se soustraire à cet effort. Il suppose donc certaines précautions théoriques parce que, sous le « chapeau » du terme « social », «s'entrechoquent, idéologiquement, des conceptions diamétralement opposées »[19]. L'indétermination qui suit l'évocation du *social* aurait également atteint le concept de socialisation.

Pour dissiper le trouble, il convient, sur le terrain des concepts qui ordonnent autour des idées de fraternité, solidarité et Justice, de dégager une part propre à la socialisation du droit. Il faut établir une distinction entre elle et les notions qui lui sont voisines ou proches. Selon les prescriptions de M. Jarrosson, en effet, « l'étude d'une notion difficile à

---

[15] V. le point de vue du sociologue contemporain : LUHMANN (N.), *Law as a social system*, trad. par K. A. Ziegert, Oxford, Toronto, Oxford University Press, 2004.

[16] DUBAR (C.), *La socialisation*, op. cit., p. 7.

[17] DAVID (M.), *Les fondements du social*, *De la IIIè République à l'heure actuelle*, Paris, Economica, Anthropos, 1993, p. 9.

[18] LYON CAEN (G.), « Divagations à propos d'un adjectif qualificatif » in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur de Jean Savatier*, COUVRAT (P.) (dir.), Paris, PUF, 1992, p. 345.

[19] DAVID (M.), *Les fondements du social*…, *op. cit*., p. 8.

cerner suppose aussi l'étude de ses variations […]. Autrement dit, si l'étude d'une notion est très utile, elle n'est pas en tant que telle suffisante. Elle doit être complétée par une étude plus globale de la « famille de notions » à laquelle elle appartient »[20]. Dans ce contexte, c'est à donner de façon précise et concrète les traits spécifiques et les « caractères distinctifs » de la notion de socialisation du droit qu'il faut s'essayer. Il appartiendra d'en déterminer les « limites et le contenu », d'en dire les « attributs essentiels »[21] et l'allure particulière pour voir que dans le champ des concepts, même s'il partage avec d'autres certaines caractéristiques, celui de socialisation du droit est relativement autonome. Il revient par conséquent d'en proposer une définition « réelle »[22] par référence à ses critères propres.

4. Nécessité de définir la socialisation du droit. Plusieurs sens sont donnés de l'expression « socialisation ». Il n'est pas nécessaire d'arbitrer entre eux pour ramener l'étude de la notion de socialisation dans les contours du droit. Ils peuvent tout à fait apporter conjointement à l'analyse du concept de socialisation du droit. C'est le parti qui sera pris ici, de considérer ensemble ces différentes significations, elles sont en réalité compatibles pour l'étude et permettent un assemblage qui donne la mesure du concept envisagé.

Dans un premier temps, l'Académie désigne par « socialisation » : « le fait de développer des relations sociales, de former en un groupe, en société »[23]. Cette définition est celle donnée en 1836. Elle sera complétée en 1840. Un deuxième sens est ajouté, le terme

---

[20] *La notion d'arbitrage*, *op. cit*., p. 228.

[21] *Trésor de la langue française informatisé*, v° « définition ».

[22] Au sens où G. CORNU l'entend in *Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12ème éd., 2005, p. 95.

[23] DAUZAT (A.), DUBOIS (J.), MITERRAND (H.), *Dictionnaire étymologique et historique de français*, réed. 1993, v° « socialisation ».

renvoyant, dès lors, tout autant, au « fait de mettre sous régime communautaire, collectif »[24]. Cette double entrée est généralement reprise en ce qu'il s'agit d'évoquer la socialisation. Par analogie, socialiser le droit revient donc à le « rendre [plus] social »[25], et à considérer, sous l'angle où il nous place, « l'ensemble des questions relatives à l'amélioration des conditions matérielles des citoyens »[26] dans l'objectif « d'assurer à tous […] les éléments d'une vie normale à notre époque et dans nos pays »[27]. La deuxième acception proposée ne vient pas contredire ces observations préalables. Elle fournit les cadres nouveaux dans lesquels les idées relatives à la socialisation du droit doivent s'épanouir. Elle permet de fixer les contours d'une analyse purement juridique de la socialisation. Elle porte à concevoir l'insertion des manifestations du *collectif* dans les cadres juridiques. Elle invite à s'extraire ou à se détacher d'une conception essentiellement individualiste et libérale du droit pour concevoir les bases d'une justice sociale. Socialisé, le droit doit, selon Ripert[28], assurer ou favoriser « l'égalité des situations malgré la différence des fortunes, [secourir] les plus faibles et [désarmer] les puissants » en organisant, « suivant les principes de la justice distributive, la vie économique. » Alors, « c'est dans ce sens large, souligne l'auteur, que le droit est ou doit devenir social. » Néanmoins, poursuit-il, « pour protéger les uns et désarmer les autres, il faut nécessairement faire appel à une force supérieure à tous. Cette force ne peut être que celle de l'Etat ». Aux termes de cette analyse, la socialisation du droit se résout en une certaine « publicisation » des rapports juridiques. Dans le discours de certains juristes d'ailleurs ces deux termes sont d'ailleurs tenus comme équivalents. Ils concluent que, de plus en plus, le « droit public cerne le droit civil nouveau »[29]. Les transformations que

---

[24] *Ibid*.

[25] *Le nouveau petit Littré*, 2005, v° « social ».

[26] *Ibid*.

[27] DALIGNY (S.), *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, Paris, LGDJ, 1976, p. 4.

[28] RIPERT (G.), *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949, p. 39.

suggère la socialisation du droit, débordent donc les « frontières » du droit civil. Il appartiendra alors de prendre en compte ces considérations même si, *a priori*, l'étude retient comme contexte principal les domaines couverts par le droit privé.

A l'évidence, la socialisation est à découvrir dans la capacité du droit à réaliser une adaptation de ses règles aux exigences sociales. Pour Charmont, socialiser le droit revient à « le rendre plus compréhensif, plus large qu'il n'était, [à] l'étendre du riche au pauvre, du possédant au salarié, de l'homme à la femme, du père à l'enfant, pour tout dire, [à] l'admettre au profit de tous les membres de la société »[30]. Cette proposition formulée quant à la socialisation du droit, amène à penser que celle-ci est la conclusion logique du principe d'égalité. L'effort qu'elle impose, invite à considérer les groupes et catégories marquées par les inégalités afin d'installer dans l'ordre social un équilibre en fait et en droit. Surtout, elle porte à raisonner *in concreto* en rapprochant l'œuvre juridique de ses supports humains ; et, en somme, à mettre en rapport l'être sensible et la personne juridique, le sujet de droit[31]. Aussi, quand on entreprend de corriger les disparités existant entre les différents individus, c'est à socialiser le droit qu'il faut travailler en organisant la propriété, non seulement d'un point de vue individuel, mais encore, en faisant du collectif,

---

[29] SAVATIER (R.), *Du droit civil au droit public*, Paris, LGDJ, 1950, p. 14.

[30] CHARMONT (J.), « La socialisation du droit, leçon d'introduction d'un cours de droit civil », *Rev. de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380.

[31] C'est cette dernière qualification jugée « indélébile et irréductible » par Saleilles (v. *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, Rousseau, 1910, pp. 545-547) qui est supposée porteuse d'égalité sur un plan juridique ; mais, pour éviter qu'elle ne soit le « pauvre panneau derrière lequel peut grandir l'inégalité sociale » : SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1964, p. 306, elle doit permettre de disqualifier, en partie, le calcul comme mode de régulation lorsqu'il s'applique aux rapports économiques, pour réintroduire une mesure juridique dans la recherche de cette égalité.

puisqu'il est parfois pris comme synonyme du terme social[32], la forme première de organisation juridique et de la production du droit[33].

Plusieurs voies permettent d'appréhender le sens de l'expression « socialisation du droit ». Socialiser, c'est d'abord étendre. Le *social* doit entrer dans le champ de préoccupations politiques et juridiques pour venir déstabiliser la conception policière des droits afin que l'égalité entre tous s'accomplisse. Il s'agit de parvenir à donner une part aux individus qui en sont dépourvus en multipliant leurs « droits à » et en réalisant le partage satisfaisant entre ceux-ci et leurs « droit de ». Dans cette perspective, on songe à développer une approche providentielle, en réservant, comme certains le suggèrent la « catégorie du social » pour désigner « les mesures prises en faveur des plus pauvres, des plus démunis ou, comme on dit, des marginaux, des exclus, moins de la société […] que du droit »[34].

Socialiser, c'est ensuite « élargir le domaine du droit »[35]. La socialisation doit donc conduire à ouvrir et à développer la communauté des droits, à opérer une promotion efficace des droits subjectifs et, dans une même mesure, en étendre le cercle des bénéficiaires. La démarche ne doit pas viser à augmenter artificiellement le volume du droit ; elle invite au contraire à raisonner en opportunité, à s'interroger sur la nécessité de telle ou telle réforme et à porter toujours le regard vers les caractères du droit élaboré. Dans ce sens, la socialisation du droit doit reposer sur une sociologie appliquée, notamment parce que c'est en revenant au processus premier de socialisation que l'individu prend conscience de ses droits subjectifs et qu'il tend à vouloir mobiliser le droit pour les exercer utilement et pratiquement[36], mais aussi parce que la découverte par

---

[32] Voir sur ce point LYON-CAEN (G.) « Divagations à propos d'un adjectif qualificatif », art. préc., p. 346.

[33] Voir à ce sujet ATIAS (Ch.), « destins du droit de propriété », *Droits*, n° 1, p. 15 selon lequel, il faut concevoir la propriété « comme [un] procédé de gestion des biens et comme [un] mécanisme économique, comme [une] source de prospérité collective et d'équilibre individuel ».

[34] LYON-CAEN (G.), « Divagations à propos d'un adjectif qualificatif », art. préc., p. 351.

[35] CHARMONT (J.), « La socialisation du droit », art. préc., p. 401.

[36] *Ibid.*, p. 383.

le juriste de ces droits doit répondre aux directives tirées de l'observation, celles chères à Durkheim. Il s'ensuit également que dans l'interprétation et dans la perspective de parvenir aux transformations du droit, c'est un certain pluralisme des sources qui est à l'œuvre. La socialisation impose une redécouverte, qui est « celle du droit en tant que valeur fondée sur la personne humaine et sur ses droits fondamentaux »[37]. Elle suppose un recentrage sur l'individu.

Socialiser, c'est ensuite répartir entre tous l'ensemble des ressources disponibles[38]. Selon cette acception, socialiser c'est faire le départ entre ce qui est nécessairement commun à tous et ce qui peut être propre à chacun. L'accomplissement de la socialisation du droit suppose donc de rappeler les objets possibles de la propriété mais aussi de voir quels sont les objets de l'économie moderne susceptibles d'entrer dans le domaine de l'appropriation.

Socialiser, c'est enfin délimiter et limiter les prérogatives des individus sur les choses qu'ils détiennent privativement, en réglementant l'usage des droits accordés. Comme le rappelle Beudant, il revient « inévitablement [de les] limiter »[39]. Le droit subjectif (de propriété), n'est pas exclusif de « toute limite quantitative ou qualitative » et il « appartient au droit objectif qui le fonde » de les « fixer soit au regard des droits subjectifs concurrents, soit au regard du bien public »[40]. La propriété revêt une dimension sociale, elle doit s'accomplir en fonction d'une destination particulière ; c'est la raison pour laquelle son exercice excessif peut donner lieu à sanction. De ce point de vue, il n'y aurait « rien de contradictoire, ni dans l'idée d'une 'socialisation' du droit subjectif, ni

---

[37] MADIOT (Y.), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain » *in Les orientations sociales du droit contemporain…*, *op. cit*., p. 354.

[38] Si l'on conçoit, en effet, que « donner à chacun le sien est la grande affaire du droit » : DROSS (W.), *Droit des biens*, Paris, Montchrestien, 2012, n° 2, pp. 11 et 12.

[39] BEUDANT (Ch.), *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, Rousseau, 1891 ; l'auteur indiquant, dans le même sens, que « les droits sont collectifs », p. 9.

[40] DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, p. 51.

dans celle d'une autonomie limitée selon les exigences d'ailleurs variées et mouvantes […] de la vie sociale »[41].

L'idée d'une socialisation marque les contours collectifs des principes juridiques à mettre en relief mais elle tient également le droit dans ces cadres spécifiques. Comme le souligne M. Herrera, le terme « socialisation du droit » est né « de la conscience des insuffisances du Code Napoléon et de la méthode exégétique devant des réalités sociales plus complexes »[42]. Il apparaît donc nécessaire de revoir les principes d'interprétation et les règles que fixe le droit, ainsi que de s'interroger sur l'opportunité d'en référer à telle ou telle de ses branches. Il faut parfois procéder à une révision des choix théoriques, hiérarchiser les sources mais aussi les disciplines où la socialisation du droit a élu le siège de sa réalisation. Il convient donc d'en passer par une réorganisation du paysage juridique où l'on rencontre les expressions de la socialisation du droit et où l'étude de celle-ci se nourrit.

Lorsqu'il s'agit d'avancer l'idée que le droit doit s'adapter à la réalité sociale, de nombreuses conceptions s'affrontent. Néanmoins, les frontières qui les séparent sont perméables et, en réalité, elles apportent toutes à la compréhension des bouleversements idéologiques qui frappent une période charnière, celle qui s'étend de la fin du 19ème siècle au début du 20ème. Elles montrent encore, chacune en soulignant des aspects différents la nécessité de procéder à une lecture et à une interprétation des principes juridiques propres à prendre en compte *le social.* Comme certains auteurs le relèvent, « il existe (…) de nombreux mouvements se rejoignant dans l'idée d'infuser par la voie démocratique une dose de « socialisme » dans la vie sociale et politique, et par conséquent de s'engager dans un processus de « socialisation » du droit »[43]. A la vérité, ce sont les liens politiques trop

---

[41] *Ibid.*, p. 52.

[42] HERRERA (C.-M.), *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003, p. 2.

[43] NIORT (J.-F.), Homo civilis : contribution à l'histoire du Code civil français, Préf. HALPERIN (J.-L.), Postf. CARBONNIER (J.), Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 446.

marqués qui doivent être inhibés. Il ne faut pas perdre de vue l'option retenue, la question de la socialisation du droit impose une mise au point essentiellement juridique.

II. L'évolution du périmètre du droit des biens

1. Dimension pédagogique et doctrinale. La plupart des ouvrages dits classiques consacrés au droit des biens offrent une étude exégétique de la matière. Les intentions sont souvent affichées depuis le titre[44] et jusqu'au plan qui structure les développements. On y découvre des idées assurant la défense des vertus liées à l'appropriation privée et individuelle et la consécration d'un véritable droit subjectif de propriété. Qu'elles s'attachent à souligner l'origine essentiellement naturelle ou à marquer plus spécialement le caractère civil de la propriété, elles font majoritairement suite à la conception sociale que Portalis s'engage à soutenir lorsque, présentant l'œuvre législative qui aboutit en 1804, il expose les motifs du titre se rapportant justement à la question de la propriété. Il faut donc vraisemblablement se dégager des critiques adressées à un courant qui en réalité n'afficherait pas « la grande pauvreté théorique »[45] dont on l'a souvent accablé. On doit tout de même admettre, qu'exception faite de ces développements théoriques, il s'agit ici principalement pour ces commentateurs de reprendre, dans le fil d'une étude organisée, les principes à l'œuvre dans le deuxième livre du Code civil : « Des biens et des différentes modifications de la propriété ».

A la lecture des différents manuels contemporains, il n'est pas certain que l'armature soutenant l'analyse ait profondément été modifiée mais, une large part est faite aux

---

[44] Voir à ce propos : THOULLIER (Ch.-M.), *Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique*, Paris, Renouard, 1839 ; DEMOLOMBE (C.), *Traité de la distinction des personnes et des biens* in *Cours de Code Napoléon*, Tome IX, Paris, Durand, 1870 ; DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code civil*, Paris, Plon, 3ème éd., 1896.

[45] HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008, p. 214.

enseignements tirés d'une jurisprudence devenue abondante. Surtout, d'autres étapes d'une pensée visant directement le droit des biens mais plus significatives de la période antérieure ont été validées. Elles ont pu conduire à un certain détachement conceptuel et à une réflexion renouvelée sur les catégories traditionnelles, le départ se révélant nécessaire entre celles dont l'importance devait être augmentée, en raison notamment d'hypothèses nouvelles, et celles devenues plus accessoires. On pense principalement aux contributions théoriques d'Aubry et Rau[46]. Elles invitent à porter un regard nouveau sur le droit des biens, à remarquer sa centralité et à en réévaluer les fondements. Elles constituent un réel point d'inflexion doctrinal et l'accent doit encore être mis sur la conception qu'elles livrent de la notion de patrimoine[47]. Avant la synthèse des deux auteurs, celui-ci était, en droit français, essentiellement envisagé sous l'angle de sa dimension pratique et, il constituait, au sens de l'ancien article 2092 du Code civil, le droit de gage général des créanciers, en d'autres termes, la somme des biens du débiteur qui s'offraient à leurs revendications légitimes. L'idée d'une synthèse était sans doute déjà en germe, mais il a fallu l'effort de systématisation pour que s'impose celle d'une certaine réciprocité entre droits et obligations et surtout pour entrevoir le patrimoine dans une fonction de générateur d'utilité au regard de l'individu sujet de droit. C'est une véritable théorie que s'engagent à construire Aubry et Rau après avoir relevé que « les rédacteurs du Code civil

---

[46] V. spéc. AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de C.S. Zachariae, revu et augmenté avec agrément de l'auteur*, Strasbourg, Lagier, 4ème éd., 1873.

[47] Même s'il convient déjà de dire que la réception en droit français de la théorie du patrimoine d'affectation a porté un coup redoutable au principe de l'unicité du patrimoine que les auteurs se sont employés à défendre. On songe principalement à la loi du 19 février 2007 sur la fiducie qui permet la constitution d'un « patrimoine fiduciaire » distinct du patrimoine du constituant : *Cf. Infra* pp. 199 et 307. Il faut également signaler que certains textes antérieurs avaient déjà eu pour effet d'assouplir le principe le principe d'unicité. En premier lieu, la loi du 10 février 1994 (L. Madelin), qui autorise l'entrepreneur individuel à demander que l'exécution soit poursuivie d'abord sur les biens affectés à son activité. En second lieu, la loi du 1er août 2003 sur l' « initiative économique » qui permet à une personne physique exerçant une activité professionnelle en étant immatriculée sur un registre de publicité légale de déclarer insaisissables sa résidence principale et depuis une loi du 4 août 2008 « tout bien foncier […] non affecté à son usage professionnel » : *Cf. Infra* p. 199. Il faut enfin évoquer l'atteinte portée au principe de l'unicité du patrimoine par la création par la loi du 15 juin 2010 (L. Novelli) de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Cette formule nouvelle consacre un véritable relâchement du lien entre la personne et le patrimoine puisque tout entrepreneur peut avoir une EIRL sans devoir constituer une personne morale. Un patrimoine est affecté à l'activité professionnelle comportant les « biens, droits obligations ou sûretés » nécessaires à l'exercice de cette activité (art. L 526-6 C. com).

n'ont pas réuni, dans un même chapitre, les règles relatives au patrimoine en général »[48] puis remarqué que « le Code ne se sert que très rarement du mot patrimoine »[49] et qu'il n'est « employé que dans les dispositions qui ont trait à la séparation des patrimoines »[50]. Il faut, dans cette conception, que la notion prenne sa valeur théorique et imprègne l'ensemble du droit civil, le patrimoine « étant dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer »[51], il est « sa puissance juridique considérée d'une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d'espace »[52]. On saisit les prolongements possibles que la notion de patrimoine assure en direction du principe de socialisation du droit. Il peut être, en effet, envisagé comme un instrument permettant de développer une conception dynamique de la propriété. Cette approche du patrimoine a permis le passage d'une logique verticale et descendante qui privilégie la seule transmission des biens et fait mariage de l'association pauvreté / hérédité[53] à celle de la répartition, c'est-à-dire à une logique horizontale propre à assurer la circulation des richesses dans une société donnée. Elle mérite donc, selon les auteurs contemporains, une particulière puisqu'il est impératif « accueillir la distinction de la propriété dynamique toujours légitime (…) et de la propriété réputée passive parce que transmise d'une génération à l'autre »[54]. Le revirement consiste à considérer, après Aubry et Rau, le

---

[48] AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français…*, *op. cit.*, § 573, p. 229.

[49] *Ibid.*

[50] *Ibid.*

[51] *Ibid.*, p. 230.

[52] *Ibid.*

[53] Cette approche du patrimoine est d'ailleurs favorisée par l'étymologie du terme. « Patrimoine » vient du latin *patrimonium* et désigne l'ensemble des biens hérités du père, des ascendants ou réunis et conservés pour être transmis aux descendants : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9ème éd., 2011, v° « Patrimoine »

[54] ATIAS (Ch.), « Destins du droit de propriété », *Droits*, 1, 1985, p. 6. A l'heure actuelle, on constate d'ailleurs que la fortune acquise paraît moins compter que la fortune constituée par le travail. La promotion de la conception dynamique de la propriété s'accompagne donc d'une certaine prolétarisation du droit des

patrimoine dans le rapport originaire qui l'unit à la personne et à remarquer, comme ils l'ont souligné, qu'il est le point de rencontre entre propriété et obligation. Il convient d'en relever l'ambivalence, il est à la fois l'ensemble qui permet de voir la réunion de biens différents et de natures diverses[55] et un critère de qualification, d'admission des choses au rang de biens par le recours à la notion d'utilité. Il est en somme, le lien entre la personne et les choses qui l'entourent puis entre les choses et l'économie. Dans l'ordre de ces idées, la qualification juridique d'un bien n'a pas forcément de valeur descriptive, elle doit s'effectuer en fonction de l'effet économique qu'elle peut produire. Il s'agit alors de respecter voire de développer l'utilité des choses pour les personnes. Plus généralement, la réflexion à propos d'un droit socialisé engage à réévaluer la portée de la *summa divisio* opposant les personnes et les choses. Elle prescrit d'ordonner l'étude des choses à la satisfaction d'un intérêt humain. La conception du droit des biens s'en trouve par principe modifiée. Classiquement considéré comme le droit de la propriété acquise, le droit des biens doit aussi s'analyser en un mode de répartition des avantages concrets qui peuvent être retirés des choses[56]. Il faut donc raisonner en fonction des possibilités techniques qu'il offre.

Il y a donc un certain profit à fréquenter les idées développées à la fin du 19ème siècle sur le patrimoine. Elles donnent un éclairage nouveau à l'étude du droit des biens. Depuis qu'elles ont été exposées, la présentation académique de la matière fait systématiquement place à des développements souvent liminaires reprenant les éléments relatifs à la théorie du patrimoine. On ne doute plus que celle-ci ait contribué à l'expansion du droit des biens.

---

biens, v. sur ce point MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Les biens*, Paris, Defrénois, 5ème éd., 2013, n° 34, p. 18 ; SAVATIER (R.), « La prolétarisation du droit civil ? », *D.*, 1947, p. 161 ; CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD. Civ.*, 1966, p. 185.

[55] *Cours de droit civil français …*, *op. cit.*, § 573, p. 229.

[56] Selon la synthèse de Ch. ATIAS v. : *Les biens*, Paris, Litec, 11ème éd., 2011, p. 1. L'auteur s'appuie sur la célèbre formule de Baudry-Lacantinerie et Chauveau selon laquelle les biens sont « toutes les choses pouvant procurer à l'homme une certaine utilité » : *Traité théorique et pratique du droit civil, Des biens*, 1ère éd., 1896, n° 10, p. 10.

Les auteurs des ouvrages s'y rapportant en ont souvent souligné l'importance[57] et le caractère fondamental[58]. Sous l'angle particulier de l'analyse, le droit des biens forme avec le droit des obligations celui du patrimoine dans son entier. Cette évidence a d'ailleurs sa part dans de nombreux manuels ou traités[59] et paraît justifier parfois chez certains auteurs[60] que les deux disciplines soient étudiées successivement au sein d'un même ouvrage, droits personnels et droits réels ou encore obligations et droits sur la chose étant alors évoqués à la suite.

Le droit des biens connaît donc des liens avec d'autres matières. Sans doute tiennent-ils à ce que, bien qu'étant un système cohérent et marqué par ses permanences, il n'est pas pour autant une branche autonome. Pleinement intégré au droit privé, l'évolution puis la fixation de ses principes et techniques se sont opérées dans un sens qui a permis qu'une compatibilité s'installe entre le domaine qu'il couvre et celui que l'on attribue à d'autres disciplines[61]. Le droit des biens pourrait donc s'entendre d'un espace restreint à ses éléments les plus étroits comme d'un ensemble de matières où l'on recourt à ses objets et notions. Le droit des biens n'a pas pour ainsi dire réellement varié dans ses grandes masses, tant si l'on prend en compte l'état contemporain de sa configuration que si l'on s'attache à ses expressions plus anciennes. Il n'affiche pas pour autant l'immobilisme dont

---

[57] LARROUMET (Ch.), *Les biens. Droits réels principaux*, Paris, Economica, 4ème éd., 2004, p. 7.

[58] ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, Paris, PUF, 3ème éd., 2008, Avant-propos.

[59] V. à ce sujet : MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les biens*, par JOURDAIN, 1995 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de Droit civil de Planiol*, t. II, 5ème éd., 1950 ; LARROUMET (Ch.), *Les biens …, op. cit*.

[60] V. not. MAZEAUD (H.), (L.), (J.), *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Obligations, théorie générale, biens, droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, 3ème éd., 1966.

[61] Ainsi le droit des biens « pourrait conduire loin : vers le droit de l'environnement, ayant pour objet la protection d'ensembles d'immeubles par nature, vers le droit des obligations et des successions ayant pour objet la transmission des biens (droit économique, droit rural, droit du travail, droit de la propriété intellectuelle) » et « « sans doute aussi [vers le] droit des contrats et de la responsabilité en tant qu'ils organisent des transferts de biens, des échanges et recherchent la mise en œuvre de la justice commutative, c'est-à-dire, dans la distinction d'Aristote, de celle gouvernant les échanges. On veut parler de cette espèce de justice particulière déterminant les rapports individuels par des proportions égales » : MEMETEAU (G.), *Droit des biens*, Paradigme, 6ème éd. , 2013, p. 1.

on l'a souvent accablé. En réalité, le renouveau de la matière a souvent été « conditionné par une remise en cause de sa géométrie »[62], il doit, au surplus, « inclure dans ses dépendances les domaines où ses techniques – propriété, droits réels, possession – sont utilisées de manière privilégiées »[63]. Il faut donc voir également ce qui se déroule à la périphérie du droit des biens pour prendre la mesure des changements dont il a été l'objet ou dont il est la source.

2. Dimension législative et jurisprudentielle. Pour saisir ces différents événements, il faut encore porter l'accent sur les liens qu'entretient le droit des biens avec le concept de propriété. Tandis que la liste de ses supports s'allonge, son exercice dépend de limitations toujours croissantes qu'elles soient légales ou réglementaires dès lors, en effet, que l'on comprend, que « le droit de propriété situe son titulaire par rapport à d'autres »[64]. Progressivement aussi, l'on s'aperçoit devant les juridictions que la formule classique de la propriété proposée en 1804, n'autorise plus les usages qui « semblent contraires au but social de la propriété individuelle »[65]. La définition du droit de propriété que développe l'article 544 du Code civil n'a pas été modifiée depuis son élaboration. Elle demeure une référence du droit positif. En théorie, le droit de propriété confère toujours à son titulaire « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ». Toutefois, dans les premiers temps du XXème siècle, il est apparu que la deuxième partie de la proposition devait recevoir « une résonance qu'elle n'avait pas au début du XIXème siècle, aux lendemains de la Révolution de 1789, manifestation de la conquête de

---

[62] ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, *op. cit*., Avant-propos.

[63] *Ibid*.

[64] ATIAS (Ch.), « Destins du droit de propriété », art. préc., p. 10.

[65] PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil, Principes généraux, La famille, Les incapables, Les biens*, Paris, LGDJ, 1908, n° 754.

l'individualisme »[66]. Cette présentation n'exclut pas l'idée de certaines restrictions. La propriété et son exercice connaissent déjà les quelques limitations imposées par le Code et concédées en faveur des voisins ou de l'intérêt général puisqu'il traite entre autre des servitudes légales ou naturelles et qu'il envisage à l'article 545 l'expropriation pour cause d'utilité publique. Néanmoins, c'est principalement par la voie de développements parallèles que les limites à l'usage de la propriété ont été élaborées. Ces restrictions ont contribué à faire céder la conception individualiste de la propriété[67].

On relève d'abord un attrait croissant pour les modes de gestion collective des biens. On assiste, en effet, à une véritable extension de la propriété « sociétaire »[68] ou plus généralement, dans une certaine représentation, de la propriété collective. Si la logique stricte prescrit de retenir que les biens attribués aux groupes reconnus juridiquement, relèvent de la propriété individuelle d'une personne morale, ils sont tout de même « la chose de plusieurs »[69] et dans cette analyse, ils forment proprement l'objet « d'une propriété collective »[70] au sujet de laquelle certains auteurs ont depuis longtemps d'ailleurs appelé « l'attention sur la socialisation réelle du pouvoir et du contrôle »[71].

Le *collectif* peut également constituer une modalité particulière d'exercice de la propriété privée. Alors qu'en 1804, le principe de l'indivision n'avait manifestement pas les faveurs du législateur puisqu'il semblait contrarier d'une manière l'accomplissement de la propriété individuelle, l'idée qu'il devait parfois s'établir un ordre durable entre titulaires

---

[66] LARROUMET (Ch.), *Les biens. Droits réels principaux…*, *op. cit.*, p. 87.

[67] Voir sur ce point not.: WEILL (A.), *Droit civil. Les biens*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1974, n° 24, p. 29 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les biens*, Paris, Sirey, 2ème éd., 1980, n° 36, p. 36 lesquels soulignent la mise en cause de la « structure individualiste de la propriété ».

[68] *Ibid.*

[69] *Ibid.*

[70] *Ibid.*

[71] *Ibid.*

pourtant concurrents de droits identiques sur une même chose s'est lentement imposée. Certaines mesures admettaient déjà que pour une durée déterminée l'indivision pouvait se prolonger dans le temps dans l'intérêt des exploitations et pour éviter le morcellement des terres, on songe à celles que proposent la loi du 19 décembre 1961 ou encore celles du 4 juillet 1980 et du 10 juillet 1982, mais la trace législative majeure d'une réelle organisation pour l'indivision est à voir dans la loi du 31 décembre 1976[72]. Dans cet ordre, alors que le nombre des propriétaires grandit et que la petite propriété tend davantage à se développer de manière horizontale, c'est une autre forme d'indivision certainement plus aboutie dans ses perspectives collectives qui trouve une réglementation. Avec une loi en date du 10 juillet 1965, la copropriété des immeubles bâtis a elle aussi été dotée de règles et fondements propres.

L'importance des phénomènes collectifs se remarque également lorsque l'on envisage les limites qui atteignent le caractère souverain de la propriété privée. Qu'elles soient d'essence légale ou réglementaire, les mesures qui visent à anéantir les prérogatives des particuliers sur leurs biens sont toujours élaborées à la faveur de l'intérêt collectif. Il faut bien entendu penser aux servitudes d'utilité publique posées dans l'intérêt d'ouvrages, de monuments ou de propriétés publiques ; mais aussi aux règles développées en considération du droit de l'urbanisme ou de l'environnement. La multiplication de ces dispositions conduit à considérer que tout exposé concernant le droit des biens et la question de la propriété invite, ainsi que le soulignent les auteurs, à « faire fréquemment état des règles relevant du droit public »[73]. La réflexion sur la dimension collective de l'usage de la propriété déborde donc les limites du droit privé. Elle porte à revenir sur la « conception privatiste – civiliste même – du droit de propriété »[74].

---

[72] L. n° 76-1286 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision.

[73] TERRE (F.), « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, n°1, 1985, p. 38.

[74] *Ibid*., p. 37.

Devant les juridictions on perçoit également que le propriétaire est en relation avec d'autres non plus seulement en ce qui concerne l'objet de la propriété mais bien aussi dans le cadre de l'exercice de celle-ci. Des considérations d'ordre social, ont progressivement imprégné l'œuvre doctrinale puis jurisprudentielle. A la faveur de ces idées, on admet que la propriété doit être limitée dans l'espace et qu'elle ne saurait servir la satisfaction d'intérêts égoïstes[75]. Pour tempérer le caractère absolu du droit de propriété, les magistrats sanctionnent, en recourant aux principes de la responsabilité civile délictuelle, les abus de droit commis par des propriétaires à l'égard des voisins. Le propriétaire est, à cet égard, fautif dès lors qu'il exerce son droit dans la seule intention de nuire à autrui. C'est par le célèbre arrêt *Clément Bayard* que la Chambre des Requêtes[76] a pour la première fois dégagé la notion d'abus dans l'exercice du droit de propriété[77]. Il y a abus lorsque le

---

[75] Voir à ce propos et pour exemple : SALEILLES (R.), « De l'abus des droits », *Bull. soc. et lég.*, 1905, p. 325 ; JOSSERAND (L.), *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, 1905 ; PLANIOL (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, op. cit., n° 871 et s. ; RIPERT (G.), « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Rev. crit. Lég. et jurisp.*, 1905, 352.

[76] Req., 3 août 1915., *D. P., 17. I. 79 :* Dans cette affaire, le propriétaire d'un terrain dénommé Coquerel a posé sur son terrain des carcasses de bois garnies de pointes acérées. Cette installation avait pour but unique de nuire à son voisin en endommageant le ballon dirigeable de son voisin dénommé Clément-Bayard. A l'occasion d'une sortie, le dirigeable heurte cette construction et se déchire. Clément-Bayard saisit le juge pour obtenir que celui-ci condamne Cocquerel à réparer le dommage causé.

La chambre des Requêtes a décidé qu'il apparaissait que Coquerel avait « installé sur son terrain attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues ; que le dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été érigée que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d'ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevé, constituer au sens de l'article 647 du code civil, la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes ; que, dans cette situation des faits, l'arrêt a pu apprécier qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d'une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d'autre part, ordonner l'enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois ».

Il faut noter pour compléter cet exposé, qu'un précédent jurisprudentiel avait déjà permis de mettre la notion d'abus de droit en relation avec l'usage de la propriété, il s'agit de la célèbre affaire de la « fausse cheminée » qui a donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Colmar de 1855 : C.A. Colmar, 2 mai 1855, *D.P., 1856, II , 9*. L'importance de cette décision mérite d'être évoquée puisque selon certains, elle est la seule, dans la jurisprudence du 19ème siècle, qui se rattache à ce que nous appelons aujourd'hui *abus de droit* : v. ANCEL (P.) et DIDRY (C.), « L'abus de droit : une notion sans histoire ? – L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXème siècle » in L'abus de droit, comparaisons franco-suisses, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 53.

[77] On cherche généralement les origines de la théorie de l'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence du 20ème siècle. A contre-courant de cette analyse Charmont indique que « la doctrine de l'abus de droit n'est

comportement du propriétaire ne peut se comprendre que si sa seule cause a été d'engendrer le dommage. L'exercice de la propriété peut se révéler abusif toutes les fois que le propriétaire use de sa propriété dans l'unique intention malveillante de nuire à son voisin. Dans ce sens, le critère classique de l'abus de droit est l'intention de nuire, critère moral retenu par l'arrêt Clément-Bayard. Cette décision installe une conception morale et sociale de la propriété. Les mutations contemporaines du droit des biens réservent une part croissante à l'expression des considérations d'essence collective ou plus généralement de nature sociale. On ne doute plus, selon ces observations, de la participation du droit des biens au mouvement de socialisation du droit.

III. La part du droit des biens dans la socialisation du droit

1. **Hypothèse.** En considération de la conception révolutionnaire de la propriété qu'il accueille, le droit des biens est parfois présenté comme le fondement de l'individualisme juridique. En fait, tout au contraire, il apparaît qu'il a participé et continue de participer au mouvement de socialisation du droit.

La contribution du droit des biens à la mise en œuvre de la socialisation revêt une autre dimension. Généralement, les transformations qui ont affecté la discipline se sont accomplies dans le sens d'une mise en correspondance de ses principes avec des réalités nouvelles. Une telle actualisation de la matière révèle son aptitude à assurer la construction d'un certain état de la société. En cela, le droit des biens est un droit social ou socialisé.

---

pas nouvelle, elle des origines lointaines : on la retrouve partout et dans toutes les législations » : CHARMONT (J.), « L'abus de droit », *RTD. Civ*., 1902, p. 119. S'il faut rester prudent avec cette affirmation, on peut tout de même penser que la découverte de la dimension sociale de l'exercice des droits subjectifs est une idée ancienne qui a pénétré l'espace juridique bien avant la fin du 19ème siècle.

On a souvent retenu la socialisation comme un concept au service du combat contre l'individualisme juridique. Il faut néanmoins admettre que cette conception est trop réductrice. La force de la notion de socialisation tient, en effet, à ce qu'elle intervient dans des registres différents. La socialisation du droit doit également s'entendre d'une « mise aux mœurs » du droit. Elle résulte, dans ce sens, d'une certaine conformation des règles juridiques à l'état du donné, au *social*. Telle qu'elle est mobilisée dans le discours des acteurs du 19ème siècle, la thématique de la socialisation oscille d'ailleurs entre ces deux pôles. On doit donc considérer ces deux aspects de la socialisation. La notion se construit par opposition aux principes d'un *droit individuel* et, dans le même temps, elle traduit la nécessité d'élaborer un *droit actuel*.

2. **La nécessité de privilégier le droit des biens.** Le droit des biens est de toute évidence le siège d'influences diverses. Il paraît à même d'accorder des idées, *a priori*, opposées. C'est d'abord un droit ancien qui se révèle d'une grande actualité, c'est aussi une discipline marquée par l'abstraction qui, par ailleurs, est profondément ancrée dans la réalité. Enfin, bien que reposant sur un postulat éminemment individualiste, une part importante des transformations dont il est l'objet se réalise à la faveur de considérations purement collectives. On ne saurait plus nier la dimension sociale qui anime la recomposition du droit des biens. Dans une large mesure, la socialisation du droit s'accomplit dans les contours étendus[78] du droit des biens. C'est en observant sa capacité à réestimer ses composantes qu'il est permis de saisir que le droit des biens est à même d'entendre les enjeux liés à la nécessité de socialiser le droit. Sa place est même centrale

[78] C'est à un dosage permanent qu'il faut procéder entre la part que l'on attribue au droit des biens dans le champ de l'espace juridique et la place qu'il faut lui accorder en réalité. On peut donc retenir que « d'une certaine façon, le droit des biens n'a pas de limites » ou en tout état de cause que celles ci se défont à la faveur de besoins nouveaux ou d'applications concrètes. Certaines alliances donnent en effet sens à l'expression « peu parlante » de « droit des biens » : v. sur ce point : SCHILLER (S.), *Droit des biens*, Paris, Dalloz, coll. « cours », 5ème éd., 2011, p. 1.

puisque, par le biais de ses objets, de ses techniques, il semble être le lieu où le droit paraît s'acclimater à la réalité sociale[79].

L'évolution a, en effet, voulu que les crises successives et le passage d'une économie agricole, à une économie industrielle puis post-industrielle se soient toujours accompagnés d'une amplification du rôle des biens dans la vie de chaque individu. La permanence que la discipline affiche n'est qu'une façade. Il ne faut donc pas s'arrêter à cette apparence. Surtout, on ne doit pas manquer de relever les variations qui ont affecté son étendue et son contenu. Comme certains l'ont remarqué, « au cœur du droit patrimonial, le droit des biens est en pleine métamorphose. La soif d'appropriation de l'homme et les trésors d'intelligence qu'il développe pour la satisfaire assurent à la matière un perpétuel renouvellement »[80]. Il est un lieu d'observation des réalités nouvelles.

Le droit des biens est, à la vérité, une discipline vivante et animée. Des transformations majeures ont affecté ses fondements. Un premier revirement a conduit à rompre avec la tradition juridique qui voulait que le droit de propriété soit uniquement le pouvoir absolu d'une personne sur une chose matérielle pour compter avec les hypothèses virtuelles et les incursions de l'immatériel dans le champ de la représentation juridique. Le second virage qu'a connu le droit des biens a consisté à admettre que l'exercice de la propriété individuelle ne saurait légitimer l'usage excessif de la chose appropriée. Le droit subjectif de propriété met en contact des individus investis de pouvoirs identiques. Il porte à considérer l'intérêt de la propriété voisine. En prenant la mesure des contours collectifs de l'exercice du droit de propriété, le droit des biens se socialise davantage. Un regard sur les qualités et sur l'état contemporain de la discipline laisse penser que le succès la socialisation du droit passe par le droit des biens mais aussi par une socialisation du droit des biens.

---

[79] L'aptitude du droit des biens à adapter ses principes à une réalité changeante est déterminante lorsqu'il s'agit de relever sa participation au mouvement de socialisation du droit. Par référence à l'acception sociologique, il est en effet de principe qu'un droit socialisé soit un ensemble actualisé au regard d'exigences nouvelles ; qu'il affiche, en d'autres termes, une certaine propension à l'acculturation.

[80] SEUBE (J.-B.), *Droit des biens*, Paris, Litec, 5ème éd., 2010, Avant-propos.

Notre hypothèse est qu'alors même que le droit des biens et spécialement le droit de propriété sont communément présentés comme l'archétype d'une conception individualiste du droit, il s'avère que dès leur apparition ils étaient déjà profondément imprégnés de l'idée de socialisation. Ils n'ont d'ailleurs jamais cessé de l'être dans le sens où, selon une autre conception de la socialisation, l'adaptation de ses concepts aux grands changements sociaux ou économiques est un des traits constants de la discipline. Que le mot ne soit pas exprimé, que l'idée ne soit pas explicite, il nous semble que l'ambition de socialiser le droit était déjà à l'œuvre. L'histoire contemporaine du droit des biens et l'évolution des conceptions juridiques de la propriété n'ont, en réalité, laissé apparaître que ce qui était déjà en germe. Pour tenter de le montrer, il importe, peut-être à contre-courant de certaines thèses, de signaler que *le droit des biens constitue la terre d'élection d'une certaine conception de la socialisation* (1ère partie). Aujourd'hui, l'étape à laquelle cet ensemble normatif accède nous paraît établir qu*'il est devenu le terrain d'expansion de la socialisation du droit* (2nde partie).

1ère partie : Le droit des biens : terre d'élection de la socialisation du droit

2nde partie : Le droit des biens : terrain d'expansion de la socialisation du droit

PREMIERE PARTIE : Le droit des biens, terre d'élection de la socialisation du droit

Le droit des biens a toujours porté le projet de socialisation du droit. Cette dernière participe de son essence. Le droit des biens est naturellement socialisé. Il serait même, dans l'espace juridique, le lieu d'expression originaire des idées socialisantes[81]. Il constitue, en dehors de tout monopole disciplinaire, un terrain d'élection pour que l'idée d'un droit social s'épanouisse. On ne peut aborder la matière sans constater que cette socialisation relève de sa composition.

Il est de la constitution-même du droit des biens que de soutenir des considérations réalistes à travers la mise en œuvre de la tentative égalitaire et des perspectives solidaristes. La thématique de la socialisation suppose, en effet, que l'on mobilise tant les institutions qu'il abrite que les techniques qu'il accueille. Le droit des biens est également gagné par des conceptions que l'on prête traditionnellement aux champs philosophique, politique et sociologique. Il se trouve donc enrichi et vivifié par des influences variées et

[81] Il convient d'indiquer qu'en recourant à ce terme non n'entendons pas renvoyer à une doctrine politique quelconque mais simplement évoquer les idées ou les manifestations auxquelles la thématique de la socialisation du droit donne lieu.

diverses. L'hypothèse de sa socialisation impose donc de lutter contre toute tentation qui viserait à la « ségrégation des genres » ou « aux cloisonnements chronologiques »[82].

Le droit des biens, avant même que l'exigence de la socialisation du droit ne soit énoncée, a fourni cet ancrage du droit dans le *social*, en raison de ses origines profondes et de ses sources diffuses. Il aurait été saisi par le principe d'une socialisation antérieurement à la systématisation de l'idée. La justification tient à ce que cet ensemble bénéficie, dans le champ disciplinaire, d'une ancienneté qui lui confère des bases solides. Il est le lieu d'expression originaire et pertinent de la socialisation du droit puisqu'il offre un cadre éprouvé et adapté par les correctifs du temps. La rencontre entre l'idée de socialiser le droit et son terrain de réalisation est donc arrivée bien avant l'heure de l'élaboration théorique et doctrinale. La discipline forme aussi le lieu d'expression désigné d'une socialisation parce que leurs objets spécifiques semblent en correspondance. Le principe d'un droit social ou socialisé impose, en effet, que l'on réfléchisse dans ses contours aux moyens d'accomplir l'égalité matérielle. L'hypothèse est posée que, les règles gouvernant le fonctionnement du droit des biens ainsi que les institutions qu'il accueille lui assurent une insertion immédiate au cœur des développements relatifs à la mise en œuvre de cette égalité réelle et, par conséquent, une place à la source de la réflexion relative à la nécessité de socialiser le droit.

Le droit des biens a toujours été sous l'emprise des idées socialisantes. Depuis l'Antiquité, l'évolution dans le traitement juridique des biens n'a cessé de s'accomplir dans le sens d'une prise en charge des questions sociales. Dès les premiers temps de sa construction, la matière a donc contribué significativement à la socialisation du droit. Elle domine donc historiquement, chronologiquement en raison de son antériorité et de son ancienneté (Titre 1). Elle domine, ensuite, techniquement en raison de l'objet qu'elle développe et des objets qu'elle appréhende (Titre 2).

---

[82] Le droit des biens est, en effet, le lieu où « la ségrégation des genres est aussi funeste que les cloisonnements chronologiques » : OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé – Les biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1961, p. 9.

TITRE 1er : Le rôle du droit des biens dans la conception sociale du droit : l'explication par l'histoire

Vieux, poussiéreux[83], voici les qualificatifs qui désignent, dans l'opinion actuelle, le droit des biens. Au-delà de cette accablante présentation, il apparaît pourtant que la discipline affiche des vertus de constance et de stabilité. La permanence de ses institutions en fait un terrain privilégié pour observer les premières manifestations d'une socialisation du droit. Le droit des biens bénéficie donc, au plan académique, du privilège de l'ancienneté. Censé organiser les rapports qu'entretient l'homme avec l'univers matériel, le droit des biens, au sens large, abrite également dans ses contours les discussions relatives à la répartition de l'utilité des choses entre les personnes. Ce sont d'ailleurs des considérations profondément sociales qui déterminent l'élaboration des règles et des principes qu'il accueille. La finalité que l'on assigne à la matière permet, en effet, d'acquérir l'assurance que le droit des biens est naturellement perméable aux conceptions socialisantes.

Il faut souligner que l'impératif de socialisation du droit a été l'objet d'une formulation tardive à la charnière du 19ème et du 20ème siècle. La construction de ce concept intervient alors même, qu'antérieurement, on trouve dans l'enceinte du droit des biens les expressions primitives d'une socialisation. La discipline affiche une certaine disposition à mettre spontanément en œuvre les grandes étapes d'une socialisation du droit et à s'adapter aux nouvelles réalités concrètes. A de nombreux égards, les institutions que l'on rencontre en abordant la discipline ont servi de matériaux dans l'élaboration du concept de

---

[83] REBOUL-MAUPIN (N.), *Droit des biens*, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 4ème éd., 2012, préface.

socialisation du droit. C'est parce que l'on attribue au droit des biens le bénéfice de l'antériorité qu'il participe aussi activement à l'installation de la socialisation du droit dans le champ théorique. Généralement c'est le débat sur l'institution de la propriété, ses objets, ses formes qui investissent largement le discours de ses concepteurs.

Le droit des biens montre les qualités nécessaires pour que l'on conçoive de l'associer à la réalisation de la socialisation du droit. Son ancienneté, dans l'ordre disciplinaire, ne se révèle pas handicapante. Elle offre le gage, de découvrir en son sein les expressions primitives et significatives d'une socialisation du droit (chapitre 1er), avant que n'intervienne dans ses contours, la formulation du projet de socialisation du droit (chapitre 2). Il appartiendra ici de repérer les manifestations de l'ouverture du droit des biens au *social* qui traduisent, avant que l'idée ne soit exprimée, la socialisation du droit autant que de relever les références explicites dont l'idée a pu bénéficier vers la fin du 19ème siècle.

Chapitre 1er : Les expressions anciennes de la socialisation dans le droit des biens

Sans tomber dans un déterminisme total, il est permis de remarquer que l'expérience a produit les cadres qui nous parviennent aujourd'hui lorsqu'il s'agit de mettre en rapport socialisation du droit et droit des biens. Il paraît donc indiqué d'opérer un retour vers les premiers temps où l'on observe que le droit des biens se socialise. Il sera l'occasion de repérer, à travers les périodes posées pour les besoins d'une étude historique, certaines permanences dans les moyens qui permettent la mise en œuvre d'une conception sociale dans le cadre même de ce droit. Pour percevoir cet état et découvrir la portée des évolutions qui ont affecté la discipline, il paraît opportun de ne pas procéder à un découpage temporel trop marqué. Les multiples faces sous lesquelles il est possible d'examiner le concept de socialisation amènent, en effet, à considérer des points de vue parfois distants ou éloignés. Les sens divers que reçoit l'expression ont conduit, tour à tour, à privilégier une hypothèse d'application particulière parmi ses formes les plus variées.

On relève, néanmoins, un trait commun à toutes ces variations. Qu'il s'agisse d'installer le principe de la propriété privée et exclusive ou celui d'une propriété collective sur certains biens, la trame profonde sur laquelle repose cette socialisation invite invariablement à certaines transactions. Les adaptations, les changements et les correctifs que suppose la présentation d'un droit des biens socialisé sont toujours à mettre en relation avec la synthèse qui s'opère entre *l'individuel* et *le collectif*, entre l'individu et la collectivité. La relation qu'entretient l'individu avec le monde, avec ses richesses porte naturellement ce dernier aux rapports sociaux et à la concurrence. Une autre constante de l'étude se dessine : l'analyse des différents phénomènes qui laissent croire à une socialisation, somme toute précoce, du droit des biens implique une éternelle variation autour de la combinaison appropriation – propriété et un continuel passage de l'un à l'autre de ses termes.

Il ne faut pas ignorer le bénéfice qu'il est possible de tirer d'investigations d'ordre historique. L'histoire fournit, en effet, le ferment intellectuel sur lequel les idées sociales relatives au droit des biens se sont épanouies. D'une période relativement lointaine (section 1) jusqu'aux abords du Code civil (section 2), les différents temps de l'analyse permettent d'identifier, dans les contours du droit des biens, l'empreinte des conceptions liées *au social*.

Section 1 : Les origines lointaines et sociales du droit des biens

Dans les manuels qui s'attachent à retracer l'histoire du droit des biens[84], les développements montrent l'attraction immédiate exercée par le concept de propriété. C'est souvent aux évolutions significatives que connaît la notion qu'ils renvoient. Il faut dire que le terme de propriété couvre un spectre assez étendu puisqu' « il est utilisé dans le vocabulaire courant, y compris pour désigner les biens objets de propriété »[85]. La notion affiche donc une certaine capacité à offrir un angle relativement général à l'étude. Dans une large mesure, l'histoire du droit des biens se confond avec celle de la propriété.

Si l'on suit l'évolution de ses formes, de ses supports ou, plus globalement, du droit dont elle forme la substance, on constate que la thématique de la propriété constitue un chantier juridique ouvert aux changements les plus variés. L'histoire de la propriété[86] est marquée, ponctuellement, par l'affirmation puis par le recul de l'individualisme. Dans une mesure équivalente, elle laisse observer la multiplication des signes liés à l'émergence *du*

---

[84] V. not. : OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, t. 2, *Les biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1ère éd., 1961 ; PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989 ; HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, coll. « Histoire du droit », 2008 ; RENAUT (M.-H.), *Histoire du droit privé : personnes et biens*, Paris, Ellipses, coll. « Mise au point », 2008.

[85] HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 2.

[86] Nous nous intéresserons, dans cette présente étude, exclusivement à l'histoire des modes de propriété en Occident.

collectif. Elle révèle finalement une diversité constante des types de propriété et des limites posées à celle-ci. Une vue rétrospective sur la propriété paraît suggérer une attache constante du droit des biens avec l'hypothèse de la socialisation du droit. Il faut alors relever la valeur scientifique d'une analyse centrée sur la propriété puis sur le droit de propriété : « non seulement il a son histoire, mais il est histoire »[87].

Le thème de la propriété amène, pour arriver jusqu'aux conceptions actuelles, à évaluer différents états et à distinguer différentes époques considérées comme imprégnées d'une certaine idéologie sociale. Si l'on envisage le traitement de la question de la propriété, deux points paraissent marquants : le droit romain (§ 1) et le droit féodal (§ 2)[88]. L'étude de ces deux périodes permet de fournir les éléments nécessaires à la compréhension de la conception contemporaine de la propriété (§ 3).

§ 1. Le traitement de la question de la propriété par le droit romain

L'étude historique dévoile plusieurs étapes au terme desquelles on constate certaines évolutions significatives d'une socialisation du droit des biens. Elles correspondent à certaines périodes de Civilisation. Pour Rome, il est possible de distinguer, dans les règles et dans la science du droit : une période archaïque qui s'étend de la royauté jusqu'aux débuts de la République ou, jusqu'au IIIème siècle avant J.-C., une période classique qui trouve approximativement son terme au IIIème siècle après J.-C. et une période post-classique qui couvre l'intervalle qui va de l'Antiquité tardive jusqu'aux compilations de

---

[87] *Ibid.*

[88] Nos développements historiques n'ont pas de prétention à l'exhaustivité. Ils visent plus généralement à découvrir, à travers certaines pratiques et certaines dispositions que le droit romain et le droit féodal des biens offrent déjà une présentation socialisée de l'institution de la propriété. Les traits les plus significatifs de chacun des systèmes seront donc évoqués en ce qu'ils mettent en relief l'orientation sociale du droit des biens.

Justinien. Même si chacune de ces époques renvoie à un contexte différent, il est possible d'y découvrir, à travers la conception de la propriété qui est à l'œuvre, des signes d'une sensibilité aux considérations d'ordre social. Alors que l'ancien droit romain (A) connait essentiellement la propriété familiale, l'époque classique (B) consacre et assoit le principe de la propriété individuelle. Au Bas-Empire (C), on découvre la fonction sociale de la propriété.

A. La propriété dans l'ancien droit romain

La loi des XII Tables (450 avant J.-C.), qui constitue le premier *corpus* de lois romaines écrites, organise la synthèse entre deux modèles d'appropriation. Elle agence la superposition d'une propriété collective exercée par la *gens* et d'une propriété privée détenue par le chef de famille[89]. En ce qui concerne la période archaïque, le droit des biens n'a pas encore acquis une réelle autonomie. L'absence de distance conceptuelle entre son domaine propre et celui que doit recouvrir le droit des personnes conduit à considérer cette propriété individuelle davantage comme une puissance[90], qui s'exercerait dans une mesure commune aussi bien sur les êtres humains que sur les bêtes de somme ou de trait[91]. Cette confusion n'installe que plus profondément l'omnipotence et la souveraineté du *pater* sur les membres de l'entité familiale ou sur les biens que tient la *gens*. Néanmoins, cette autorité a ses limites. Elle connaît premièrement les bornes que lui assignent les rites sacrés et celles que prescrit la vie en société.

---

[89] V. sur ce point : OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, *op. cit*., n° 33, pp. 62-63.

[90] *Ibid.*, n° 34.

[91] HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 20 et s.

A ce titre, la loi des XII Tables, souvent présentée comme la « source légale la plus ancienne du contenu du droit de propriété »[92], règlemente les rapports de voisinage. Ce texte est le premier qui soit officiellement venu proposer un cadre pour l'exercice du droit de propriété. Il n'est toutefois pas certain que les contours qu'il lui apporte doivent être annoncés comme les manifestations de la volonté du « législateur » antique de restreindre les prérogatives du propriétaire. Admettre les mesures qu'il contient comme des limitations à l'exercice du droit de propriété relève de l'anticipation voire de l'anachronisme. L'entreprise amène nécessairement à présupposer l'existence de données, qui en l'état actuel des sources ne sont pas définitivement établies. Comme l'indique A.-M. Patault, c'est considérer, « d'abord que le droit de propriété pré-existe aux XII Tables, ensuite que ce droit donne à son titulaire tous les attributs de la souveraineté, avec pour seules limites la force du propriétaire-souverain voisin »[93]. Les différentes règles que contient la loi des XII tables, méritent davantage d'être analysées comme posant les bases et les principes élémentaires d'une société ordonnée, où l'on aurait déjà saisi l'importance des questions relatives à la propriété et où l'on aurait « cherché à conforter le droit en le précisant, plutôt qu'à la réduire »[94]. Cet examen ne disqualifie pas l'hypothèse d'une socialisation de la propriété dans la mesure où le législateur cherche à assurer la coexistence des droits des propriétaires détenant des prérogatives identiques.

C'est dans cette perspective que la loi des XII Tables impose, notamment, au propriétaire d'un fonds rural de supporter que l'arbre du voisin surplombe son terrain mais il a, en contrepartie, la faculté d'exiger l'élagage des branches situées à moins de quinze pieds[95]. Elle l'oblige également à laisser le voisin pénétrer chez lui pour cueillir ou ramasser les

---

[92] PATAULT (A.-M.), « Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1977, p. 241.

[93] *Ibid.*

[94] *Ibid.*

[95] XII Tables, 7, 10, D., 43, 27, De arb. Caed., 1, 7, *in Textes de droit romain publiés et annotés par P. F. Girard*, Paris, A. Rousseau, 6ème éd., 1937.

fruits venant de son fonds ou tombés de ses plantations[96] ainsi qu'à subir l'écoulement des eaux de pluie venant de la propriété voisine et à ne pas entreprendre de travaux pour en modifier la pente si cette entreprise est susceptible de nuire au voisin[97].

Dans un intérêt plus général, la loi intervient pour fixer les droits du propriétaire sur une poutre ou une perche lui appartenant lorsque celle-ci a été incorporée à l'édifice d'un autre : il lui est alors interdit d'arracher l'élément, de la maison ou de la vigne qu'il soutient. Elle pose encore les principes qui doivent précéder et accompagner toute activité de construction ou de labourage : le propriétaire doit marquer à la limite de son fonds un espace qu'il laissera libre, l'*ambitus*[98]. La mesure qui lui est attachée varie selon les sources auxquelles on se réfère. Deux conceptions sont admises. Il est possible, en effet, de concevoir d'abord que la distance de deux pieds et demi que permet d'envisager la loi des XII Tables est la largeur qui inclut et totalise les deux bandes à réserver autour de propriétés contiguës ou, à l'inverse, d'imager que cet *ambitus* est l'écart qui cerne chaque édifice, l'intervalle entre deux maisons romaines s'élevant alors à cinq pieds. Il semble parfois délicat d'arbitrer entre ces thèses. Pourtant, le débat n'est pas sans enjeux pratiques et théoriques puisque, pour la période avancée, l'*ambitus* détermine l'ampleur et l'étendue de la propriété, il fixe l'emplacement dans lequel il est permis d'exercer ses droits sur un bien. Cette analyse autorise à penser qu'une atteinte est portée au droit de propriété et que ce dernier est restreint dans un but d'intérêt social, celui de ménager un passage entre deux constructions voisines. Le propriétaire, dans cette logique, est limité dans sa liberté d'utiliser et de profiter de l'intégralité de son bien. Pour d'autres, ces mesures n'auraient pour fin que d'assurer l'individualisation, la distinction des parcelles et l'indépendance de leur propriétaire.

---

[96] XII Tables, 7, 10. *D.*, 43, 28, *De gland. Leg.*, 1, *in Textes…*, *op. cit.*

[97] XII Tables, 7, 8. *D.*, 39, 3, *De aqua et aquae pluviae arcendae, in Textes…*, *op.cit.*

[98] XII Tables, 7, 1. 7, 4.

Contre l'analyse qui porte à considérer que l'*ambitus* consacre la possibilité d'une intrusion sur le terrain du propriétaire ou la négation de son droit, il apparaît que l'examen des ambitions des décemvirs, invite en réalité à concevoir que ces différentes dispositions ont été « prises ou confirmées […] en faveur du droit de propriété »[99]. Il s'agit finalement, comme le rappellent les auteurs contemporains, de « préciser les conséquences concrètes du droit de propriété »[100] et d'en « définir les règles d'organisation interne »[101]. L'entreprise est, en tout état de cause, essentiellement sociale. Ainsi que le souligne A.-M. Patault, « parmi tous les attributs possibles de la propriété, le législateur fait un choix, en fonction de considérations politiques ou économiques. En précisant, à propos de problèmes particuliers, le pouvoir que la Cité garantit à chaque propriétaire, les décemvirs organisent le droit pour en permettre le meilleur exercice par tous »[102]. L'auteur insiste longuement sur la portée socialisante des règles qui régissent l'exercice de la propriété. « Avant les XII Tables, précise-t-elle, le propriétaire A devait subir l'ombre de l'arbre du voisin B ; après les XII Tables, il peut obtenir l'élagage de cet arbre. En revanche, le voisin B pouvait, avant les XII Tables, avoir en limite de son champ des arbres touffus et hauts ; désormais il peut-être contraint de les couper. Il est bien évident que selon le propriétaire de référence, on peut voir dans la mesure une extension ou une restriction des pouvoirs de ce propriétaire. Mais si l'on se place du point de vue général de la propriété, on constate que celle-ci n'est pas perdante – puisque ce qui est retiré à l'un est donné à l'autre – et qu'elle est au contraire bénéficiaire puisque le législateur garantit désormais certaines de ses prérogatives à tous ses titulaires »[103].

---

[99] PATAULT (A.-M.), « Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », art. préc., p. 255.

[100] *Ibid*., p. 239.

[101] *Ibid*., p. 255.

[102] *Ibid*.

[103] *Ibid*.

S'il est permis de parler de restrictions à l'exercice de la propriété, elles ne sont donc que relatives et modérées. Elles marquent, en définitive, les frontières positives de la propriété entre lesquelles il est possible d'exercer la plénitude de ses droits. La propriété apparaît déjà dans l'ancien droit, en quelque sorte socialisée. Il faut envisager que le législateur formule davantage des obligations que des interdictions. Il faut aussi noter, qu'elles touchent plus encore à l'objet de la propriété qu'à son principe-même. Des considérations de nature sociale bornent également la liberté du propriétaire à l'époque classique.

B. La propriété à l'époque classique

A l'époque classique, si la propriété romaine, la propriété quiritaire *(dominium ex jure quiritium)* est considérée comme perpétuelle, exclusive et absolue, elle apparaît encore limitée en fonction de certains intérêts supérieurs. Ce sont les deux derniers caractères évoqués qui subissent les atteintes les plus remarquables. Comme l'ont souligné certains auteurs, « la nomenclature de ces restrictions importe moins que les principes auxquels on peut essayer de les rattacher : primauté des intérêts collectifs ; et abus de droit »[104].

Pendant la période classique, les solutions se multiplient pour donner au droit et aux développements relatifs à la propriété, les moyens d'une adaptation à la structure et à la vie sociales. Les règles régissant les biens caractérisent cette socialisation du droit. Dans un contexte qui voit l'expansion des villes et l'accroissement du nombre des constructions, Rome développe déjà des mesures particulières en matière d'urbanisme. Parmi les plus significatives, on distingue les dispositions qui imposent de bâtir ou d'entretenir les maisons selon un certain type[105]. Le propriétaire connaît de nouvelles contraintes attachées

---

[104] OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, *op. cit.*, n° 44, p. 78.

[105] GIRARD (P.-F.), *Textes…*, *op. cit.*, *loc. cit.*

à l'intégration progressive de considérations liées à ce que l'on nomme aujourd'hui « l'utilité publique » ou « l'intérêt général ». La liste des devoirs mis à sa charge s'étend. Il est notamment tenu de protéger les voisins contre le risque que représente sa construction lorsqu'elle menace de tomber en ruine ou contre celui que pourrait entraîner les travaux entrepris sur son fonds (*damnum infectum*). De plus, s'il n'existe pas encore de « système général »[106] d'expropriation pour cause d'utilité publique, quelques hypothèses permettent de voir la propriété privée s'effacer devant des impératifs supérieurs. L'éviction est permise, sans indemnité au profit du propriétaire riverain de la voie publique, quand celle-ci est détruite par les eaux ou qu'on en envisage la réfection. Elle s'impose également, mais moyennant dédommagement, aux riverains des aqueducs pour le service de ces ouvrages[107]. L'époque classique organise également le traitement des problèmes attachés au sujet du logement. Dans l'intérêt général, certaines mesures apparaissent pour soumettre le droit de démolition des propriétaires à une autorisation administrative, pour réglementer les prélèvements de matériaux précieux sur un édifice ou simplement pour interdire les destructions de maisons alors même qu'il ne serait pas prévu de les remplacer par des constructions équivalentes[108].

Dans le prolongement de ces limitations, l'exercice abusif du droit de propriété est également condamné. Le principe est formulé aussi bien par les auteurs littéraires que par les jurisconsultes. La volonté ou l'intention de nuire de celui qui agit dans le cadre de son droit de propriété est un motif suffisant pour interdire son acte[109]. On découvre les germes de la théorie de l'abus du droit de propriété[110]. La propriété a, dans cet esprit, une destination sociale.

---

[106] GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 278.

[107] *Ibid.*

[108] Sur tous ces points v. OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, *op. cit*., n° 40, p. 62.

[109] V. encore : OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, *op. cit*., n° 44, p. 80

[110] Pour en cerner les contours contemporains *Cf. infra*, pp. 343 et s.

Ces règles, évoquées sommairement, s'ajoutent à celles qui existaient déjà après les XII Tables. Elles complètent de ce point de vue un système qui est en cours de composition en lui donnant une ampleur et une intensité nouvelles. Elles se développent dans un contexte d'ouverture aux considérations d'ordre social. Ces dispositions se concentrent autour du cercle des intérêts de la communauté. Dans le monde urbain, elles s'insèrent dans les cadres d'une collectivité plus étendue qui dépasse désormais largement le périmètre du seul voisinage. Les mesures prises en faveur de la propriété vont inévitablement dans le sens des nécessités économiques et sociales. Certains ont souligné que « le ver est dans le fruit »[111], pour montrer que, la socialisation qui s'engage, à l'époque classique, devait nécessairement ouvrir le chemin aux réformes ultérieures. Le législateur aurait simplement offert une transition vers les transformations qui s'annoncent.

Il faut en effet percevoir que « dans le droit des biens, comme dans celui des obligations, indiquent Ourliac et De Malafosse, les Romains sont à la recherche d'un équilibre. Refusant de faire un choix, les juristes classiques nous apparaissent comme des éveilleurs d'idées. Ce n'est pas éclectisme de leur part, mais désir de s'adapter aux nécessités pratiques sans pour cela mettre bas les techniques solides de leurs institutions. L'évolution du droit est en quelque sorte décantée, pondérée, ce qui n'est possible que de la part de praticiens sans complexes ni parti pris, détenteurs d'un véritable pouvoir judiciaire qui leur permet de créer comme d'interpréter le droit. La richesse des concepts que l'on trouve en droit classique à l'état brut, rattachés qu'ils sont le plus souvent à des cas concrets, explique qu'au Bas-Empire l'évolution du droit, […] ait pu se faire à partir des mêmes techniques »[112]. Les idées socialisantes investissent encore plus largement la conception de la propriété développée par Rome au Bas-Empire. Le thème de l'adaptation du droit à la réalité est encore au cœur des préoccupations des juristes de cette époque.

---

[111] OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Droit romain et ancien droit – Les biens*, Paris, PUF, 1961, n° 50, p. 85.

[112] *Ibid.*, p. 86.

C. La propriété au Bas-Empire

En ce qui concerne cette troisième période, c'est le droit des biens qui semble, dans l'espace juridique, porter la marque la plus profonde des idées socialisantes. Il parait, en effet, soutenir certains enjeux sociaux et politiques majeurs. Il constitue également le cadre où les questions de nature sociale pourraient trouver une issue. Il est pris dans le mouvement qui anime et permet de conduire les orientations nouvelles. Il est donc touché par toutes les contradictions que connaît le Bas-Empire. Il est le lieu où elles s'accumulent mais aussi où elles sont susceptibles d'être juridiquement résolues[113].

Pour l'époque considérée, il apparaît que la propriété acquiert définitivement une fonction sociale. On constate un état particulier du droit des biens aux termes duquel certains des traits ou des aménagements déjà annoncés paraissent s'accentuer ou se confirmer. Néanmoins, la pratique de la propriété subit un remarquable revirement. La notion est frappée par un certain effet de synthèse. Sous l'Empire, Rome, « dans une entreprise considérable d'assimilation »[114], intègre progressivement dans la citoyenneté les populations conquises. Dès lors, les romains délaissent la distinction qui visait, jusqu'à l'époque classique, à éloigner de la notion de propriété quiritaire, les propriétés provinciales ou encore pérégrine si l'on envisageait le droit des étrangers sur les terres. Au Bas-Empire, la propriété est unifiée[115] et les différentes formes sous lesquelles elle se réalisait jusqu'à lors fusionnent[116]. Elles se fondent en une situation unique[117] et se

---

[113] *Ibid.*, n° 51 et s.

[114] V. HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 31.

[115] *Ibid.*

[116] *Ibid.*

[117] OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, *op. cit.*, p. 105.

rejoignent sous le terme et le concept de *proprietas*. Le principe du caractère individuel de la propriété se généralise et celle-ci apparaît théoriquement comme absolue.

Malgré tout, certaines questions apparaissent autour du thème de l'appropriation. Il faut, en effet, comme le précisent certains auteurs, régler « l'approfondissement du contraste entre riches et pauvres, puissants et faibles, sur le plan non seulement économique, mais aussi social et juridique »[118]. La propriété est toujours enfermée dans les limites tirées de l'utilité publique et de l'intérêt de la collectivité. Ce sont donc ces deux points qui permettent de découvrir que l'on attribue à la propriété une fonction sociale. Le premier aspect commande de prendre position dans le domaine fiscal et économique, l'autre veut que l'on édicte, dans certaines hypothèses, de nouvelles limitations aux droits du propriétaire.

D'un côté, on oppose à la propriété individuelle et privée une série de mesures avec lesquelles on voit s'étendre le domaine de la mainmise publique et de l'Etat. En raison de réalités que l'on attache à la notion d'utilité, les expropriations et les réquisitions se multiplient, au Bas-Empire, pour des raisons diverses. Elles sont d'abord à mettre en rapport avec les nécessités du ravitaillement et de l'approvisionnement en céréales notamment (*annone*). Elles s'imposent aussi, au bénéfice de l'exploitation de certaines concessions[119]. Elles apparaissent encore justifiées par la construction d'édifices publics. Dans un autre temps, ces règles ou limites légales ont pour principe de garantir l'exercice de certaines professions. Elles visent, à titre principal, les métiers indispensables à l'alimentation de Rome[120]. Certaines charges ou contraintes viennent frapper spécialement les membres de certaines corporations, pour que le matériel et les biens nécessaires à leur activité leur soient affectés définitivement. La contrepartie pour le propriétaire pris sous

---

[118] AYMARD (A.), AUBOYER (J.), *Rome et son Empire*, Paris, PUF, 5ème éd., 1967, p. 530.

[119] En effet, aux termes des dispositions du Code Théodosien, il est permis d'ouvrir une carrière ou une mine dans le sous-sol d'un fonds, à condition toutefois de reverser à son propriétaire dix pour cent de cette production, une quantité équivalente revenant également à l'empereur.

[120] HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 34.

l'autorité d'un de ces collèges professionnels est que les biens dont le sort est ainsi réglé sont « bloqués », ils forment des « *fundi dotales* », à vocation communautaire ou collective[121]. Sous cet aspect, ces mesures particulières entament considérablement la faculté de disposer de leurs destinataires. Néanmoins le principe de la propriété est intact. La propriété est « sacrifiée »[122] seulement si elle est au frottement avec l'intérêt général. On y perçoit la manifestation de sa socialisation.

D'un autre côté, le dirigisme étatique se manifeste, pour la période byzantine, à la faveur d'une vaste entreprise fiscale. Il s'agit, dans les campagnes, d'inviter à l'exploitation des domaines en friche et, par là, de provoquer un retour à la terre. Des mesures de contraintes s'appliquent à l'agriculture, qui comme d'autres activités, va avoir une fonction sociale[123]. Pour développer un peu plus l'agriculture, un système de contributions et de rétributions vient tantôt sanctionner le propriétaire qui se désintéresse de son domaine, tantôt gratifier le volontaire qui envisage de planter sur un terrain inoccupé. La tendance initiée par les réformateurs de l'époque classique se poursuit donc. Il s'agit de favoriser toute initiative et toute activité privée de culture. Mais, rapidement, « une déviation s'opère dans les principes comme dans les méthodes »[124]. L'opération tourne, en effet, à l' « opportunisme fiscal »[125]. L'attention se porte sur les moyens de faire rentrer l'impôt et ces préoccupations d'ordre économique amènent, ainsi que l'indiquent les auteurs, à « tabler sur la fortune acquise »[126]. On voit ainsi au Vème siècle, certains propriétaires incapables de se plier au paiement des taxes, être dépossédés au profit d'autres, qui sont en mesure d'assumer les charges liées à la terre. Un paradoxe frappe donc le monde rural. On assiste,

---

[121] *Ibid*.

[122] ELLUL (J.), *Histoire des institutions, L'Antiquité,* Paris, PUF, coll. Thémis, 8ème éd., 1992, p. 580.

[123] V. sur ce point : OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit des biens*, op. cit., n° 61 et 62, pp. 102-103.

[124] *Ibid*., p. 103.

[125] *Ibid.*

[126] *Ibid.*

au gré des différentes mesures fiscales, à la réunion progressive des domaines agricoles entre les mains des plus riches, qu'ils soient d'ailleurs exploitants ou non.

Sans conteste, dans l'analyse des historiens, « c'est le désir de trouver un contribuable solvable qui pousse l'Etat à donner à la propriété une véritable fonction sociale »[127]. Les dispositions s'accumulent dans ce sens pour préférer, dans l'attribution des terres abandonnées, les agriculteurs capables de verser la redevance mais aussi, pour contrarier toute tentative spéculative à propos des terres les plus fertiles lorsqu'elle aurait pour effet le morcellement d'une exploitation et qu'elle irait contre les intérêts du fisc. Pour remédier à ce danger et déjouer de telles prévisions, le législateur du Bas-Empire imagine de considérer le domaine rural comme un ensemble qui comprendrait les terres incultes et les terres fertiles, comme un système soumis tout entier au paiement de l'impôt. Dans cette perspective, le propriétaire des parcelles les plus productives serait redevable et tenu de payer pour les terres les moins fertiles. C'est l'institution de l'*épibolé* qui consacre une telle solidarité devant l'impôt et qui permet d'installer l'idée d'une « responsabilité collective »[128] face à son règlement. Avec le *colonat*, une contrepartie apparaît. En effet, si la fonction sociale du propriétaire solvable est de s'acquitter de l'impôt, le devoir de l'agriculteur sans ressources est de travailler[129]. Le petit cultivateur sans ressources est autorisé à se maintenir sur le domaine exploité mais il se trouve placé sous la dépendance et l'autorité du propriétaire, jusqu'à ce qu'il puisse revenir à l'appropriation de la terre et retrouver, à son tour, « sa fonction sociale primitive »[130]. Ce sont donc, des soucis d'intendance publique qui paraissent justifier que l'on apporte des tempéraments aux principes individualistes ainsi, parfois, qu'à celui de la propriété privée.

---

[127] *Ibid*.

[128] *Ibid.*

[129] *Ibid.*, n° 63, p. 104.

[130] *Ibid.*, n° 64, p. 105.

Néanmoins, la formulation et la conduite d'un vaste projet social pour le Bas-Empire a finalement conduit à réaliser, conforter et fixer un état où les pauvres sont encore sous la dépendance des plus influents. Il y a même pire. On découvre les marques d'une véritable concurrence au pouvoir de l'Etat et à sa fonction providentielle, puisque souvent, « entre lui et certaines catégories de petites gens tend à s'interposer l'écran des puissants »[131]. Le tableau amène donc à admettre les faiblesses d'une politique autoritaire qui rassemble, pour une large part, sous son contrôle les mesures d'opportunité les plus diverses.

A tenir compte du contexte économique, social et démographique, des réformes d'une autre nature et d'une autre teneur étaient indispensables. Pourtant, c'est sans rupture ni progression particulière avec les étapes validées dans l'intervalle précédent que se déroule la période byzantine. Ce sont, somme toute, les circonstances, qui pour la fin de l'histoire romaine, ont dépassé et déstabilisé le régime et l'Empire. Toutefois, si l'on considère ses derniers temps et cette troisième période, ce n'est pas la question de la socialisation de la propriété qui est en cause. L'hypothèse bénéficie encore des acquis constatés sous l'époque qui précède. C'est bien plutôt maintenant, à regarder les évènements, d'une réelle socialisation du droit qu'il faut discuter, en essayant d'en dégager les pistes les plus probables et les plus efficaces.

En ce qui concerne plus particulièrement la propriété et ses modalités d'exercice, Rome a sans doute produit et fournit un modèle solide aux autres civilisations. Sa longévité et sa permanence ont d'ailleurs contribué à imposer l'idée que la propriété est un objet juridique significatif mais aussi, un argument et un outil politique fort.

L'histoire de la propriété à Rome permet de révéler que les institutions juridiques les plus stables sont susceptibles de connaître les aménagements et les cautions que les évènements imposent, quitte à ce qu'au regard des nécessités économiques et sociales on leur oppose les revirements les plus lourds. Les conceptions juridiques apparaissent donc largement imprégnées du contexte dans lequel elles s'expriment. Il faut, pour le

---

[131] AYMARD (A.) et AUBOYER (J.), *Rome et son empire*, *op. cit.*, p. 531.

remarquer, encore voir quel est le traitement que reçoit la question de la propriété à l'époque franque mais aussi au Moyen Age et comment se construit dans les mêmes limites le droit des biens.

§ 2. Le traitement de la question de la propriété par le droit féodal

La société féodale a produit un modèle tout à fait singulier. Elle dégage, en effet, une présentation de la propriété foncière originale. Le régime qui s'applique aux terres pendant cette période paraît indiquer que la propriété féodale affiche la marque d'une profonde ouverture aux tendances communautaires. De ce point de vue, le schéma féodal de la propriété s'élabore en considération de l'intérêt de la collectivité. Il apparaît que la notion de propriété exprime une certaine sensibilité aux conceptions socialisantes. Cette orientation se manifeste sous des aspects différents. Elle atteint la propriété dans son fondement individualiste en maintenant le principe des limites posées à l'exercice des prérogatives qu'elle offre. Elle affecte également la physionomie même de la propriété qui apparait sous des traits collectifs. La féodalité livre une version socialisée de la notion de propriété. Certaines périodes semblent caractéristiques de cette interprétation. L'évolution s'engage, sous cette forme, à l'époque franque (A) ; la systématisation des propriétés simultanées montre que, chronologiquement, elle se poursuit au Moyen-âge (B).

A. La propriété à l'époque franque

La période franque, est caractérisée par les invasions germaniques et suit immédiatement la chute de l'Empire. La liaison est d'ailleurs assurée entre ces deux moments historiques

par la persistance de la domination exercée par les grands propriétaires dans l'ordre politique et civil. On ira même jusqu'à parler, pour évoquer l'emprise dont ils sont capables et leur influence, de la naissance d'une véritable « aristocratie »[132] terrienne. Cette permanence tient, en réalité, à ce que la question agraire est encore un souci et un trait caractéristique de l'économie chez les francs et les germains. Néanmoins, si, au gré des conquêtes, le territoire qui s'offre physiquement et géographiquement à la pratique de l'agriculture et de l'élevage, s'étale considérablement, cette extension conduit aussi à certaines révisions et à des variations autour des formes de la propriété et de ses modalités d'exercice.

Au premier stade, les Germains ne connaissent pas, pour ainsi dire, la propriété individuelle sur les terres cultivées, celles-ci sont sous la gestion de groupes politiques en charge de les répartir entre les différents cercles familiaux. On a, partant, émis l'hypothèse que les germains auraient développé très tôt des qualités associatives et pratiqué dès l'origine un communisme agraire, avant que n'émerge l'idée d'une propriété individuelle[133]. Progressivement, celle-ci apparaît lorsqu'il s'agit d'envisager et de se prononcer sur le régime de la maison familiale, puis elle s'impose définitivement et généralement sur toutes les terres au moment des invasions barbares.

Néanmoins, même conçue comme individuelle, la propriété des Germains paraît éloignée d'une propriété absolue et équivalente au *dominium* romain. On rencontre pourtant ce modèle à proximité, puisque comme le rappellent Ourliac et De Malafosse, « en Gaule, les Francs allaient trouver un droit dont les tendances individualistes étaient encore très nettes. La propriété provinciale était désormais assimilée à la propriété quiritaire ; elle était individuelle et soigneusement cadastrée : le propriétaire gallo-romain possédait sur ses biens un droit absolu, aliénable et pleinement transmissible par testament à ses

---

[132] *Ibid.*

[133] *Contra*, not. OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, *op. cit*., n° 66, p. 116.

héritiers »[134]. Les germains eux, opposent une réelle atténuation au principe de la propriété individuelle et exclusive en raison d'une très haute considération pour les droits de la collectivité et de la famille. En définitive, les droits étendus du groupe se heurtent aux droits des individus et, dans un même mouvement, l'idée d'une jouissance individuelle est souvent délaissée pour les nécessités de l'usage collectif des choses.

La conception romaine de la propriété apparaît donc distancée par les contraintes qu'implique l'arrivée d'un ordre économique et politique nouveau. Les révisions et l'acculturation du droit se réalisent à la faveur d'une réévaluation du rapport qui s'établit entre l'individu et la chose. Désormais la présentation amène à privilégier, les situations de fait. L'accent est alors mis sur la détention matérielle et la possession des terres. On constate à l'époque franque une certaine socialisation de la propriété. L'empreinte la plus remarquable est laissée par l'impact des idées communautaires sur la notion. L'organisation juridique et sociale se trouve, pour la période, essentiellement ramenée aux principes d'une solidarité entre voisins, d'une copropriété familiale et plus généralement à celui d'un communisme fonctionnel. En conséquence, l'épisode franc n'est pas un temps à négliger dans la chronologie de la socialisation du droit. On y trouve formulée, une proposition ferme quant aux avantages que peut procurer une certaine pratique du collectivisme. Cette lecture est, tout à fait, compatible avec un angle particulier de la recherche et de l'hypothèse. L'évolution des institutions, à l'époque franque, témoigne d'une certaine sensibilité à l'endroit des phénomènes collectifs. Elle met donc en relief un des aspects caractéristiques de la définition de la socialisation.

Une certaine idée de l'appropriation foncière se développe chez les francs. Elle s'installe avec des repères distincts et propres. Il faut concevoir, qu'autour d'une conception originale de la propriété et des composantes qu'on lui associe, la « féodalité » déroule un univers et un contexte qui préparent des évolutions profondes. D'ailleurs, l'évocation du terme renvoie « aussi bien, nous renseigne le J.-L. Halpérin, à un phénomène politique – le

---

[134] *Ibid.*, n° 69, p. 134.

démembrement de la puissance publique qui affecte le royaume de France à partir du Xème siècle en donnant naissance à des seigneuries – qu'à un système social – caractérisé à la fois par les liens d'homme à homme et par l'extension des grands domaines – ou économique, le féodalisme de Marx prenant place entre l'esclavagisme et le capitalisme »[135]. Du point de vue qui intéresse directement notre hypothèse, il faut également relever un « morcellement extrême du droit de propriété ; une hiérarchie des droits sur la terre nés de ce morcellement, hiérarchie correspondant à la hiérarchie des liens de dépendance personnelle »[136]. On constate qu'une certaine solidarité se met en place autour d'une même portion de terre. Ces tendances collectivistes se poursuivront du Moyen-âge à la Révolution.

B. La propriété au Moyen-âge

La période féodale n'est pas un moment donné. Elle n'a pas de bornes temporelles fixes. Il faut davantage concevoir, qu'à travers ses vagues successives de réalisation, elle offre une « expérience juridique de plusieurs siècles, depuis le Moyen Age jusqu'à 1789, déterminante pour le développement de l'ancien droit de la propriété foncière »[137]. C'est le contrat vassalique qui forme l'assise théorique de cette organisation. Celle-ci repose matériellement et juridiquement sur l'établissement sur le fief ou la tenure. Un système solidaire se met progressivement en place et détermine l'agencement, l'assemblage et la combinaison des différents droits sur le sol.

---

[135] HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens, op. cit.*, p. 57.

[136] GANSHOF (F.-L.), *Qu'est-ce que la féodalité ?*, Bruxelles, Office de publicité, 3ème éd., 1957, p. 11.

[137] HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens, op., cit.*, p. 57.

C'est au départ, sur un mode conventionnel et personnel que se nouent les rapports entre le seigneur et son vassal, l'un et l'autre étant obligés. Le vassal est principalement tenu par un devoir de fidélité et le seigneur en contrepartie promet aide et assistance. Néanmoins, à mesure que l'on avance dans les idées et les pratiques, la féodalité, tend à devenir foncière et réelle et la concession du fief puis des différentes tenures, la véritable « cause juridique de l'engagement du vassal »[138]. C'est cette évolution qui donne sens et contenu à la propriété féodale. Les spécialistes affirment, en effet, que « le régime des fiefs appartient désormais au droit privé plus qu'au droit public et, si marqué par ses origines qu'il soit resté, il devient une organisation de la propriété qui persistera jusqu'en 1789 et donnera son originalité à l'ancien droit des biens »[139].

La configuration de la propriété et la répartition des prérogatives qu'elle offre, amène à évoquer la théorie du double domaine[140]. Celle-ci s'entend par référence au système empirique, qui « se cristallise entre le Xème et le XIIIème siècle, sur des bases coutumières auxquelles se mêlent plus tard des éléments venus du droit romain »[141] et qui laisse constater l'existence de « propriétés simultanées » ainsi qu'une superposition des droits sur la chose. On assiste, dans le même ordre, à une distribution de ses utilités, qui systématise la division qui oppose domaine éminent et domaine utile. On relève pourtant une évolution. A l'origine, le vassal, n'avait que, le droit d'user et de jouir du fief. A l'inverse, il ne pouvait ni démembrer la chose, ni en altérer la substance, ni l'agréger, autrement dit en affaiblir la valeur, ni l'aliéner. Dans cette perspective, « la propriété-jouissance, qui ne confère pas l'*abusus* est enserrée dans un faisceau de contraintes, juridiques ou seulement sociales »[142]. Toutefois, progressivement, « le droit réel du

---

[138] OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé, op. cit.*, n° 78, p. 140.

[139] *Ibid.*

[140] V. sur ce point : PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, n° 89 et s.

[141] HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens, op. cit.*, p. 57.

[142] PATAULT (A.-M.), « Regard historique sur l'évolution du droit des biens », *in L'évolution contemporaine du droit des biens, op. cit.*, p. 6.

seigneur sur le fief, véritable *proprietas* au IXème siècle (…) s'est (…) réduit à bien peu de chose : la perception des taxes, l'intervention ou le consentement lors des mutations entre vifs, le retrait féodal » [143]. Régulièrement, le droit de disposition du seigneur est entamé, alors même, que dans des proportions concurrentes, celui du vassal s'étend. Ce dernier a finalement « réussi à dégager son droit sur le fief, de presque toutes [les] entraves »[144] qui existaient primitivement. A partir du XIIème siècle d'ailleurs, la redécouverte des principes et des concepts établis précédemment, a permis de ramener ce pouvoir réel à la notion romaine de *dominium*. Par abus de transposition, « la recherche d'un habillage juridique emprunté à la tradition antérieure »[145], pousse d'abord les glossateurs à rapprocher la situation du vassal de celle de l'emphytéote, avant que le commentateur italien Bartole ne lui concède « un *dominium* inférieur, mais pourvu de nombreux attributs de la propriété »[146].

S'il est possible de relever une progression, la direction prise ne doit pourtant pas porter à relier systématiquement le droit féodal aux institutions et mécanismes romains. L'effort doctrinal conduit de part et d'autre à la « déformation »[147] des notions. Il faut, en effet, considérer qu' « il y a un abîme entre la projection gaïenne de la propriété et l'organisation médiévale des pouvoirs de l'individu sur la terre. Plus qu'un abîme, une incompatibilité totale »[148]. Il convient encore de remarquer, à la suite d'A.-M. Patault, que « ce n'est pas une différence de perfection dans l'agencement des techniques, c'est une autre traduction

---

[143] GANSHOF (F.-L.), *Qu'est-ce que la féodalité ?*, *op. cit*., p. 192 ; l'auteur poursuit : « Le seigneur peut aliéner le fief, mais seulement dans les limites de son droit et sans nuire à celui du vassal. Sauf pour certains fiefs (…) le seigneur n'a pas la faculté de contraindre un vassal à faire abandon de son fief, même en lui en procurant un autre en échange ».

[144] *Ibid*., p. 173.

[145] HALPERIN (J.-L.), *histoire du droit des biens*, *op. cit*., p. 72.

[146] *Ibid*., p. 73.

[147] *Ibid.*

[148] PATAULT (A.-M.), « Regard historique sur l'évolution du droit des biens », art. préc., p. 5.

métaphysique des rapports de l'individu avec la nature et avec la société des hommes. Il y a là deux cultures juridiques opposées »[149]. Le système féodal développe sa cohérence, son contexte et ses fondements propres. On y découvre une formule originale. C'est « une autre vision des rapports de l'homme et de la nature, des rapports de l'individu et de la société »[150] qui est à l'œuvre. Le droit médiéval livre une conception différente mais pertinente de la propriété socialisée, elle trouve aussi ses limites dans la prise en compte des formations et phénomènes collectifs. Le point de retour est simplement déplacé vers « la propriété jouissance d'utilité, propriété médiate, tenue de Dieu, de la famille, du groupe, et enserré dans un lacis d'obligations et de contraintes »[151].

Ces tendances communautaires » s'affirment également au profit du voisinage. Du Moyen Age à l'Ancien Régime, on oppose constamment à l'exercice des prérogatives qui s'attachent normalement au principe d'une exploitation foncière efficace, les différents droits reconnus aux voisins. On voit alors réapparaître les idées traditionnelles invitant à développer et à rationaliser l'entraide. D'un autre côté, la propriété est soumise à une discipline collective puisque la coutume crée ou valide l'existence de certaines servitudes. Généralement, elles visent à garantir le passage vers un terrain enclavé, l'écoulement des eaux, le puisage, le « halage ». Elles prescrivent également de tenir les jours et les vues ouverts dans un mur à distance raisonnable du fonds voisin[152]. C'est ainsi et dans ce sens, que la Coutume de Paris a permis de donner une organisation à l'hypothèse de la mitoyenneté[153].

---

[149] *Ibid*.

[150] *Ibid*., p. 12.

[151] *Ibid*., p. 5.

[152] Pour un exposé plus détaillé, v. HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, *op. cit*., pp. 84 et 85.

[153] *Ibid.*

Considérant le groupe plus étendu que forme le complexe villageois, on peut relever d'ultimes limites à l'emprise et aux prérogatives individuelles sur les terres. Dans cette perspective, il convient d'abord d'évoquer les réserves que l'on place sur les biens communaux, c'est-à-dire sur les terres qui n'appartiennent en propre à personne. En pratique, leur accès est contrôlé et les droits qui peuvent s'y exercer sont strictement déterminés. Ces territoires, ne peuvent devenir le lieu où s'accomplit une jouissance privative et entière. Néanmoins, sur les espaces restants et ouverts à « l'appropriation » pour les particuliers, d'autres entraves peuvent être constatées. Elles se concentrent, se rassemblent autour d'« une solidarité très forte entre les habitants d'une même communauté villageoise »[154]. Elles s'expriment, avec le renfort des textes bibliques et de la tradition, à la faveur de l'idée de charité et au profit des pauvres et des démunis[155]. Des droits d'usage sont, en effet, concédés aux plus faibles : on leur octroie un droit de glanage sur les terres exploitées qui leur permet de prendre les quelques éléments laissés après moisson ou récolte et, dans les limites liées à la bonne marche de l'activité agricole, un droit de vaine pâture, sur certaines surfaces.

En admettant une ouverture à la pratique collective de l'appropriation de la terre, la féodalité livre une conception de la propriété foncière compatible avec l'idée de socialisation. Elle apporte également un soutien manifeste à la compréhension de l'approche contemporaine de la notion de propriété.

---

[154] *Ibid.*, p. 84.

[155] *Ibid.*

§ 3. Les apports de l'analyse historique à la compréhension de la conception contemporaine de la propriété

Si la plénitude du droit de propriété est un principe déjà fermement installé dans le droit romain des biens, « l'évolution historique, comme l'indiquent les auteurs, n'en présente que plus d'intérêt, apte qu'elle est à nous faire comprendre comment et pourquoi le principe d'un droit absolu a pu se concilier avec les limitations, les démembrements, les transferts cycliques de la propriété foncière »[156]. C'est sous ce point de vue, qu'il faut observer la propriété et ses modalités de réalisation. Au terme d'une telle analyse on perçoit, en effet, que le droit de propriété est progressivement devenu une « sorte de droit éminent, puisqu'il n'est plus seulement limité mais socialisé »[157].

Il semble courant d'affirmer que les civilisations primitives auraient pratiqué la propriété collective ou communautaire et que les procédés d'individualisation se seraient lentement dégagés. L'histoire de la propriété à Rome apporte un démenti à cette présentation classique d'« un communisme de famille succédant à un communisme de tribu, pour s'effacer lui-même devant l'appropriation individuelle »[158]. A l'origine, et en l'état actuel des sources, il apparaît que les différentes constructions se mêlent pour former un assemblage où il est parfois difficile de discerner distinctement car s' « il n'est pas impossible que les anciennes tribus qui formèrent Rome aient connu très anciennement le

---

[156] OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, *op. cit*., p. 70.

[157] *Ibid.*

[158] *Ibid*.

communisme (…) lorsque Rome se fonde et que se constitue le droit civil, une propriété individuelle existe »[159].

Si elle semble ressortir de la production littéraire ou intellectuelle de la période classique, l'idée d'un communisme total et primitif doit être rejetée. Elle sert essentiellement l'image d'une communauté idéale dans les récits, poèmes et œuvres philosophiques. En réalité, dans l'ancien droit romain, il faut davantage croire que les formes de propriété ont coexisté et, qu'à côté de la propriété individuelle du chef de famille *(pater familias)* portant sur l'*heredium*, la terre héréditaire, un autre trait dominant est laissé par la propriété commune ou collective que supportent les *gentes* et qui se rapporte à la plus grande partie des terres.

Il convient aussi d'admettre, même si l'hypothèse est encore un point de division chez les romanistes, que tous les biens n'étaient pas les objets d'une possible propriété privative et personnelle. Dès les premiers temps de l'organisation de la société romaine, certaines terres restent publiques, elles échappent à l'entreprise privée et au *dominium*. Leur importance ne doit pas être négligée, leur nombre grandit toujours en fonction des conquêtes de la Cité. Il ne faut pas, non plus, méconnaître la valeur de ces restrictions pour le profit de ces lignes historiques. Dans le contexte contemporain où l'on entend discuter de la nécessité de certaines nationalisations, de la nécessité d'étendre le domaine des *res publicae*, il est permis de penser qu'« il n'y aurait dans cette mesure rien de tellement incompatible avec l'esprit du droit romain classique »[160].

La Rome Antique et primitive aurait donc apporté par certains aspects les modèles et les agencements que nous transposons encore. Il paraît, en effet, universel que « ces diverses catégories du régime des biens se combinent dans des proportions variables »[161] et que

---

[159] VILLEY (M.), *Le droit romain*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 10ème éd., 2002, p. 80.

[160] *Ibid*., p. 82.

[161] JANSSE (L.), *La propriété, Le régime des biens dans les civilisations occidentales*, Préf. LEBRET (L.-J.), Paris, Broché, Les éditions ouvrières économie et humanisme, p. 8.

« les conséquences de chacune sont limitées et mitigées par l'expression juridique de l'ordre social. Elles subissent d'autre part, poursuit Jansse, l'influence puissante des volontés politiques et économiques des hommes. La propriété ainsi envisagée comme institution concrète ne se réalise que dans la contingence d'un système plus vaste des emprises et des jouissances et ce système lui-même n'est qu'un élément du complexe plus général qu'est l'ordonnancement même de la Société »[162].

La période médiévale révèle également sa part de renseignements pour la compréhension des phénomènes qui ont affecté le régime de l'appropriation des biens. Elle accueille, en effet, certaines des manifestations primitives de la socialisation de la propriété. Si le droit médiéval développe une conception singulière de la notion de « propriété », puis de la question des pouvoirs qu'elle donne ou distribue, il faut toujours voir qu'elle subit le contrepoids « des disciplines collectives et intégrées dans un cadre communautaire»[163]. Il y a là une disposition particulière de l'univers juridique qui s'accorde encore tout à fait avec son environnement social. Le droit des biens de l'époque est directement en prise avec la réalité mais sa substance est parfois altérée par les liens artificiels que les juristes ont noués en se rapportant excessivement au droit romain. Le principe même d'une adaptation suppose souvent un renouvellement, un ajustement des procédés ou à l'inverse des retours justifiés. Pourtant, en dépit de cette méthode, après le passage à l'interprétation doctrinale « notre droit des biens s'est péniblement construit sur [un] malentendu : une technique abstraite de liberté individuelle appliquée, à force, à un mécanisme pragmatique reposant sur la solidarité entre les hommes, entre les générations, entre l'individu et la collectivité. Une technique de domination de la nature opposée à une technique d'humilité de l'individu devant Dieu et devant l'ordre social »[164].

---

[162] *Ibid.*

[163] *Ibid.*, p. 83.

[164] PATAULT (A.-M.), « Regard historique sur l'évolution du droit des biens », art. préc., p. 8

On ne doit pas ignorer la part de chacune de ces périodes dans l'élaboration des principes du droit des biens actuel. S'il faut leur porter un intérêt équivalent, il convient pourtant de distinguer entre les deux formules qui nous sont parvenues. Les conceptions romaines ont apporté et imposé, dans un contexte politique particulier, le modèle d'une propriété individuelle et absolue. Toutefois, le principe de la propriété-matière et corporelle a été constamment défait. Il est aujourd'hui définitivement délaissé[165]. L'évolution contemporaine fournit d'ailleurs une des illustrations de cet abandon puisque, de nos jours « les techniques de maîtrise de l'espace réintroduisent l'incorporel, dans la notion de propriété foncière, avec les propriétés simultanées et les rapports d'obligation qui ont caractérisé l'appropriation de l'immeuble dans notre culture juridique la plus longue »[166]. Ici, il convient peut-être de reprendre l'idée que « nous revivons l'effort impossible des glossateurs médiévaux s'appliquant vainement à canaliser l'effervescence des solutions de la pratique dans les cadres rigides – et incompatibles – de la propriété corporelle »[167]. L'opposition qui existe entre le système romain et le système médiéval est donc à mettre en rapport avec une appréhension différente des complications liées à l'extension du champ des biens, des richesses puis à leur juste distribution. Rome, notamment, a dû régulièrement trouver l'issue la plus appropriée au problème de la répartition des terres. Les réformes et lois agraires qui se sont succédé depuis l'époque classique en fournissent le meilleur exemple.

En somme, ces enchaînements, semblent caractériser un certain état de la socialisation du droit. Malgré la diversité des formes sous lesquelles elle se manifeste, c'est toujours dans un climat social qui varie, au gré des attentes et des sources d'inspiration, qu'elle s'exprime. Si elle ressortit essentiellement au domaine des faits, dans ce premier temps de l'analyse, elle semble pénétrer le champ des idées dans le discours qui précède l'œuvre de

---

[165] *Cf. infra*, pp. 223 et s.

[166] *Ibid.*, p. 12.

[167] *Ibid.*

codification du droit civil. La socialisation du droit s'impose donc d'une manière plus formelle pour fonder un ordre politique et juridique nouveau. Elle montre encore un certain attachement avec la question de la propriété.

Section 2 : La portée socialisante des idées préliminaires au Code civil

Le 21 mars 1804 est présenté par les auteurs contemporains comme « la date la plus importante dans l'histoire du droit civil »[168] qui se trouve dès lors unifié. Elle consacre, en effet, la réunion en « un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français » des trente-six textes votés en l'an XI et en l'an XII[169]. L'œuvre de codification du droit a nécessité des matériaux variés. Elle procure un cadre formel aux dispositions régissant les grandes notions et institutions du droit privé. Toutefois, la période précédant sa naissance est aussi féconde sur un plan intellectuel[170]. Elle offre l'occasion de découvrir un environnement politique et idéologique particulier. Le Code s'est construit dans un contexte d'ouverture aux idées sociales et aux réalités concrètes du droit. Les discours annonçant son adoption, justifiant ses thèmes principaux, et précisant la raison d'être de ses règles sont fondamentaux pour sonder l'esprit qui l'anime.

Il y a, à la base-même du projet de Code civil, l'empreinte d'idées socialisantes. L'un des thèmes majeurs de la pensée post-thermidorienne est, en effet, de considérer le droit privé comme un lieu de restauration du lien social. On conçoit également la propriété privée comme un remède au délitement des relations individuelles que connait la période qui suit

---

[168] WEILL (A.) et TERRE (F.), *Introduction générale*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 4ème éd., 1979, p. 88.

[169] V. sur ce point : HALPERIN (J.-L.), *Le Code civil*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2ème éd., 2003, p. 3 et s.

[170] V. not. EWALD (F.) (dir.), *Naissance du Code civil. An VIII – An XII – 1800 – 1804*, Paris, Flammarion, 1989.

la Révolution. Le Code qui est un instrument d'administration de la conduite des relations entre individus poursuit donc par son objet (§ 1) une mission de socialisation. On découvre aussi dans les idées qui précèdent son arrivée une rhétorique qui s'attache à exprimer la nécessité d'une socialisation du droit des biens, lequel constitue, en réalité l'axe central du Code civil (§ 2).

§ 1. L'objet du Code

Dans l'esprit de ses concepteurs, le Code civil révèle, à plusieurs égards, des considérations relatives à l'idée de socialisation. Les ambitions qui le soutiennent et l'objet qu'il poursuit portent à considérer les liens qu'il entretient avec les différents états que l'on attache au terme socialisation. Le Code civil résulte, en premier lieu, d'une volonté d'unification et de « nationalisation » du droit privé français. Cette entreprise s'inscrit dans le désir de rompre avec le pluralisme juridique et l'extrême complexité qui caractérisaient l'Ancien droit. Cette synthèse entreprise sous l'impulsion de l'Empereur répond à l'impératif d'acculturer le droit civil et de le rendre conforme aux nouvelles réalités concrètes. C'est donc une œuvre de socialisation du droit puisqu'elle vise à « classer, trier, choisir, simplifier, unifier les diverses sources de Droit, sans cesser pour autant d'adapter les règles aux besoins nouveaux »[171]. Le Code civil apparaît aussi comme une tentative pour concilier droit et Révolution. C'est un certain souci de modération qui a guidé l'élaboration de ses dispositions et porté ses instigateurs a fédéré droit écrit et coutume[172]. Le Code est le produit d'influences diverses. L'ensemble réalise un

---

[171] ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, Préf. M. VILLEY, Paris, LGDJ, 1969, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », vol. IX , p. 6 ; L'auteur ajoute que l'élaboration du Code civil annonce « l'adoption d'une méthode logique d'exposition et l'option pour des règles conformes aux besoins du temps », *Ibid*., p. 8.

[172] V. sur ce point : JEAN (J.-P.) et ROYER (J.-P.), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale – Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs*, n° 107, *Le Code civil*, nov. 2003, p. 127 et s.

compromis entre l'idéologie juridique reçue de l'Ecole du droit naturel moderne représentée par Domat et Pothier et l'empreinte des idées héritées des conquêtes juridiques de la Révolution de 1789[173]. Il apparaît comme l'aboutissement du programme philosophique des Lumières et de la Révolution. C'est une œuvre de rationalisation et de systématisation du droit civil mais il faut trouver, au-delà, dans l'idéologie juridique défendue par ses rédacteurs la marque d'un certain empirisme[174]. Le projet législatif semble porté par un réalisme sociologique qui invite à observer le milieu d'où sont censées sortir les normes. Les auteurs se montrent assez favorables à l'idée d'élaborer un nombre limité de lois bien faites, susceptibles d'évoluer au regard de réalités nouvelles[175]. La démarche doit permettre le progrès et les ajustements raisonnables en matière de législation. Cette nécessaire soumission des lois civiles doit conduire à moraliser et socialiser le droit.

L'analyse des fondements du Code civil conduit à aborder des lieux de discussion foncièrement perméables et complémentaires. L'étude doit être affranchie de toute logique de spécialisation ou de cloisonnement. Elle se situe, comme l'indique J.- F. Niort, « au carrefour du droit, des idées juridiques et de leur histoire, ainsi que de l'histoire politique et de l'histoire des idées »[176]. Le moment de la codification du droit civil français constitue donc, naturellement, un espace qui mêle des considérations de nature juridique et

---

[173] Pour davantage de précisions cf. : NIORT (J.-F.), *Homo civilis – Contribution à l'histoire du Code civil français*, Préf. J.-L. HALPERIN, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, t. I, pp. 104-105.

[174] *Ibid.*, p. 105.

[175] « Le législateur (…) ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir » : PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in Jean-Etienne-Marie Portalis – Ecrits et discours juridiques et politiques », Marseille, PUAM, 1988, pp. 23-24.

[176] NIORT (J.-F.), *Homo civilis – Contribution à l'histoire du Code civil français* , *op. cit.*, p. 25 ; L'auteur poursuit en indiquant qu'en raison de cet entrelacement et de « l'ambivalence même du Code civil à cet égard, (…) on se condamne à l'imperfection dans chacun de ces domaines pris respectivement et séparément ».

sociale voire sociologique[177]. Certains auteurs ont déjà consacré d'importantes analyses aux fondements idéologiques et aux origines doctrinales Code[178]. Nous développons l'ambition plus modeste de découvrir, à travers les sources qu'ils exposent, que le droit civil tel que le conçoivent les principaux ouvriers[179] du Code civil cultive des « vertus socialisantes » présentées comme « cruciales »[180].

L'idée de poser les bases du droit privé moderne est un projet éminemment politique. L'ambition d'organiser le droit civil confère au Code l'allure d'un objet politique. Au terme d'une analyse anthropologique de la constitution du droit civil, Jean François Niort a démontré que toute tentative pour « autonomiser » le droit civil et plus généralement le droit privé de la sphère politique est vaine[181]. Le Code est un objet au service de l'administration de la société. Naturellement, il se place « sous la tutelle des lois

---

[177] Il faut, en effet, repérer, comme un trait constant, l' « autonomie relative [du système juridique] à l'égard du social » ainsi que son irréductible « articulation à la vie sociale » : VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1ère éd., 1988, p. 176.

[178] V. not. : ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, op. cit. ; MARTIN (X.), *Mythologie du Code Napoléon – Aux soubassements de la France moderne*, Brouère, Dominique Martin Morin, coll. « L'homme des droits de l'homme », vol. 2, 2003 ; *Retour sur un itinéraire – Du Code Napoléon au siècle des Lumières*, Brouère, Dominique Martin Morin, coll. « L'homme des droits de l'homme », vol. 6, 2010 ; GAUVARD (C.) (dir.), *Les penseurs du Code civil*, Paris, La Documentation française, coll. « Histoire de la justice », n° 19, 2009 ; NIORT (J.-F.), *Homo civilis…, op. cit.*

[179] Dans cette perspective, c'est moins à l'édifice qu'aux idées qui l'ont servi qu'il faut s'intéresser. Par conséquent, « c'est moins le genre des matériaux employés que l'intention des ouvriers » qu'il faut analyser : ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, op. cit, p. 93. En effet, figée, l'œuvre de 1804 ne livre pas immédiatement la trame théorique, socialisante qui anime l'esprit du Code. Il faut concevoir qu'une organisation sociale est une chose beaucoup trop complexe pour qu'elle puisse tenir dans le cerveau du législateur du moment, ni se trouver jamais dans une construction logique » : VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », 2ème éd., 1962, p. 17.

[180] V. sur ce point : MARTIN (X.), *Mythologie du Code Napoléon …, op. cit.*, p. 422.

[181] « Le droit « civil » n'est pas le droit « naturel » et surtout pas le droit du plus fort au sens des sophistes ou de Sade. Le droit civil rend sociable, ou en tout cas témoigne de la civilité et de la civilisation : il est inséparable d'une certaine anthropologie politique. Mais, en même temps, le droit civil est celui d'une cité, d'un corps politique souverain qui se donne ses lois, et constitue un état de relation juridique entre ses membres. Le droit civil est celui d'un état civil ; il implique l'existence d'un espace politique. Il est donc inséparable d'une certaine (mais pas unique) philosophie politique » : NIORT (J.-F.), *Homo civilis …, op. cit.*, p. 18.

politiques. Il doit leur être assorti »[182]. Son élaboration est également l'occasion de réintroduire les thèmes et les propos de Montesquieu pour qui, « [les lois politiques et civiles] se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, soit qu'elles le fondent comme les lois politiques, soit qu'elles le maintiennent, comme les lois civiles »[183].

En réalité le dessein politique qui soutient et anime l'œuvre de codification est de refonder le lien social entre les individus. X. Martin a dressé un sombre panorama des rapports sociaux de la période post-révolutionnaire. La France connait pendant cette période un désordre contractuel sans précédent. Il identifie, parmi les causes de cette dégradation révolutionnaire du lien social, une inflation monétaire d'une particulière gravité, le saccage pathologique du marché des immeubles et une importante fluctuation des solvabilités[184]. Le thème de la rénovation sociale est donc au centre des préoccupations des rédacteurs du Code civil. L'élaboration d'un corps organisé de lois civiles est censée mettre un terme à l' « anarchique état de nature, où les relations entre individus sont sinon abolies, du moins affectés de graves corrosions »[185]. Il convient de concevoir que la « grande et croissante angoisse », qu'abrite le Code civil est de « reconstituer un tissu social indestructible »[186]. Il faut, en effet, travailler par l'éducation et la propagande au rétablissement des liens interindividuels.

Dans cette entreprise, le droit civil, de par sa nature, semble désigné pour offrir ses services. Il s'insinue, tel que le décrit X. Martin[187], à la jointure des relations

---

[182] PORTALIS, « Discours préliminaire… », préc., p. 32.

[183] MONTESQUIEU, cité par NIORT (J.-F.), *op. cit*., p. 132.

[184] MARTIN (X.), *Mythologie du Code Napoléon …*, *op. cit*., p. 422.

[185] *Ibid.*

[186] MARTIN (X.), « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *Rev. d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1987, p. 99.

[187] *Ibid.*

interindividuelles, dans la perspective d'assurer la conservation de la société. L'office du droit civil est, en effet, d'organiser, sous la tutelle des institutions privées, les rapports entre individus. Il apparaît donc que le Code civil doit constituer le cadre de référence pour les relations privées ordinaires entre les individus[188]. Le Code ressortit au domaine civil. C'est ce qui lui confère sa puissance socialisante. C'est l'objet même du Code qui lui imprime sa portée sociale. Jean-François Niort a mis en évidence cette relation. Selon lui, il faut saisir « l'intimité des liens unissant l'acception juridique et l'acception sociale du « civil » de la « civilisation » et relever « cette nuance adoucissante, euphémisante, sociabilisante et *socialisante*, toujours sous-entendue par ces termes »[189].

Le pouvoir socialisant que l'on attribue à l'œuvre de 1804 est évoqué par Portalis[190] qui présente le Code comme « un corps de lois destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêts qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité »[191]. Pour l'auteur, le développement du droit civil est dépendant du degré de civilisation de la nation. Corrélativement, le droit civil est celui du monde civilisé moderne. « A quoi reconnaît-on, écrit-il encore, qu'un peuple se civilise et se polit ? A la manière modérée et aimable avec laquelle les individus qui le composent vivent ensemble : car la civilisation se manifeste bien plus dans les rapports qui s'établissent d'homme à homme, que dans les rapports du citoyen à l'Etat »[192].

---

[188] JEAN (J.-P.) et ROYER (J.-P.), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale – Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs*, n° 107, *Le Code civil*, nov. 2003, p. 127.

[189] NIORT (J.-F.), *Homo civilis …*, *op. cit.*, p. 17 ; c'est nous qui soulignons dans le texte.

[190] PORTALIS, connu pour avoir été l'un des rédacteurs emblématiques du Code civil sera largement repris dans la suite de nos développements. Il est, en effet, régulièrement signalé « un des acteurs et auteurs les plus importants, sinon le plus important, le plus représentatif (…), de l'histoire politique du droit et du Code civils français » : *Ibid*., p. 18.

[191] PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours de présentation du Code civil prononcé le 3 frimaire an X*.

[192] PORTALIS (J.-E.-M.), *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*, t. II, Paris, Moutardier et Balland, 2ème éd., 1827, p. 501 ; L'auteur ajoute : « Dans toute société naissante, les rapports politiques précédent les rapports civils. D'abord tout est droit public. Chacun s'est hâté de se réfugier dans un intérêt commun pour mettre enfin un terme aux violences particulières auxquelles il se trouvait exposé. (…). Les membres de l'association, vivant en fédérés plutôt qu'en compatriotes, sont plutôt rapprochés par quelques conventions générales que par leurs ou par leur sentiment (…) ; ils sont plutôt

La dimension sociale du droit privé et les vertus socialisantes qu'affiche le Code civil apparaissent explicitement dans le discours des concepteurs du Code et dans les propos qui en accompagnent la réception. Dans une étude qu'il consacre à l'*Histoire du Consulat et de l'Empire*, Thiers met également en relief cet aspect. Il affirme, en effet, que le Code civil est « le premier, le plus général, le plus important de tous les codes »[193]. Il loue la qualité de l'ouvrage qu'il juge destiné à « rendre immuables les lois qui constituent l'ordre social et la morale et les soustraire aux variations particulières »[194]. Il qualifie donc l'édifice de « chef d'œuvre de législation »[195]. Rejetant les critiques formulées au Tribunat à l'encontre du titre préliminaire[196], l'auteur développe des propos qui participent à la sacralisation du Code civil. Le Code a incontestablement une portée sociale et politique. C'est dans cette perspective que Thiers suggère de l'appeler « le code social », dans la mesure où il figure « la meilleure forme de l'état social »[197]. Cette philosophie imprègne largement le droit des biens qui en constitue une colonne maîtresse.

---

exempts de vices qu'ils ne pratiquent des vertus ; ils ont des coutumes, ils n'ont point encore de mœurs. Les mœurs ne naissent que lorsque le cœur s'étend avec les communications qui les développent ; lorsque les liens de la parenté, de l'amitié, du bon voisinage, commencent à multiplier les communications (…) ; lorsque la hiérarchie sociale se forme, et qu'à chaque instant de nouveaux rapports produisent de nouveaux devoirs et de nouveaux droits. Alors (…) les citoyens, moins occupés de leur perfection et de leur sûreté, le sont davantage de leur bonheur. Comme on est moins inquiet sur le bien commun que l'on apprend à ne pas séparer du bien de chaque individu, on sent plus le besoin du droit privé que du droit public. Les lois particulières qui règlent les actions se multiplient ; tout reçoit une nouvelle forme ; des principes plus modérés circulent dans les familles et dans la société générale ; les passions sont mieux réglées, les volontés moins impétueuses ».

[193] THIERS (A.), *Histoire du Consulat et de l'Empire faisant suite à l'histoire de la Révolution française*, t. III, Paris, Paulin, 1845, p. 347.

[194] *Ibid.*

[195] *Ibid.*, p. 344.

[196] « Ces critiques étaient donc aussi vaines que ridicules » assène l'auteur : *Ibid.*, p. 349.

[197] *Ibid.*, p. 348.

§ 2. Le droit des biens, axe central du Code

La centralité du droit des biens tient d'abord à la part des dispositions qui sont dédiées dans le Code civil aux biens, aux modifications de la propriété ainsi qu'aux différentes manières dont on l'acquiert. L'ouvrage consacre, au terme de ses livres II et III, plus de trois-quarts des règles qu'il contient aux biens. Outre ces considérations d'ordre quantitatif, l'importance de la discipline se manifeste à travers les commentaires doctrinaux qui s'attachent à célébrer les vertus socialisantes de la propriété individuelle (A). Cet intérêt que les auteurs portent au propriétaire foncier a parfois conduit à affirmer que le Code civil pouvait être qualifié de bréviaire des propriétaires. Néanmoins, dans les propos liminaires des rédacteurs, l'homme propriétaire n'est pas pour autant présenté comme un monarque en son domaine. L'ambition des concepteurs du Code est de poser, en raison de considérations sociales, des limites au pouvoir du propriétaire dans l'exercice de son droit. On découvre donc dans les développements qui accompagnent l'arrivée du Code civil français des idées relatives à la socialisation du droit des biens (B.).

A. Le primat de la propriété individuelle

Dans les discours des auteurs qui annoncent l'adoption du Code civil on découvre une certaine exaltation de la propriété individuelle. Le texte le plus fréquemment évoqué est celui de Portalis développant, devant le corps législatif, les motifs du livre II, titre II du Code civil sur la propriété. On trouve également dans le *Discours préliminaire* présenté par Portalis de longs passages dédiés aux biens. Ces différentes sources révèlent la faveur à l'égard de la propriété de ceux qui ont contribué à l'œuvre législative. Elle est la colonne

maîtresse de l'édifice de 1804[198]. Elle est également la pièce centrale du nouvel ordre social. Portalis assure sa promotion en affirmant que la propriété est « comme l'âme universelle de toute la législation »[199]. Il indique encore que « le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété, droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver »[200]. C'est toutefois la propriété individuelle que les concepteurs du Code civil s'attachent à défendre. Elle seule peut permettre le retour à une théorie plus saine[201] contre les « fausses doctrines »[202] qui ont affecté le thème de la propriété. Le principe de la propriété privée est, selon Portalis, « dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent »[203]. Il demeure d'ailleurs convaincu « qu'il y a des propriétaires depuis qu'il y a des hommes »[204].

---

[198] « La plus grande partie des articles du Code, soit 1766 sur 2281, sont consacrés au droit des biens. Les livres II et III, en leur entier, portent sur la propriété (…). Politiquement parlant, ils en sont le cœur auquel viennent se greffer toutes les autres dispositions, y compris celles que contient le livre I sur le droit des personnes. Portalis peut bien dire, dans le *Discours préliminaire*, que la famille constitue l'une des « deux grandes bases » d'un corps de lois destiné à « diriger et à fixer les liens de sociabilité ». Il s'avère que la propriété est « la seule véritable base du nouvel édifice qui en assure la cohérence et la constitue en un ensemble solide et si parfait qu'il devient un modèle que l'Empire diffusera lors de ses campagnes à travers l'Europe » : JEAN (J.-P.) et ROYER (J.-P.), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale», art. préc., p. 130.

[199] FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, *De la propriété*, Titre II, Paris, 1828, p. 133.

[200] *Ibid*., p. 133.

[201] V. sur ce point : HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, *op. cit*., p. 193.

[202] Portalis indique qu' « il importe d'écarter les hypothèses, les fausses doctrines, et de ne raisonner que d'après des faits simples, dont la vérité se trouve consacrée par l'expérience de tous les âges. (…) Quelques écrivains supposent que les biens de la terre ont été originairement communs. Cette communauté dans le sens rigoureux qu'on y attache, n'a jamais existé ni pu exister » : « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété, Titre II, Livre II du Code civil », in Jean-Etienne-Marie Portalis - Ecrits et discours juridiques et politiques, Aix-Marseille, PUAM, coll. « Publications du Centre de Philosophie du Droit », 1988, pp. 111-112.

[203] *Ibid*.

[204] « Le sauvage, poursuit-il, n'est-il pas maître des fruits qu'il a cueillis pour sa nourriture, de la fourrure ou du feuillage dont il se couvre pour se prémunir contre les injures de l'air, de l'arme qu'il porte pour sa défense, et de l'espace dans lequel il construit sa modeste chaumière ? On trouve, dans tous les temps et

La récurrence du thème de la faiblesse du genre humain, dans le discours des rédacteurs, permet au Gouvernement consulaire d'éluder toute interrogation relative à l'origine ou à la légitimité de la propriété[205] pour insister sur la nécessité de sa conservation et de sa garantie. On découvre de multiples références à la vulnérabilité de l'homme dans l'état de nature. Elles mettent en relief la fonction socialisante et civilisatrice de la propriété. La propriété individuelle est au fondement de la société civile[206] et du lien social. La perspective d'une appropriation privative des richesses extrait l'homme de sa sauvagerie primitive[207]. Cette « rhétorique de la faiblesse humaine »[208] nourrit, dans les développements de Portalis, une autre idée fondamentale. Lorsqu'il indique que « l'homme en naissant, n'apporte que des besoins »[209], l'auteur suggère que l'homme ne saurait vivre sans consommer, ni s'assurer les ressources nécessaires à sa conservation. Portalis poursuit, en effet, en affirmant que l'homme a « un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien »[210]. Ce constat le conduit à évoquer les rapports qui s'établissent instinctivement entre les hommes, les choses et les richesses. Le

---

partout, des traces du droit individuel de propriété. L'exercice de ce droit, comme celui de tous nos autres droits naturels, s'est étendue et s'est perfectionné par la raison, par l'expérience et par nos découvertes en tout genre. Mais le principe du droit est en nous ; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive (…) » : *Ibid*.

[205] V. sur ce point NIORT (J.-F.), *Homo civilis …*, *op. cit.*, p. 169.

[206] « En un mot, c'est la propriété qui a fondé les sociétés humaines. C'est elle qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence. C'est par elle que l'industrie de l'homme, cet esprit de mouvement et de vie qui anime tout, a été portée sur les eaux, et a fait éclore sous les divers climats tous les germes de richesse et de puissance » : PORTALIS (J.-E.-M.), « Exposé des motifs … », préc., p. 113

[207] Portalis s'attache donc à faire tomber le mythe du « bon sauvage ». « On fait, dit-il, honneur à l'homme qui erre dans les bois et sans propriété, de vivre dégagé de toutes les ambitions qui tourmentent nos petites âmes. N'imaginons pas pour cela qu'il soit sage et modéré : il n'est qu'indolent. Il a peu de désirs, parce qu'il a peu de connaissances. Il ne prévoit rien, et c'est son insensibilité même sur l'avenir qui le rend plus terrible, quand il est vivement secoué par l'impulsion et la présence du besoin. Il veut alors obtenir par la force ce qu'il a dédaigné par le travail : il devient injuste et cruel. (…) L'état sauvage est l'enfance d'une nation, et l'on sait que l'enfance d'une nation n'est pas son âge d'innocence » : *Ibid*., pp. 113-114.

[208] Nous empruntons l'expression à NIORT (J.-F.), *Homo civilis …*, *op. cit.*, p. 169.

[209] PORTALIS (J.-E.-M.), « Exposé des motifs … », préc., p. 111.

[210] *Ibid*.

principe de l'appropriation est directement lié à l'existence humaine. L'homme doit trouver les moyens concrets de réaliser ses besoins naturels. Il doit découvrir les ressources disponibles mais encore intervenir et entreprendre pour découvrir de nouveaux objets de propriété[211]. Cette association amène Portalis à louer l'importance du travail et de l'industrie. Dans cette perspective il relève que « le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété »[212]. En soulignant les bienfaits d'une extension, d'un élargissement du domaine des choses susceptibles d'une appropriation privée, l'auteur porte à concevoir que la socialisation du droit des biens est attachée à l'évolution des sociétés modernes. « A mesure que la population augmente, écrit Portalis, on sent la nécessité d'augmenter les moyens de subsistance. Alors, avec l'agriculture et les différents arts, on voit apparaître la propriété foncière, et successivement toutes les espèces de propriétés et de richesses qui marchent à sa suite »[213].

Il faut donc, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, étendre la propriété individuelle. De ce point de vue, Portalis développe une conception relativement originale de la propriété. En plaçant le travail et l'industrie au cœur de l'appropriation il lève la critique rousseauiste qui attribue à la propriété l'origine des inégalités entre les hommes[214]. Il

---

[211] « Les productions spontanées de notre sol n'eussent pu suffire qu'à des hordes errantes de sauvages (…). La multiplication du genre humain a suivi partout les progrès de l'agriculture et des arts ; et cette multiplication, de laquelle sont sorties tant de nations qui ont brillé et qui brillent encore sur le globe (…). Oui, citoyens législateurs, c'est par notre industrie que nous avons conquis le sol sur lequel nous existons ; c'est par elle que nous avons rendu la terre plus habitable, plus propre à devenir notre demeure. La tâche de l'homme était, pour ainsi dire, d'achever le grand ouvrage de la création » : *Ibid*., p. 113

[212] *Ibid*., p. 111.

[213] *Ibid*., p. 112.

[214] Tous les maux relatifs à la propriété sont concentrés autour de propos devenus illustres : « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire *Ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables: Gardez-vous d'écouter cet imposteur; vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne. Mais il y a grande apparence, qu'alors les choses en étaient déjà venues au point de ne pouvoir plus durer comme elles étaient; car cette idée de propriété, dépendant de beaucoup d'idées antérieures qui n'ont pu naître que successivement, ne se forma pas tout d'un coup dans l'esprit humain. Il fallut faire bien des progrès, acquérir bien de l'industrie et des lumières, les transmettre et les augmenter d'âge en âge, avant que d'arriver à ce dernier terme de l'état de nature » : ROUSSEAU (J.-J.) *Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes*, 1755, 2ème Discours, Seconde partie.

l'indique d'ailleurs explicitement. « Ce n'est pas non plus, dit-il, au droit de propriété qu'il faut attribuer l'origine de l'inégalité parmi les hommes »[215]. En rupture avec l'idéologie qui anime la Déclaration de 1789, Portalis établit le bilan d'une inégalité naturelle qui frappe les différents membres de la société. Selon lui, les inégalités forment le tableau de la vie. « Les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talent. Les hasards et les événements mettent encore entre eux des différences. Ces inégalités, qui sont l'ouvrage même de la nature, entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société »[216]. La pensée de Portalis n'est pourtant pas empreinte de fatalisme. L'auteur développe les moyens d'échapper à cette condition et à cet état d'infériorité. Il insiste sur le nécessaire soutien de la collectivité, sur le rôle de la volonté individuelle et sur la réalisation de la propriété comme élément fondamental d'une construction sociale ordonnée[217]. Les propos de Portalis lorsqu'il défend, dans son exposé des motifs, le principe de la propriété individuelle, prennent le tour d'une attaque dirigée contre les thèses de Rousseau. Il réfute particulièrement l'idée que les inégalités ne s'installent qu'au terme d'une logique de spécialisation, de socialisation et de distinctions des savoir-faire et des talents. Selon Portalis, la coopération entre les hommes n'a pas pour effet d'asseoir l'individualisme possessif[218] que Rousseau dénonce[219]. Comme le souligne

---

[215] « Exposé des motifs … », préc., p. 114 ; l'auteur ajoute « Méfions-nous des systèmes dans lesquels on ne semble faire de la terre la propriété commune de tous , que pour se ménager le prétexte de ne respecter les droits de personne » : *Ibid*., p. 112.

[216] *Ibid*.

[217] « On aurait tort de craindre les abus de la richesse et des différences sociales qui peuvent exister entre les hommes. L'humanité, la bienfaisance, l'amitié, toutes les vertus dont le semence a été jetée dans le cœur humain, suppose ces différences, et ont pour objet d'adoucir et de compenser les inégalités qui en naissent » : *Ibid*.

[218] Il indique en effet que « les besoins réciproques et la force des choses établissent entre celui qui a peu et celui qui a beaucoup et celui qui a beaucoup, entre l'homme industrieux et celui qui l'est moins, entre le magistrat et le simple particulier, plus de liens que tous les faux systèmes ne pourraient en rompre. N'aspirons donc pas à être plus humains que la nature, ni plus sage que la nécessité » : *Ibid*.

[219] V. sur ce point XIFARAS (M.), « La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques Rousseau », Les études philosophiques, 2003/3-1, n° 66, p. 332 ; A l'inverse Rousseau paraît réprouver la posture dogmatique et l'attitude intellectuelle des rédacteurs qui consistent à « peindre l'Homme civil sous les traits de l'Homme naturel, de mettre dans la Loi naturelle tout ce qu'ils voudraient voir dans la Loi civile ; en un

Jean-François Niort, pour les rédacteurs « le principe d'inégalité apparaît comme un principe de gouvernement »[220]. La propriété n'a pas aggravé les différences d'aptitude entre les hommes. Les inégalités sont dans la nature, elles sont constitutives de la société. Les développements sur la propriété sont l'occasion de constater la défaveur des auteurs du Code à l'égard de « l'homme naturel »[221]. L'homme moderne est naturellement propriétaire. La propriété ancre l'individu dans la société. Elle le civilise et le socialise. Les auteurs du Code entérinent finalement les principes libéraux de 1789 qui ont fait de la propriété un droit inviolable et sacré. Au-delà de cette conception, on découvre tout de même, dans le discours de présentation du Code des idées relatives à sa nécessaire socialisation.

B. Les idées socialisantes appliquées aux biens

Dans son *Exposé des motifs* relatifs au titre de la propriété, Portalis reprenait la formule consacrée par le Code à l'article 544, pour évoquer « le grand principe de la propriété »[222] et le présenter comme « *le droit de jouir de disposer des choses de la manière la plus absolue* ». On trouve toutefois dans son discours certaines contraintes qui affectent l'exercice de la propriété et annoncent les idées touchant à la socialisation du droit des

---

mot de confondre l'examen philosophique des principes de politique et la justification de leurs préférences en la matière » : *Ibid*., p. 366.

[220] *Homo civilis …*, *op. cit*., p. 93 ; l'auteur poursuit « outre l'inégalité des droits politiques, (…), l'inégalité des fortunes, l'inégalité dans la famille en raison de « la nature des choses », sont perçus, aux antipodes de la pensée jacobine, moins comme des obstacles que des garanties de stabilité et de conservation sociale ».

[221] Les passages évoqués sont révélateurs des « topiques de l'anthropologie et de la pensée historique et philosophique des rédacteurs, qui prend à contre-pied le modèle dont s'est servi Rousseau (…), et qu'avaient repris les jacobins, cherchant justement à faire retrouver aux individus leur « âge d'innocence » perdu », ils évoquent un climat où « l'homme naturel est perçu de manière largement négative, aussi bien par les auteurs du Code, dont Bonaparte, que par des « progressistes » libéraux, républicains et idéologues de l'époque » : *Ibid*., pp. 63-64.

[222] « *Exposé des motifs …* », préc., p. 114.

biens. « Mais, affirme-t-il, comme les hommes vivent en société et sous des lois, ils ne sauraient avoir le droit de contrevenir aux lois qui régissent la société. Il est d'une législation bien ordonnée de régler l'exercice du droit de propriété comme on règle l'exercice de tous les autres droits. Autre chose est l'indépendance, autre chose est la liberté. La véritable liberté ne s'acquiert que par le sacrifice de l'indépendance »[223]. Portalis indique donc que la propriété ne saurait s'exercer que dans le respect du droit des propriétaires voisins. Les restrictions qu'est susceptible de connaître l'usage de la propriété individuelle offrent la garantie des autres droits de propriété appartenant à d'autres titulaires. Dans son intensité, la propriété privée est donc naturellement bornée par les exigences liées à la vie en société[224]. Portalis livre un plaidoyer contre l'exercice égoïste du droit de propriété[225]. Il en condamne également l'usage abusif[226]. En réalité, les rédacteurs font preuve d'un pragmatisme sociologique, qui les porte à offrir un sens particulier au terme « absolu » qui désigne le droit de propriété. Il apparaît manifeste, qu'en proclamant l'absolutisme du droit de propriété les concepteurs du Code ont entendu marquer sa suprématie sur les autres droits réels. Néanmoins, leur volonté n'est pas de légitimer un usage despotique de la propriété[227]. En effet, il ressort explicitement de

---

[223] *Ibid*., pp. 114-115.

[224] « Nous n'avons (…) pas dissimulé que le droit de propriété, quelque étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables. Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leurs droits, comme ils doivent respecter les nôtres » : *Ibid*., p. 120.

[225] « Les peuples qui vivent entre eux dans l'état de nature sont indépendants sans être libres. Ils sont toujours forçants ou forcés. Les citoyens sont libres sans être indépendants, parce qu'ils sont soumis à des lois qui les protègent contre les autres et contre eux-mêmes » : *Ibid.*, p. 115.

[226] « Nous ne devons donc pas nous permettre, même sur notre fonds des procédés qui pourraient blesser le droit acquis d'un voisin ou de tout autre » : Ibid., p. 120 ; Dans le même sens, le Tribun GRENIER annonçait que « l'esprit se refuse à voir ériger l'abus de la propriété en droit » : cité par HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, *op. cit*., p. 200.

[227] « Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui, il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. La licence de chaque particulier opérerait infailliblement le malheur de tous. Il faut donc des lois pour diriger les actions relatives à l'usage des biens, comme il en est pour diriger celles qui sont relatives à l'usage des facultés personnelles » : *Ibid*.

l'*Exposé* de Portalis, que le principe est soumis au respect des lois nécessaires pour assurer la liberté de chacun. L'auteur indique qu' « on doit être libre avec les lois, et jamais contre elles. De là, en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté : *pourvu qu'il ne fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »[228]. Dans le discours de Portalis, la relativité du droit de propriété, tient également aux restrictions fondées sur ce qu'il nomme « le bien général »[229]. Elles relèvent de la notion plus commune d'intérêt général. L'auteur admet déjà que la liberté du propriétaire connaisse des limites liées à des considérations d'utilité publique. Il souligne ainsi qu'il importe de « soumettre toutes les affections privées, toutes les volontés particulières, à la grande pensée du bien public »[230]. On concède généralement, dans l'opinion contemporaine, que la publicisation du droit privé est intimement liée à sa socialisation[231]. Affectée par des contraintes d'intérêt général, la propriété est donc l'objet d'une certaine socialisation. Portalis évoque notamment celles qui touchent à l'urbanisme. « Dans nos grandes cités, écrit-il, il importe de veiller sur la régularité et même sur la beauté des édifices qui les décorent. Un propriétaire ne saurait avoir la liberté de contrarier par ses constructions particulières les plans généraux de l'administration publique »[232]. L'homme propriétaire, vivant en société avec ses semblables, doit respecter leurs droits. Le Code instaure également certaines charges relatives à l'usage de fonds voisins. Ces services fonciers encore dénommés servitudes laissent encore apparaître la propriété dans sa dimension sociale. L'exposé des motifs sur la propriété annonce, en effet, que « la nécessité et la multiplicité de nos communications sociales ont amené sous le nom de servitudes et sous d'autres, des

---

[228] *Ibid.*

[229] *Ibid*.

[230] *Ibid*.

[231] *Cf. infra*, pp. 355 et s.

[232] « Exposé des motifs … », préc., p. 120.

devoirs, des obligations, des services qu'un propriétaire ne pourrait méconnaître sans injustice et sans rompre les liens de l'association commune »[233].

On trouve déjà dans le discours des rédacteurs du Code des propos relatifs à la nécessaire socialisation du droit de propriété. Si la propriété est conçue comme une institution fondamentale, les auteurs admettent également que son usage peut être limité par des considérations tenant à l'intérêt social. J.-F. Niort a d'ailleurs évoqué la portée socialisante des développements doctrinaux des concepteurs du Code lorsqu'ils envisagent la question de la propriété. Il souligne, en effet, que « toute l'ambivalence de l'esprit du Code civil (…) est exemplairement résumée par l'attitude de ses auteurs à l'égard de la propriété »[234] et que « divers indices laissent (…) à penser que la propriété privée a été, dans le Code civil, soumise à une forte tendance visant à sa socialisation »[235].

Dans son *Discours préliminaire*, Portalis admet que les dispositions du Code qu'il présente gravitent essentiellement autour des biens. Cette posture annonce la centralité des lois relatives aux biens. Néanmoins la philosophie des rédacteurs s'inscrit dans une perspective qui mêle idéalisme et matérialisme. Dans cette perspective, Portalis indique que « toutes les lois se rapportent (…) aux biens pour l'utilité des personnes »[236]. Les nombreuses règles du Code régissant les biens sont donc censées développer l'utilité sociale des choses au regard des personnes[237]. Les biens apparaissent ordonnés au service de la personne. Cette idée a été parfaitement mise en relief au terme de certains

---

[233] *Ibid.*

[234] *Homo civilis …, op. cit.*, p. 167.

[235] *Ibid.*

[236] PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *in Jean-Etienne-Marie Portalis, Ecrits et discours…, op. cit.*, p. 31.

[237] Le tribun SEDILLEZ le souligne : « Un Code civil est le dépôt des lois conservatrices de toutes les affections humaines ; c'est, pour tout dire, en un mot, le *palladium de la propriété*, lors même qu'il s'occupe des personnes, c'est toujours dans la considération d'une propriété quelconque qui leur appartient ou qui peut leur appartenir. La lecture la plus superficielle du Code civil peut convaincre de cette vérité » : cité par NIORT (J.-F.), *Homo civilis …, op. cit.* p. 173.

commentaires contemporains consacrés aux origines et au destin du Code civil français. Evoquant l'esprit des auteurs, Savatier relève que « le soin qu'ils prennent des biens reste l'expression d'une mystique implicitement mise au service de la personne »[238]. Le Code est donc d'un certain point de vue matérialiste puisqu'il consacre et assoit la libération de la propriété et des contrats concernant les biens. Néanmoins, il révèle d'autres aspirations puisque « ce matérialisme-même sert, dans l'esprit des auteurs du Code civil, une conception idéalisée de l'homme »[239]. Les rédacteurs livrent, en effet, une présentation de l'homme au sens philosophique du terme, abstrait, maître de ses passions, en un mot socialisé. Le matérialisme et l'idéalisme dont est imprégné le Code laisse finalement à penser que l'établissement de la propriété individuelle concourt à la réalisation du bonheur de l'homme[240]. Socialiser le droit, c'est étendre la propriété puisque « pour entrer dans le jeu social, il faut posséder »[241]. Cette proposition est de nature à montrer la dimension sociale du rapport qu'entretient l'homme avec les biens. Il apparaît, sous cet angle, que les auteurs du Code ont favorisé une conception socialisante voire sociologique du domaine des biens. Ils ont édifié « une doctrine de la propriété adaptée aux nouveaux dogmes du primat de l'individu et de la souveraineté de sa volonté : une propriété conçue non plus en fonction des choses, reicentrique comme au Moyen Age, (…), mais anthropocentrique, pensée en considération de l'homme, de la personne du propriétaire, par conséquent unique comme est unique la nature humaine »[242]. Cette lecture du droit des biens construit

---

[238] SAVATIER (R.), « Destin du Code civil français. 1804-1954 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n°4, oct-déc. 1954, p. 640 ; l'auteur ajoute que « l'importance qu'ils attachent à la richesse pour l'épanouissement de la personne, tient aussi à leurs anciennes habitudes de praticiens, plus habitués, à s'occuper des affaires pécuniaires devant la Justice du roi, que des affaires proprement matrimoniales devant les officialités ».

[239] *Ibid*., p. 641.

[240] « C'est avec une foi déjà candide que le législateur de 1804 s'imagine que la liberté et l'égalité, telles qu'elles résultent de la propriété et de la liberté des contrats, suffiront à protéger l'individu et à faire le bonheur de l'homme, lâché dans la bagarre de la société et de la vie » : *Ibid*.

[241] NIORT (J.-F.), *Homo civilis…,op. cit.*, p. 167.

[242] THIRIEAU (J.-L.), « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles », in REVET (Th.) (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'institut André Tunc », 2005, p. 164.

en considération de la personne lui confère l'allure d'une discipline profondément sociale et orientée vers la réalisation de considérations concrètes.

Conclusion du Chapitre 1

Les différentes périodes étudiées ont mis en relief des états très différents de la propriété. Un brève analyse historique du droit des biens a révélé qu'il porte les marques d'un heurt entre deux systèmes radicalement opposés d'appropriation du sol. En France, les modèles qui se sont succédé, laissent apparaître que notre droit contemporain a hérité de deux cultures juridiques de la propriété foncière[243]. Divers systèmes ont organisé la maîtrise de l'homme sur les choses qui l'entourent. Des origines de notre droit jusqu'à la Révolution, c'est un système de « propriétés simultanées » qui prévaut et qui met en scène plusieurs propriétaires solidaires sur la même terre, chacun tirant privativement profit d'un aspect particulier de l'immeuble. A partir de la Révolution, une autre conception de l'appropriation s'impose, fondée sur le modèle romain : la propriété exclusive. Cette propriété de type privatif confère à son titulaire toutes les utilités du fonds. C'est cette maîtrise individuelle qui emporte les faveurs des rédacteurs du Code civil, attachés à l'idée qu'elle seule peut assurer l'épanouissement de l'individu.

Quels que soient la forme et le contenu retenus, de l'ancien droit romain des biens jusqu'aux prémices du Code civil, l'importance du thème de l'appropriation des richesses immobilières n'a jamais été démenti. Le trait commun est que l'idée de socialisation a pénétré ces différentes conceptions de la propriété. Cette permanence tend à indiquer que la socialisation est de l'essence du droit des biens même conçu dans la diversité des types d'appropriation qu'il accueille. Il n'y a donc rien d'inconvenant à constater qu'il a accueilli et organisé la formulation des idées relatives à la socialisation du droit à la fin du 19ème siècle.

---

[243] Cf. sur ce point les développements liminaires de PATAULT (A.-M.), in *Introduction historique au droit des biens*, op. cit., n°1, p. 15.

Chapitre 2nd : La part du droit des biens dans la formulation des idées relatives à la socialisation du droit

La naissance, au plan conceptuel, de la formule « socialisation du droit » désigne un cadre d'étude spécifique. La recherche engage à trouver une traduction juridique pour l'expression « socialisation ». Elle attire une vive attention sur le couple que forment le droit et *le social*. Elle invite à découvrir derrière cette association, une série d'interactions qui paraissent porteuses d'un point de vue scientifique. L'analyse suppose de considérer les propositions juridiques qui s'inscrivent dans le champ sémantique et théorique *du social*.

Existe-t-il un domaine auquel s'arrimerait naturellement le projet d'une socialisation du droit ? On sait qu'au sens large, socialiser le droit invite à dégager la voie pour le rendre plus social. En France, il faut se rappeler la tension dans laquelle s'inscrit l'apparition du droit social dans l'espace juridique. On a pu, en effet, apprendre que son installation comme discipline s'était achevée dans un contexte de réaction contre le droit civil[244]. Faut-il pour autant en conclure, selon l'intitulé, que le « droit social » détient naturellement la charge des questions sociales, au détriment du droit civil ? La réponse est assurément négative si l'on se borne à relever le caractère tautologique de l'expression. Le droit est assurément social et l'expression socialisation du droit n'emporte pas de proposition ferme sur un plan académique[245].

Toutefois, l'hypothèse de son ancrage originel au droit privé semble confirmée par la découverte d'une certaine analogie entre les termes « socialisation du droit » et

---

[244] V. sur ce point VERKINDT (P.-Y.) et BONNARD-PLANCKE (L.), « La réception de la question sociale par la doctrine civiliste au tournant du siècle » *in* LE CROM (J.-P.) (dir.), *Les acteurs du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004, pp. 19 et s.

[245] « Il y aurait tout bénéfice pour une science juridique rigoureuse : soit à abandonner purement et simplement le mot [social], qui ne correspond à aucune norme, à aucune technique, à aucune institution précise ; à abandonner donc la politique sociale, le droit social et autres défroques », LYON-CAEN (G.), « Divagations sur un adjectif qualificatif », art. préc., p. 351.

« publicisation du droit »[246]. On évoque, en effet, derrière ces deux expressions l'attraction du droit privé vers le droit public. Le mot « socialisation » suggère un mouvement qui part du droit privé. On peut donc concevoir que le cadre civiliste soit un point de départ pour la réflexion relative à la socialisation du droit.

L'annonce des premières thèses relatives à la socialisation du droit est le résultat d'une certaine subordination des idées aux faits. C'est le climat social qui a fait germer le projet d'une socialisation du droit. Le concept a d'abord émergé (section 1) avant d'aboutir en rencontrant les artisans de sa construction (section 2).

Section 1 : L'émergence du concept de socialisation du droit

La mesure commune aux différentes séquences qui animent la fin du 19ème siècle tient dans la profondeur des interrogations qu'elles provoquent sur l'état de la société. En ce sens, si l'on devait proposer un qualificatif, il conviendrait de retenir que le 19ème siècle est avant tout social. Les crises qui l'affectent paraissent de nature à indiquer une telle teneur.

Cette caractéristique donne une impulsion particulière à l'activité juridique de la fin du 19ème siècle. Les théories qui en ressortent entretiennent une étroite dépendance avec le contexte social. Sous la pression de certains éléments d'ordre économique, la capacité du droit à se réformer a été vivement sollicitée. Néanmoins, c'est moins d'une crise du droit qu'il faut parler que de l'urgence de son adaptation « aux aspirations d'une époque »[247] ou de sa socialisation. L'idée de renouvellement investit donc diffusément le droit civil pour en commander les transformations. Elle pousse à la révision de l'*a priori* individualiste et

---

[246] V. RIPERT (G.), *Le déclin du droit…*, *op. cit*., p. 38.

[247] CHENE (Ch.), « Crises et système juridique français du XIXe à nos jours », in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur le système juridique*, 5ème journées René Savatier, Paris, PUF, 1997, p. 28.

prête à se tourner vers l'étude objective des phénomènes sociaux. Progressivement, l'observation des institutions juridiques amène à constater une « revanche du collectif sur l'individuel »[248].

L'évolution des faits a conduit à considérer la socialisation du droit comme une nécessité. Cette révélation invite à collecter les éléments permettant de déterminer le contenu concret du concept. Elle commande d'exclure l'hypothèse d'un repli de la discipline juridique sur elle-même. La réflexion doit, en effet, être totale autour de l'objet « social ». Si la « question sociale » qui s'introduit au 19ème siècle agit sur les conceptions juridiques (§ 1), elle provoque également des rencontres fécondes au plan disciplinaire (§ 2).

§ 1. L'incidence de la « question sociale » sur les conceptions juridiques

Le contexte économique propre au 19ème a fait ressortir certaines questions avec une remarquable intensité. La « question sociale » participe de ce moment. Envisagée sous cette tournure définie, elle désigne un point singulier de l'histoire sociale ainsi que la série des interrogations que suscitent l'industrialisation et la paupérisation de la masse ouvrière. L'arrivée de la question sociale (A) s'inscrit donc dans un climat particulier dont il faut évoquer les composantes. Néanmoins, la question sociale n'appartient pas au domaine des purs faits. Elle prend assez rapidement l'allure d'un objet qui motive l'analyse scientifique. Son règlement rend nécessaire l'intervention du droit. Pour une large part, la question sociale se présente sous les traits d'une question juridique (B). Son installation déclenche une certaine ouverture du droit aux considérations sociales.

---

[248] TERRE (F.), « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, 1, 1985, p. 43.

A. L'arrivée de la « question sociale »

L'arrivée de la question sociale est contemporaine du bouleversement des techniques auquel on assiste au 19ème siècle. Elle s'insère dans un cadre social particulier. Elle ressort de la révolution industrielle qui caractérise cette période[249]. L'époque est également marquée par un certain foisonnement au plan intellectuel. Des idées nouvelles se répandent pour laisser apparaître des considérations proprement objectives. Dans le domaine du droit, elles portent à prendre en compte l'importance du *phénomène social* et à revenir de plus en plus longuement sur le principe de l'individualisme juridique. De manière générale, elles préparent l'arrivée d'un cycle économique nouveau, d'une société industrielle attachée aux richesses naturelles et au principe de leur transformation.

Cette évolution introduit un profond bouleversement dans l'échelle des activités et donne une dimension neuve à l'organisation sociale et juridique. L'apparition des classes et la poussée du prolétariat, conduisent à sentir que les enjeux et les innovations techniques doivent s'accompagner nécessairement d'un réel progrès dans les conditions de vie des ouvriers. Les nouvelles habitudes qui naissent dans le cadre du travail doivent ouvrir de nouvelles perspectives dans le champ juridique. Le processus d'industrialisation a participé à révéler le rapport qui unit *le social* et *le juridique* et à relever les liens intimes qui se créent dans l'espace du droit privé avec la « question sociale ».

Pour la période considérée, cette question sociale s'illustre avec une actualité nouvelle. Elle trouve incontestablement ses plages d'expression les plus significatives. Si elle reste,

---

[249] V. sur ce point : CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale – Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995, p. 18, l'auteur indique que « cette question s'est nommée la première fois explicitement comme telle dans les années 1830. Elle se posa alors, poursuit-il, à partir de la prise de conscience des conditions d'existence des populations qui sont à la fois les agents et les victimes de la révolution industrielle » ; v. également : ROSANVALLON (P.), *La nouvelle question sociale – Repenser l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1995, p. 7, selon lequel, l'expression « question sociale » a été lancée à la fin du 19ème siècle, renvoyant « aux dysfonctionnements de la société industrielle naissante », v. encore DAVID (M.), *Les fondements du social*, *op. cit*, pp. 15 et s.

selon certains, une tournure « à méditer »[250], il faut tout de même ajouter qu'elle vient à terme à la fin du 19ème siècle pour y recevoir « une première formulation explicite »[251]. Elle naît de la peur[252] dans la mesure où elle force à regarder en direction d'une masse d'ouvriers fragilisés qui deviennent menaçants pour l'ordre social. Assez directement, cette question sociale, « c'est [aussi] la question du paupérisme »[253]. Dans la ligne des événements, elle intervient « lorsque le divorce est apparu quasi-total entre un ordre juridico-politique fondé sur la reconnaissance des droits des citoyens et un ordre économique qui entraîne une misère et une démoralisation de masse »[254]. Elle renvoie, en effet, la République nouvelle devant son incapacité à restaurer un lien social distendu par les disparités économiques existant entre les différentes classes. Elle sème en retour l'inquiétude[255] dans l'esprit des juristes de l'époque en leur donnant pour sensible la nécessité de réordonner leur univers à la faveur d'une prise en compte de la réalité. Dans ce sens, « la « question sociale », explique Robert Castel, est une aporie fondamentale sur laquelle une société expérimente l'énigme de sa cohésion et tente de conjurer le risque de sa fracture. Elle est un défi qui interroge, remet en question la capacité d'une société (…) à exister comme un ensemble lié par des relations d'interdépendance »[256].

Le malaise qu'elle provoque semble encore aggravé par la difficulté de concilier les deux idéaux qu'elle implique. La question sociale appelle l'intervention du juriste. On trouve donc d'une part, l'idéal juridique de sécurité, que les auteurs ont le sentiment de sacrifier à

---

[250] LYON-CAEN (G.), « Divagations sur un adjectif qualificatif », art. préc., p. 345.

[251] CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale …*, *op. cit*., p. 19.

[252] LYON-CAEN (G.), « Divagation sur un adjectif qualificatif », art. préc., p. 345.

[253] CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale…*, *op. cit*., p. 18.

[254] *Ibid*.

[255] V. à ce sujet BELLEAU (M.-C.), « Les « juristes inquiets » : classicisme et critique du droit au début du XXème siècle en France », *Cahiers de droit*, vol. 40, 1999, p. 507

[256] CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale…*, *op. cit*., p. 18.

chaque incursion *du social*. D'un autre côté, on rencontre un idéal politique d'harmonie sociale, auquel on croit trop souvent parvenir par un simple rappel des idées démocratiques et par une connaissance *a priori* du « moment républicain »[257]. On recourt alors de manière chronique à la justification « du mythe égalitaire par l'action du peuple »[258] qui doit assurer « l'avènement du bonheur collectif grâce à la reconstruction du social par la volonté »[259] mais également par l'abstraction qui consiste à se représenter les individus comme « parties égales et interchangeables d'un tout »[260]. De ce point de vue, les philosophes du politique ont peut-être empêché un temps les juristes de prendre la juste mesure des enjeux qui viennent avec « la question sociale » et des ressorts qui doivent guider sa solution.

En réalité, cette « question sociale » est à mettre en étroite relation avec le principe d'une socialisation du droit. Elle est la cause de sa formulation en termes objectifs et théoriques. Il ne faut pas oublier que la question sociale, telle qu'elle se pose à la charnière des 19ème et 20ème siècles, en appelle à une réflexion totale, incluant nécessairement la contribution des juristes[261]. Un défi est lancé aux tenants d'une orientation sociale du droit : celui de faire entrer *le collectif* dans les cadres juridiques existants. L'entreprise oblige à une révision en profondeur des choix intellectuels et des conceptions qui en découlent. A l'époque considérée, le travail doit s'organiser sur le terrain juridique sous une forme collective pour répondre à la gestion croissante et organisée du capitalisme. On y atteint progressivement avec les réformes touchant à la liberté des coalitions de 1864 et à la

---

[257] V. à ce sujet SPITZ (J.-F.), *Le moment républicain*, Paris, Gallimard, coll. « nrf essais », 2005 ; BELOT (R .) (dir.), *Tous républicains – Origines et modernité des valeurs républicaines*, Paris, A. Colin, 2011 ; NICOLET (C.), *L'idée républicaine en France*, Paris, Gallimard, 1983.

[258] *Ibid*., p. 20.

[259] *Ibid*.

[260] *Ibid*.

[261] V. sur ces points : VIET (V.), « la question sociale et son traitement à la fin du XIXe siècle », *Histoire et société - Revue européenne d'histoire sociale*, pp. 6 et s. ; LESPINET-MORET (I.), « La question sociale » *in* DUCLERT (T.) et PROCHASSON (Ch.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2002.

liberté syndicale en 1884, mais aussi et de manière plus marquante peut-être avec la loi de 1901 relative à la liberté d'association. Ces considérations tirées du contexte social conduisent à un renouvellement profond des institutions. On assiste notamment à une amplification de la question de la propriété qui se développe sous une forme inédite[262].

La période semble également fertile pour ce qu'elle apporte à la science du droit. L'élévation *au collectif* marque aussi une volonté de changement et de césure dans l'étude alors souvent linéaire du droit. La prise en considération du *social* vient en rupture avec les pratiques du moment. Elle invite autant à un réagencement du paysage juridique qu'à une nouvelle réflexion sur les méthodes et sur le fond du droit privé.

Il faut, en conséquence, s'efforcer de ne pas prendre la « question sociale » comme un extérieur au champ juridique et de voir comment le droit, en lui-même, est déjà porteur et parfois même pourvoyeur de ses manifestations.

B. La « question sociale » : une question juridique

La question sociale trouve sa source dans l'inadaptation du droit aux nécessités sociales. Elle est donc dans le droit. Il semble qu'elle puisse être résolue par le droit mais elle impose également aux juristes de trouver une solution au-delà, voire, en dehors du Code. Même si certains vont chercher dans ses principes et formules « l'origine précoce de la reconnaissance d'un « droit social » »[263], il apparaît que le monde juridique tel qu'il se

---

[262] « Intimement liée à un concept en voie d'extension, soumise à des règles attestant l'influence grandissante de la collectivité mais solidement ancrée dans le temps, tout à la fois marquée par le mouvement et la stabilité, la propriété privée demeure donc source d'énigme pour le juriste. Elle le resterait si celui-ci ne trouvait pas, pour le secourir, quelques idées venues d'ailleurs, éclairant l'évolution du droit depuis l'aube du siècle dernier », TERRE (F.), « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », art. préc., p. 42.

[263] NIORT (J.-F.), *Homo civilis*, *op. cit.*, p. 98.

présente au milieu du 19ème siècle ne possède pas la cohérence systémique pour assurer spontanément le progrès social. C'est proprement l'impuissance du système à inclure davantage *de social* qui a été à l'origine de l'irruption de la « question sociale » ou en tout cas de sa réaffirmation. Le 19ème siècle aspire à être social et c'est tout l'enjeu du débat dont la « question sociale » forme l'élément central.

La question sociale appelle une prise en charge juridique. Il faut relever qu'originairement, le droit n'est pas en retard sur la question sociale. C'est le droit lui-même qui fait advenir le *social* comme question originale. On pourrait même admettre que le droit a crée la « question sociale ». C'est par sa médiation que le *social* accède au statut de préoccupation ou de question. En devenant l'objet du discours juridique, *le social* est apparu sous les traits de la « question sociale ». Cette dernière n'existerait qu'à l'état formalisé. Elle relève de la rencontre de *l'objet social* avec la doctrine juridique du 19ème siècle[264]. Elle s'inscrit donc dans un contexte qui permet instantanément de mobiliser les concepts juridiques et d'en référer à l'idée de socialisation du droit. Ces deux éléments trouvent leur correspondance sur un terrain commun. Au départ, la « question sociale » n'existe pas en dehors de son passage par le droit. Elle est, de ce point de vue, une question juridique. Cette découverte amène le juriste à une construction en deux temps. En effet, la question sociale est autant en quête de formulation qu'elle ne l'est d'une solution.

Lorsque l'on envisage le rapport du droit *au social*, il faut raisonner en termes d'influences réciproques. Quand les juristes se saisissent de la « question sociale », celle-ci les invite aussitôt à s'interroger sur les moyens et instruments dont ils disposent pour la résoudre. Son traitement est d'abord l'occasion d'éprouver leurs méthodes et outils habituels. Il s'inscrit alors dans une tradition juridique bien en deçà des attentes sociales. Au 19ème siècle, la « question sociale » s'est, en effet, recomposée et le recours aux principes classiques ne peut permettre de fonder sa solution. Les problèmes naissants, qui

---

[264] V. sur ce point : JAMIN (Ch.), « Demogue et son temps – Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *RIEJ*., 2006, 56, pp. 7 et s.

se rapportent aux différentes manifestations de la « question sociale », réaffirment, sans cesse, la centralité du droit privé. Toutefois, l'attachement des civilistes à la loi, comme source et comme mode de résolution de ces conflits, les a longtemps éloignés d'une possibilité d'en mesurer la dimension et d'y faire écho. Il a aussi certainement contribué à ce que la « question sociale » s'autonomise pour se reconstruire dans les autres champs du savoir. On pense notamment aux sciences sociales qui émergent. Plus principalement, semble-t-il, l'invention du droit du travail comme discipline a également produit son effet. Pour un temps, la doctrine civiliste aura ainsi réussi à empêcher toute évolution interne en rejetant le traitement *du social* en dehors des catégories traditionnelles. L'opération a, au passage, permis « d'expurger, en quelque sorte, le droit civil des aspects trop radicaux de sa socialisation »[265] et de le délivrer de « la dimension (…) conflictuelle de la question sociale »[266].

Malgré tout, les différentes préoccupations d'ordre social débordent rapidement ce cadre d'exercice pour rattraper l'ensemble des matières et des principes du droit privé. La « question sociale » traverse un terrain plus étendu et des voies plus diverses qui conduisent inévitablement aux droit des biens, à ses outils et à ses questions classiques. La propriété est encore en cause. On s'interroge sur la forme qu'elle doit prendre ou à propos des objets sur lesquels elle est susceptible d'être exercée.

Plus généralement, la réception de la question sociale porte à se tourner vers la capacité du droit à se réformer et à repenser les méthodes juridiques traditionnelles. En engageant cette démarche, les spécialistes du droit pourront se placer en détenteurs naturels et volontaires de cette question avant tout juridique. La « question sociale » bouleverse dans l'esprit des théoriciens mais aussi dans celui des praticiens la hiérarchie des sources et des

---

[265] VERKINDT (P.-Y.) et BONNARD-PLANCKE (L.), « La réception de la question sociale … », art. préc., p. 27.

[266] *Ibid*.

autorités. La loi perd du terrain au profit d'une étude plus approfondie et plus systématique de la jurisprudence[267]. Au profit d'une prise en compte de la réalité sociale et en rupture avec les idées classiques, les civilistes imaginent la pluralité des sources et révisent leur conception individualiste du droit. Une charge s'impose d'une manière quasi-inédite : *le collectif*, comme instrument d'une organisation des rapports juridiques et comme outil de prévision contre les données souvent changeantes.

L'invention[268] est souvent au départ des analyses qui s'attachent à évoquer l'état de la société française à la fin du 19ème et au début du 20ème siècle. Il faut certainement en évaluer la polysémie pour saisir l'ampleur des transformations qui se réalisent sur le terrain du droit. Selon une acception juridique du terme, elle conduit à la découverte de principes d'interprétations existants, de sources et d'instruments déjà à l'usage mais laissés au service de nécessités variables et d'une orientation sociale du droit. Si l'on s'en tient à une signification courante, elle amène encore à la création de fondements, de règles et de concepts juridiques destinés à prendre en compte une réalité sociale nouvelle. On perçoit, quoiqu'il en résulte, que l'interprétation doctrinale doit s'accomplir au bénéfice de l'observation. Cette démarche conduit le juriste à s'associer les services de sciences ou disciplines connexes dans l'appréhension des questions de nature sociale.

§ 2. Une rencontre disciplinaire autour de l'objet « social ».

Un travail sur l'idée de la socialisation du droit mobilise un espace plus vaste que l'univers juridique. L'expression convoque un domaine, en réalité, plus large que celui du droit entendu comme discipline. La réflexion autour de cette socialisation invite à mettre

---

[267] V. à ce propos JAMIN (Ch.), « Demogue et son temps … », art. préc., p. 7.

[268] V. pour exemple le choix significatif des titres de certains ouvrages : DONZELOT (J.), *L'invention du social…*, Paris, Ed. du seuil, 2003 ; MUCCHIELI (L.), *La découverte du social…*, Paris, Ed. La découverte, 1998.

en œuvre le concours de différentes branches. La rencontre disciplinaire est favorisée par l'objet dont ces matières ont la charge commune et qui constitue la base objective du mot socialisation : le *social*. La polysémie du terme (A) permet de relever qu'en vertu des sens divers que l'on attribue au *social*, celui-ci cultive des liens intimes avec le droit. Elle amène, par suite, à constater les bienfaits d'une collaboration du droit avec les sciences sociales naissantes. De ce point de vue, les rapports entretenus avec la sociologie paraissent particulièrement intéressants (B).

A. La polysémie du terme « social »

Pour évaluer les liens qui s'établissent autour de l'idée de socialisation, il faut revenir à la construction même du mot. Au premier stade de sa formulation, le terme offre de rencontrer le *social*. Toute proposition impliquant la socialisation contient donc le *social* en germe. L'étymologie apporte des indications sur le contexte dans lequel s'organise la réception par le juriste des idées socialisantes. L'emprise du *social* renseigne, en effet, partiellement sur les circonstances qui ont permis d'accueillir les développements touchant à la réalisation d'une socialisation du droit. D'un point de vue historique, « il sent à coup sûr son 19ème siècle »[269]. On relèvera donc qu'une certaine empreinte temporelle et idéologique accompagne la référence au *social*. Elle désigne naturellement le cadre dans lequel a émergé le concept de socialisation du droit.

L'analyse ne se résume, néanmoins, pas à cette première situation. L'état descriptif mérite d'être complété par l'évocation d'une lente et progressive « dissémination sémantique »[270]

---

[269] LYON-CAEN (G.), « Divagations sur un adjectif qualificatif », art. préc., p. 345.

[270] DAVID (M.), *Les fondements du social*, *op. cit.*, p. 4.

à propos du *social*, qui semble lourdement aggravée par la liste et « la nomenclature de ses multiples composantes »[271]. Cette lecture porte instinctivement à ajouter au répertoire du terme social l'expression d'une socialisation. Elle conduit à considérer, sous cet angle, l'orientation sociale du droit. Cette seule mention n'est pourtant pas suffisante. Elle n'emporte aucune précision sur le contenu qu'elle développe et « le plus souvent, d'ailleurs, on se satisfait fort bien du caractère vague et flou de cette expression qui, asséné comme un postulat, dispense de fournir la moindre argumentation ou démonstration »[272].

Il faut donc déterminer réellement ce que l'adjectif « social » apporte à l'évolution du droit. Très généralement, la formule qui renvoie à l'évolution sociale du droit « désigne la prise en compte par la société, et donc par l'Etat, de la protection de la personne. Elle correspond, comme l'indique Y. Madiot, à ce mouvement des idées nées au 19ème siècle qui a abouti à la consécration et à la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels dans le société internationale (…) comme dans nombre de droits internes »[273]. L'invitation adressée au droit pour devenir plus social intervient donc dans un climat particulier. Avec l'irruption de la question sociale, l'attention se concentre autour du *social* à l'état pathologique, nous renseigne Marcel David aux termes d'un panorama dédié aux fondements des grandes idées sociales[274]. Au plan sémantique, le *social* assure une certaine liaison entre les deux événements que constituent l'arrivée de la question sociale et les premières manifestations sur la nécessité d'une socialisation du droit. C'est l'adjectif qui s'applique aux interrogations qui naissent à la fin du 19ème siècle et qui indique, dans le même temps, la direction que doit prendre le droit. Cet ancrage commun a

---

[271] *Ibid.*

[272] MADIOT (Y.), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », art. préc., p. 353

[273] *Ibid.*

[274] DAVID (M.), *Les fondements du social*, *op. cit.*, p. 18.

produit une certaine corrélation, dans l'ordre des faits entre question sociale et socialisation du droit. Alors que l'existence d'une question sociale a permis d'établir un diagnostic quant au degré des attentes individuelles, le principe d'une socialisation du droit intervient comme le remède nécessaire à son traitement. On relève le caractère interactionnel qui lie le *social* au droit. Les deux éléments s'insèrent régulièrement dans un cadre unique. Si l'on envisage de les associer sous la formule « socialisation du droit », il faut donc déterminer un espace pour l'expression des idées et pour recueillir l'ensemble des indicateurs qui sont les signes d'un constant va et vient entre le *social* et le droit. La recherche engage donc à une pluridisciplinarité active.

Plus spécifiquement, L'expression « socialisation du droit » doit être signifiante au plan juridique. On sait qu'au 19ème siècle, le droit privé est assez largement assimilé au droit civil. Cette correspondance procure une assise sociale au droit privé. L'épithète civil évoque, en effet, ce qui se rapporte à la vie et aux relations sociales. Le droit civil peut être entendu dans son sens technique. On envisage alors une discipline qui règle les rapports entre les personnes mais également les rapports des personnes aux biens. D'une manière générale, en raison de son objet, cette branche du droit affiche une nature profondément sociale. Il n'apparait donc pas artificiel d'inscrire sur son terrain les débats relatifs à la socialisation du droit et d'y entrevoir le siège de sa réalisation.

Composante de ce système, le droit des biens est touché avec une intensité certaine. Les qualités et les objets qu'on lui attribue généralement semblent suffisamment éprouvés pour qu'il soit l'un des points principaux d'observation de la question sociale et qu'il puisse être le repaire privilégié d'une socialisation du droit. Installé dans un ensemble, le droit des biens est, partant, atteint par les différents événements qui animent l'évolution du droit privé depuis le milieu du 19ème siècle. Il constitue un des lieux où l'on remarque une certaine libération de la plume[275] et une prise de distance par rapport à la loi. On y

[275] V. sur ce sujet : JAMIN (Ch.) et VERKINDT (P.-Y.), « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX ème siècle » in *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003, pp. 101 et s.

rencontre également une certaine ouverture au *social*. On sait, en effet, que la doctrine civiliste a influé sur l'agencement des sources en se prononçant sur l'importance que revêtait, dans l'étude du droit, telle ou telle d'entre elles. Pour se détacher d'une lecture exégétique de la loi, elle a inventé le style néoclassique[276]. Elle a ainsi contribué à faire perdre aux textes leur monopole au bénéfice d'une étude plus détaillée des décisions et d'une plus vive considération pour l'œuvre des tribunaux. Dans le même temps, la doctrine a tourné les craintes que le juriste nourrit à l'encontre des sciences sociales nouvelles, en montrant que le droit possède, à l'interne, sa propre sociologie : la jurisprudence[277].

Rapidement il apparaît pourtant que le cloisonnement n'est plus satisfaisant pour appréhender la dimension sociale du droit. Il faut, en effet, resituer le *social*, les occurrences dont il est à l'origine dans les différents champs du savoir. On perçoit qu'il convient de s'adjoindre le soutien d'autres domaines d'étude pour parvenir à une formulation juridique des enjeux sociaux. L'idée s'impose avec davantage de force que ce sont, en réalité, la substance et la forme juridiques qui doivent se placer au service du jeu des exigences sociales. Installer le *social* dans les cadres juridiques s'apparente autant à un acte de régulation qu'à un acte de légitimation[278]. On emprunte au droit un langage bien établi, des instruments éprouvés pour enraciner le *social* dans les cadres institutionnels. La proposition faite en faveur d'une lecture sociale du droit amène donc à une certaine instrumentalisation des ressources juridiques. La démarche porte à se tourner vers les autres domaines qui se construisent autour de l'objet « social » et à mobiliser les acquis et les conquêtes de la sociologie naissante. Cette fréquentation aboutit à la fondation d'un terrain commun pour recevoir les attentes qui s'expriment à propos du *social*.

---

[276] *Ibid*.

[277] V. sur ce point JESTAZ (P.) et JAMIN (C.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 69 et s.

[278] Sur ce thème : CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991.

B. Les apports de la sociologie naissante à la science du droit

Le projet d'une refondation sociale oblige au constat d'un modèle juridique dépassé. L'étendue des contours qui décrivent l'espace scientifique à la fin du 19ème siècle augmente largement les possibilités de rencontre entre les différentes disciplines. Elle offre d'évaluer la qualité des échanges susceptibles de s'y dérouler entre les diverses branches qui ont en commun la connaissance du *social*. On sent alors la nécessité de prendre un point de vue orienté vers les conceptions sociologiques. Il apparaît ainsi, à la fin du 19ème siècle, qu' « il n'y a plus de modèle de référence disponible ou de voie royale du progrès qui s'imposeraient »[279] et que si « le progrès social a longtemps été identifié de manière simple à la réduction des inégalités économiques (…), le passage à une forme [plus] complexe de l'égalité s'accompagne d'une approche élargie de l'équité. Une pratique augmentée et publiquement discutée de la justice doit se substituer à une vision étroitement juridique de l'égalité de droits ou à une conception purement mécanique de la redistribution »[280]. Cette nouvelle posture invite à ce que « les méthodes du changement social se trouvent, elles aussi, interrogées en profondeur »[281].

Devant la complexité des données, la création de liens entre la sociologie et le droit est précipitée. Les relations se nouent autour de l'objet à atteindre et d'un principe général de contribution. Pour une large part, les juristes sont invités à poser les fondements d'une réflexion sur le *social* et à installer l'idée d'une socialisation du droit. Dans cette perspective, il faut remarquer, ainsi que le prescrit David Deroussin, que « les auteurs qui participèrent à la renaissance de la pensée juridique française au tournant du XXème siècle, ceux que nous considérons comme les grands « classiques », mobilisèrent à cette fin les jeunes sciences sociales, notamment la sociologie et l'économie politique, afin de

---

[279] ROSANVALLON (P.), *op. cit.*, p. 221.

[280] *Ibid.*, pp. 221-222.

[281] *Ibid.*, p. 222.

restaurer par le droit (mais un droit nourri de la connaissance du réel, un droit ancré dans la réalité sociale), l'harmonie sociale menacée par l'évolution économique, politique et sociale de leur temps »[282].

On assiste alors à la validation d'une nouvelle étape. Le salut du droit privé et l'évolution de la science juridique empruntent largement aux avancées que l'on peut constater dans le champ des sciences sociales. Le destin des disciplines et des différentes écoles se mêle autour des analyses qui conduisent principalement vers la destination sociale du droit. On constate une franche collaboration autour du *social*. Sur le terrain juridique, « la réflexion doctrinale de certains auteurs se nourrit de la fréquentation de la littérature sociologique ou/et anthropologique. (…) Ils ne se contentent donc plus seulement de « faire référence » à la science sociale dans le cadre d'ambitieuses élaborations doctrinales ; ils assument pleinement, pour quelques-uns d'entre eux, un rôle de porte parole de certains courants de la science sociale (…) et se font les promoteurs de champs disciplinaires moins familiers aux juristes »[283].

C'est bien autour des questions sociales que s'articulent ces rapports. Leur traitement engage autant à la création de « lieux communs »[284] et d'une « alliance »[285] qu'à constater plus globalement que « la science juridique est compatible avec la science sociale, voire en relève purement et simplement »[286]. L'hypothèse de cette complémentarité conduit donc naturellement à exclure le projet d'une nette distribution disciplinaire autour de

---

[282] DEROUSSIN (D.) (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III ème République : La Faculté de droit de Lyon*, Centre lyonnais d4histoire du Droit et de la Pensée politique, Paris, éd. « La mémoire du droit », coll. « Recueil d'études », 2007, p. 13.

[283] AUDREN (F.), « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et les Traditions de la science sociale (1875-1935) », in *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III ème République*, *op. cit*., pp. 3-4.

[284] *Ibid*., p. 5.

[285] *Ibid*.

[286] *Ibid*.

l'objet « social ». A la fin du 19ème, on repère des signes qui permettent de témoigner en faveur de la sociabilité intellectuelle dont font preuve les juristes lorsqu'il s'agit d'évaluer « la nécessité d'élaborer une science capable de mettre en lumière les mécanisme sociaux afin de mieux les maîtriser et de remédier aux pathologies qui frappent la société »[287].

Une communauté d'intérêts s'installe entre les différents sites d'observation des phénomènes sociaux. Dans cette perspective, la science sociale parait parfois se construire en complément par rapport à la législation ouvrière. Elle opère aussi un retour sur le droit qu'il faut moraliser ou simplement socialiser en s'attachant à évaluer les institutions qu'il abrite[288]. Elle invite, dans cet ordre, à choisir une méthode particulière qui vise à subordonner l'idée au fait.

D'un point de vue strictement sociologique, la relation semble définitivement établie quand on mesure l'essence et la finalité sociale du droit. Assez singulièrement, dans la pensée durkheimienne, le droit a le devoir d'objectiver et de révéler le *social*. Cette pratique instrumentale du *juridique* est déjà à l'œuvre dans la thèse du sociologue[289]. Il s'agit alors de pénétrer le *social* par le prisme du droit et d'élaborer avec des éléments proprement juridiques l'idée de solidarité. C'est ainsi, indique Durkheim, que « la vie sociale, partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis (…). Nous pouvons donc être certains de trouver reflétées dans le droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale »[290].

---

[287] *Ibid*., p. 9.

[288] A ce titre, on relève également la permanence dans le discours de certains sociologues du thème de la propriété. On songe, entre autre, aux contributions des durkheimiens mais encore à celle de TARDE (G.), *Les transformations du droit – étude sociologique*, Paris, Berg International Editeurs, 1994, p. 80 : « Puisque chaque flot d'inventions industrielles a été suivi, à la longue, dans le passé, de quelque nouveau mode d'appropriation, de quelque modification au régime de la propriété, il serait bien surprenant qu'à la suite de notre siècle inventif, si fertile en rénovations de l'industrie agricole, comme de toutes les autres, la conception du droit de propriété ne subît pas un remaniement assez profond ».

[289] DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004.

[290] *Ibid*., p. 29.

L'auteur choisit pour point de départ conceptuel le droit comme symbole du lien social et moral que constituent les deux formes de solidarité mécanique et organique. Il y voit un réservoir de représentations et de symboles par lesquels il est possible de sonder l'état d'une société et de parvenir à une certaine intelligence du phénomène social. Dans cette mise en scène de la réalité sociale, le droit facilite, pour être plus éloquent que tout autre fait, les tentatives de projection et de prévision. Il est, en effet, envisagé comme l'outil apte à rapporter le cours des évolutions qui se dessinent et à en consolider les effets. Le droit est avant tout un fait social mais il est aussi le support nécessaire d'une socialisation des règles qui viennent au fondement de la société civile.

Durkheim envisage donc les bienfaits d'un concours des disciplines. « Entre ces faits, si divers, écrit-il, qu'étudient jusqu'à présent des spécialistes indépendants les uns des autres, il existe une étroite parenté. Non seulement ils sont solidaires au point de ne pouvoir être compris si on les isole les uns des autres, mais ils sont, au fond, de même nature ; ce sont des manifestations diverses d'une même réalité qui est la réalité sociale »[291]. Il traduit ainsi l'objectif poursuivi par la création de sa revue. Si le programme affiché a souvent été présenté comme une tentative pour imposer sa sociologie, on trouve toutefois, dans l'*Année sociologique*, de larges passages où le droit est mis en relief. La section « sociologie juridique et morale », notamment, est l'occasion pour les juristes acquis à l'entreprise durkheimienne ou, simplement ouverts au point de vue sociologique, de trouver des lieux d'écriture et de commentaire. Le droit gagne, quand même, dans l'*Année*, une liberté d'expression qu'il ne trouve peut-être pas immédiatement dans les milieux et revues juridiques lorsqu'il s'agit pour certains de ses auteurs, au début du 20ème siècle, d'aborder plus intimement la « question sociale ». C'est donc d'abord dans l'engagement des juristes au cœur des institutions dédiées aux sciences sociales qu'il faut constater l'existence d'une proximité scientifique. On assiste alors à la construction d'un énoncé collectif qui semble présenter de multiples entrées. Finalement, c'est dans le champ désigné par les sciences sociales que l'écart entre le droit et le *social* se résorbe.

[291] *L'Année Sociologique*, 1ère série, II, 1899, p. II.

Ensuite, ces conceptions deviennent plus ou moins œuvre individuelle au sein des facultés de droit.

En rompant avec l'idée traditionnelle de clivage, c'est donc un « terrain d'entente » que l'on entend bâtir pour « ceux qui ambitionnent de saisir les ressorts sociaux du droit »[292]. On mesure le bénéfice qu'il peut y avoir à favoriser la circulation entre les domaines. Plus spécialement, ce mouvement doit permettre « de mener de front, dans l'analyse, ce qui était jusque-là, tenu distinct, c'est-à-dire le dedans et le dehors du droit ; il a aussi pour objectif de décliner de manière systématique et opérationnelle une telle approche, qui court toujours le risque de demeurer vœu pieux »[293]. Les juristes en arrivent à apprécier la légitimité d'un rapprochement qui offrirait l'occasion « d'ouvrir l'espace des objets, des problématiques, des terrains et des méthodes disponibles pour traiter de la place du droit dans les sociétés. Première ouverture, à de nouveaux objets et à de nouveaux terrains : toutes les activités sociales sont susceptibles d'être nourries à un moment ou à un autre par le droit. (…) Une seconde ouverture, peut-être plus frappante, conduit à saisir des objets devenus classiques dans l'analyse du droit en en proposant des lectures d'un nouveau type »[294]. Il existe un intérêt majeur à la réduction des distances qui ont pu un temps séparer la matière juridique des autres sciences dites sociales. C'est peut-être sur le terrain du droit qu'il est permis d'organiser une telle rencontre. Comme le souligne René Savatier, « le domaine du droit en effet, c'est l'isthme où se rejoignent les sciences sociales d'observation, telles que la sociologie, ou l'économie politique, et les éthiques appliquées, telles que la morale. C'est pourquoi il est, à la fois, un art et une science. Il a pour objet l'homme tout entier, celui dont on observe la vie, et celui dont on dirige la volonté vers le bien »[295].

---

[292] LIORA (I.), SACRISTE (G.), VAUCHEZ (A.), WILLEMEZ (L.) (dir.) CURAPP, *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 5.

[293] *Ibid*., p. 6.

[294] *Ibid*., p. 9.

[295] SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales…*, *op. cit*., n° 13, p. 17.

L'objet du discours ramène alors directement au principe d'un droit social mouvant, évolutif qui doit nécessairement essayer de concilier l'individu et la totalité. Il convient de couler les ambitions sociales que le contexte transporte dans les grandes catégories juridiques. Cette perspective amène inévitablement à déplacer l'angle de l'abstraction vers la réalité. C'est d'ailleurs dans ce sens précis que se construit la socialisation du droit de biens, notamment à travers la question de la propriété et de son exercice. Le droit reste invariablement soumis à l'expertise sociale. Il est au départ et à l'arrivée d'une traduction des attentes qui s'inscrivent dans l'ordre du social. Il paraît sans cesse aux prises avec la question de sa socialisation. On en reçoit ponctuellement la démonstration. D'une manière plus lointaine, ce sont les événements qui ont frappé l'actualité sociale du 19ème siècle qui ont vu venir l'heure d'une formulation en tant que principe ou encore en tant que concept. La socialisation du droit a ainsi pénétré le champ de la théorie juridique.

Section 2 : La construction du concept de socialisation du droit

La question des transformations du droit irrigue largement la littérature juridique de la fin du 19ème siècle et de la première moitié du 20ème. On la rencontre au centre de développements majeurs qui tiennent toujours lieu de documents de référence. Dans le même temps, elle forme la matière, le substrat, d'autres ouvrages constatant, pour la période considérée, l'état du droit civil[296]. On trouve dans ces passages, des propositions pour suggérer la direction suivant laquelle les changements doivent s'accomplir. La régularité des références à la question de la propriété semble d'ailleurs révéler la centralité du droit des biens dans la réalisation de ces métamorphoses.

---

[296] V. not. : TARDE (G.), *Les transformations du droit – étude sociologique*, op. cit. ; CHARMONT (J.), *les transformations du droit civil*, 1912 ; DUGUIT (L.), *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912, 2ème éd. 1920 ; CAPITANT (H.), *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*, 1922, (Livre du cinquantenaire de la société de législation comparée).

Les points que l'on repère de manière récurrente dans le discours indiquent que le sens de l'évolution du droit est nécessairement social. L'hypothèse, qui se développe, de l'ajustement du droit aux nécessités nouvelles que produit la vie sociale, renvoie donc à la formulation de l'objectif de sa socialisation. La fréquence avec laquelle le champ lexical de l'adaptation pénètre les analyses laisse croire qu'un thème particulier occupe le juriste. Il semble ressortir de la production juridique, de cette époque charnière, un concept original.

Le moment de l'élaboration du concept de socialisation du droit dévoile un raisonnement en deux temps. A la fin du 19ème siècle, le droit positif paraît largement assis sur le socle que constitue le Code civil. Pour rendre compte des transformations à engager il faut soumettre l'instrument légal à l'expertise sociale. Le Code doit donc subir l'épreuve des faits (§1) pour que l'on assiste à des propositions concrètes au sujet de l'orientation sociale du droit privé (§2).

§ 1. Le Code civil à l'épreuve des faits

Dans un système marqué par l'importance de la loi, le regard doctrinal porté sur la codification paraît essentiel. En France, les moments qui marquent ou entourent la célébration du Centenaire du Code civil offrent un cadre singulier de discussion où semble se décider, au moins théoriquement, le sort du droit civil. La période accueille des propos significatifs sur la valeur des principes contenus dans le Code. Dans un climat de franche ouverture aux conceptions sociales, les auteurs s'interrogent sur la capacité de ses dispositions à prendre en compte une réalité changeante. C'est donc dans un premier temps le constat de son inadaptation (A) qui est établi. Toutefois, d'autres perspectives se dessinent pour dépasser cet horizon légal. On rencontre l'idée que le Code peut également être envisagé comme un outil de projection (B).

A. L'inadaptation du Code à la réalité sociale

Après un siècle laissé à l'observation, le Code civil est au centre des débats sur la capacité du droit à satisfaire aux nouvelles nécessités sociales. On se demande s'il affiche les qualités et s'il procure les outils nécessaires pour permettre, par lui-même, l'adaptation du droit à la réalité. Cette interrogation laisse place à des points de vue relativement nuancés dans la doctrine du début du 20ème siècle. Le Code apparaît ici comme un point de départ. Il est à l'origine d'une réflexion sur l'opportunité de réformer les institutions juridiques[297]. Il convient donc de se rapporter au discours tenu sur le Code civil pendant cette période où l'on met régulièrement en équation droit et société.

A l'heure du Centenaire, les propos s'orientent essentiellement vers l'aptitude des dispositions du Code à mettre en œuvre une certaine socialisation du droit[298]. On rencontre, chez certains auteurs, une conception qui envisage la réalisation de cette socialisation comme totalement extérieure au Code civil. Selon cette présentation, l'édifice ne serait pas en mesure de pourvoir au renouvellement du droit civil. C'est dans ce sens que s'exprime Tessier, dans le Livre dédié au Code, lorsqu'il indique que « la socialisation du droit, (…) a commencé bien après le Code civil ; elle se développe en dehors de lui et, sur certains points, contre lui »[299]. L'idée de socialisation du droit pénètre donc le discours par le biais de l'analyse qui consacre un certain dépassement du Code par la réalité. De fait, elle s'accomplirait concrètement en marge des principes du Code civil. C'est une définition particulière de la socialisation qui paraît à l'œuvre. Pour avancer que

---

[297] Sur le thème de la révision du Code v. dans littérature du début du 20ème siècle : GAUDEMET (E.), « Les Codifications récentes et le Révision du Code civil », pp. 967 et s. ; LARNAUDE (F.), « Le Code civil et la nécessité de sa révision », pp. 901 et s. ; PILON (E.), « Réforme du Code civil par voie de Révision générale. Son utilité. Son opportunité. Les caractères qu'elle devrait avoir », pp. 935 et s. ; PLANIOL (M.), « Inutilité d'une révision générale du Code civil », pp. 955 et s. *in Le Code civil 1804-1904 – Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004 (réed.).

[298] Nous renvoyons donc très largement à l'ouvrage dédié au Centenaire du Code civil : *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit*.

[299] TESSIER (A.), « Le Code civil et les classes ouvrières », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 79.

la socialisation du droit débute postérieurement au Code, il faut, en effet, se représenter une de ses faces de manière singulière. C'est vraisemblablement à celle qui est rendue la plus visible par les données de la fin du 19ème siècle que les développements juridiques renvoient. L'inscription dans le champ des conceptions de l'expression « socialisation du droit » semble donc historiquement datée. Elle l'est à raison de l'intimité qu'elle entretient avec l'évaluation du Code. Elle est contemporaine de la remise en cause de ses principes. Cette proximité est assez caractéristique de la production doctrinale. Dans un climat de sensibilité aux idées sociales, l'inadaptation du Code civil est fréquemment décrite. On lit notamment chez Duguit qu' « il s'est trouvé qu'à peine la construction était-elle achevée, les fissures ont apparu. Le XIXe siècle a été une période particulièrement féconde dans tous les ordres de l'activité humaine. Un mouvement considérable s'est accompli dans le domaine social. Mais ce mouvement, au lieu d'être, comme le pensaient les hommes de la Révolution française et la première génération du siècle dernier, (…), au lieu d'être le développement normal des principes formulés en 1789, a été une formidable réaction contre eux »[300].

Dans le discours, le Code installerait une certaine distance entre l'ordre juridique et l'ordre social. Il représenterait le symbole du divorce entre les idées et les faits. L'ouvrage subit donc le coup des plus vives critiques doctrinales. A titre illustratif, on peut se référer au propos de Saleilles. Lorsqu'il préface le manifeste que Gény dédie aux méthodes d'interprétation, l'auteur indique qu'il y a « près d'un siècle que nous vivons sur le malentendu d'une fiction qui a produit tous les avantages qu'elle était destinée à procurer, et dont, depuis quelques temps, nous ne sentons plus que les inconvénients. Il faut enfin revenir à la réalité »[301]. C'est principalement l'abstraction du Code qui est dénoncée. On perçoit que le passage à la socialisation procurerait au droit un certain ancrage dans la réalité. Le droit doit être plus largement ouvert aux idées nouvelles. Il doit être adapté à

---

[300] DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon…*, *op. cit.*, p. 6.

[301] GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif - Essai critique*, t. I, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1919, p. XIV.

l'évolution des besoins sociaux. Dans une certaine mesure le droit est le produit d'un contexte. Il doit apparaître en adéquation avec des données par principe changeantes. Marqué par l'individualisme qui a inspiré son élaboration, le Code ne semble pas à même de traduire cet état. C'est ce que constate encore Saleilles. « Qu'on ait eu cette prétention, poursuit-il, aux époques tout à fait voisines de la mise en œuvre du Code civil, alors que l'on était sous l'influence immédiate des conditions sociales qui l'avaient inspiré, et que l'on restait imbu de l'esprit même qui en avait dirigé la confection, rien n'était plus justifié. Mais, depuis, le milieu social a changé du tout au tout. D'autres idées se sont fait jour, non pas que les principes éternels de toute justice se soient modifiés ou altérés ; mais les applications qui dussent en être faites se présentent dans des conditions désormais toutes différentes. Des créations d'ordre économique, que personne ne pouvait prévoir il y a un siècle, ont bouleversé les apports juridiques entre le capital et le travail ; et des aspirations nouvelles sont issues de cet état de choses jadis insoupçonné. Des droits nouveaux se sont révélés ; des besoins surtout d'une nature plus universelle, plus internationale, si je puis dire, se sont propagés »[302].

Le 19ème siècle a connu des bouleversements qu'il ne s'agit plus de justifier. Ils provoquent, chez les auteurs, d'abondants développements qui mettent en cause le Code civil. Ces propos indiquent, partant, une certaine ligne thématique. Dès la fin de cette période et jusqu'aux décennies qui l'ont suivie, on remarque une forme de libération de la plume, une certaine latitude dans l'exposé des principes. L'analyse qui consacre la construction du concept et la formulation des idées relatives à la socialisation du droit est soutenue par cette trame théorique. L'angle retenu par les différentes études, au début du 20ème siècle, invite à ouvrir l'œuvre juridique sur le panorama des transformations sociales. On y établit le constat de *la révolte des faits contre le Code*[303] pour souligner l'urgence des réformes à entreprendre dans le champ du droit. « Nous assistons, écrit

---

[302] *Ibid.*

[303] V. MORIN (G.), *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 4ème éd., 1920.

Morin, à la révolte des faits contre le Code. Et le destin nous presse d'instaurer un droit nouveau dans les grands domaines juridiques : la famille, la propriété, la vie économique »[304]. On rencontre, encore une fois, l'institution de la propriété au cœur du thème du renouvellement du droit privé. L'inadaptation manifeste des règles légales aux faits a favorisé la construction d'un système où le Code civil n'est d'aucun secours à l'évolution sociale du droit. Morin souligne encore que « l'élasticité des mots et des formules a une limite. Un moment arrive, poursuit-il, où le vin nouveau fait éclater les vieilles outres. Alors doivent apparaître, dans les langues, les néologismes et, dans le droit, les lois nouvelles. Si le législateur néglige d'intervenir, il se produit dans l'évolution un moment critique où l'incohérence est complète entre les formules juridiques et la réalité, où la vie, pour ainsi dire, se rebelle contre les formules qui prétendent l'enfermer. La société entre en contradiction avec elle-même. C'est la crise de l'heure présente »[305].

Ce point de vue semble discréditer définitivement le Code. Sa capacité à prendre en compte la réalité interroge. Certains auteurs sont pourtant moins sévères. Selon eux, cette rigidité apparente du Code civil n'est pas un obstacle insurmontable. Dans leur analyse, il convient d'appliquer aux principes du Code les méthodes[306] qui permettent au droit d'évoluer. Il faut s'attacher à décomplexer l'interprète lorsqu'il exerce son autorité. Ce dernier doit accomplir sa mission, non plus seulement en fonction de la volonté du législateur, mais surtout, à raison des exigences du temps. Il est en charge de « développer un texte incessamment vivant »[307]. Cette analyse porte Saleilles à proposer une méthode d'interprétation évolutive des textes. L'œuvre de 1804 n'est donc pas d'une fixité sans espoir dans la mesure où « à la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la

---

[304] *Ibid.*, p. V.

[305] *Ibid.*, pp. III-IV.

[306] On songe notamment à la méthode historique qui a trouvé ses premiers partisans chez Labbé ou Bufnoir mais qui sera finalement systématisée par Saleilles ; à la libre recherche scientifique de Gény ou à la méthode comparative de Lambert.

[307] SALEILLES (R.) in *Méthode d'interprétation et sources …*, *op. cit.*, p. XX.

codification une vie toute factice et tout irréelle, arrêtée dans son développement, et comme définitivement achevée dès que la construction d'ensemble fût complète, on a essayé de substituer une méthode de vie organique, ou d'évolution historique, méthode externe et non plus interne comme la première ; dont le propre fût de vivifier les codes, au lieu de la substance qu'ils empruntaient à leur propre fonds, par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors »[308].

L'hypothèse d'une rencontre des principes du Code avec les exigences d'une époque donnée peut apparaître cohérente si on superpose aux textes le travail de l'interprète. La pertinence de cette idée a imprégné le discours d'autres civilistes. On pense notamment à Josserand qui retient de « l'œuvre du Premier Consul » qu' « elle a du se laisser abondamment pénétrer, à peine de destruction par les facteurs sociaux, économiques, scientifiques, qui concourent à fixer à tout instant la physionomie changeante d'un peuple. C'est ainsi, termine-t-il, que se rajeunissant sans cesse au contact de l'actualité, s'enrichissant d'additions et d'interprétations nouvelles, elle a pu atteindre son centenaire sans rien perdre de son autorité ; elle a évolué plutôt qu'elle n'a vieilli »[309]. Malgré les réformes successives dont ses grands domaines ont été l'objet, le Code contient encore les grands principes du droit privé. Avec les perspectives d'évolution qui l'accompagnent, son maintien n'entame donc pas l'expression des idées sociales. Il permet donc une certaine projection dans le sens des transformations réclamées.

B. Le Code : un outil au service de l'évolution du droit

Le Code a pu, contre certaines prévisions, devenir un outil de projection. Il parait être un instrument permettant la mise en œuvre des différentes évolutions que suggère de mettre

---

[308] *Ibid.*, p. XIX.

[309] « Essai sur la propriété collective », in *Le Code civil 1804-1904 …*, *op. cit.*, p. 357.

en œuvre la fin du 19ème. S'il constitue un point de départ sur l'état du droit privé, il subit également l'épreuve d'un retour sur le contexte dans lequel il est censé produire ses effets. C'est ainsi, comme l'assure Saleilles, qu'« entre la conception vivante qu'enserre le texte et les appoints qui lui viennent du dehors, de la vie économique et du milieu social, se fait un échange incessant d'actions et de réactions, par où se réalise le progrès juridique »[310], et aussi par où s'épanouit l'hypothèse d'une socialisation du droit.

Par certains côtés, il apparait que le Code de 1804 a intériorisé les éléments de cette socialisation, après coup. Josserand le formule explicitement lorsqu'il indique, à l'occasion du Centenaire que « l'évolution bienfaisante s'est poursuivie sans relâche dans une même direction : elle a été constamment sociale. Plus l'œuvre monumentale avance en âge et plus elle se socialise profondément, tant il est vrai qu'elle s'imprègne de l'atmosphère où elle vit et pour laquelle elle se réalise »[311] .

Ces différentes analyses révèlent que le droit et plus précisément, en l'espèce, le Code civil semblent présenter les signes d'une maturation. Elles mettent en évidence l'existence d'un ferment social sur lequel les principes infusent et peuvent s'imprégner de valeurs nouvelles. Les développements laissent apparaître une conception singulière où l'idée de socialisation du droit se résout en termes d'adaptation. Au sens sociologique du terme, le Code se socialise. La référence darwinienne à la théorie de l'évolution n'étonne pas car les analyses contemporaines de la période du Centenaire du Code civil sont largement influencées par les conceptions anthropologiques. L'œuvre de 1804, dit Josserand, « n'a pu, échappant à la loi nécessaire de l'évolution, se maintenir immobilisée et fermée à toute influence ambiante »[312]. L'allusion ne parait pas inappropriée. Dans l'espace ouvert des disciplines, il ressort que les auteurs qui s'attachent à décrire ou expliquer les

---

[310] SALEILLES (R.) in *Méthode d'interprétation et sources …*, *op. cit.*, p. XX.

[311] JOSSERAND (L.), « Essai sur la propriété collective », art. préc., p. 357.

[312] *Ibid*.

manifestations d'une socialisation du droit sont apparemment sensibles à l'argument anthropologique et sociologique[313].

Pour cette raison, on relève la participation au projet durkheimien de l'*Année sociologique*, les juristes qui reprennent la thématique des transformations, des adaptations et de la socialisation du droit civil[314]. De manière assez apparente, ils tirent de cette fréquentation un axe méthodologique particulier, qui combine l'étude du droit avec des règles reposant sur l'observation et la science. Concernant l'interprétation des textes, « il y a lieu de choisir, selon Saleilles, une méthode de direction désormais indépendante de toute recherche de volonté et d'adopter des procédés scientifiques et précis de solution »[315]. Il faut, en effet, concevoir le droit comme « une science qui est avant tout une science sociale, la science sociale par excellence ; c'est-à-dire qui doit s'adapter à la vie en collectivité pour laquelle elle est faite, et donner satisfaction à toutes les exigences des nécessités pratiques et à tous les *desiderata* qui en ressortent, et qui se traduisent en conceptions juridiques »[316].

Avec certains auteurs, la réflexion juridique s'élabore dans la dépendance des principes de la méthode sociologique. L'activité est alors orientée dans le sens que détermine l'observation de la réalité sociale. L'hypothèse de la socialisation du droit semble s'inscrire dans cet axe scientifique. Pour le mesurer, il faut décomposer le travail de construction en deux temps. Ainsi, selon Léon Duguit, tout système juridique doit être à la fois réaliste et socialiste : « réaliste, puisqu'il repose sur le fait de la fonction sociale observé et constaté directement ; socialiste, puisqu'il repose sur les conditions mêmes de

---

[313] Sur ce thème : NIORT (J.-F.), *Homo civilis …*, *op. cit.*, *Cf.* spéc. : t. 2, 2ème partie.

[314] Apparaissent ainsi dans l'*Année* les noms de CHARMONT ; SALEILLES ; GENY ; JOSSERAND ; DUGUIT ; LEVY ou encore DEMOGUE. Pour de plus amples développements v. l'étude à la *Place du droit dans l'Année sociologique (1896-1925) : Contribution à l'étude de la place du droit dans les premiers temps de l'école durkheimienne,* Lille 2, 2003.

[315] *In Méthode d'interprétation…*, *op. cit*., p. XVII.

[316] *Ibid*., p. XVIII.

la vie sociale »[317]. Ce cadre conceptuel ouvre des perspectives nouvelles pour l'interprétation des principes du Code civil. La théorie évoquée invite à un revirement radical avec l'idéologie originelle qui l'inspire. Chez les auteurs évoqués, les aspirations socialistes envisagées s'entendent par stricte opposition avec une tradition purement individualiste. Pour le réaliser, il faut également relever dans le fil des développements que, « la règle juridique, qui s'impose aux hommes, n'a point pour fondement le respect et la protection des droits individuels qui n'existent pas, d'une manifestation de volonté individuelle, qui par elle-même ne peut produire aucun effet social. Elle repose sur le fondement de la structure sociale, la nécessité de maintenir cohérents entre eux les différents éléments sociaux par l'accomplissement de la fonction sociale qui incombe à chaque individu, à chaque groupe. Et ainsi c'est bien vraiment une conception socialiste du droit qui se substitue à la conception individualiste traditionnelle »[318].

Quel que soit le sens par lequel on l'appréhende, le thème de la socialisation du droit pénètre largement les écrits ainsi que les idées développées dans le domaine juridique. Le phénomène diffuse au point, qu'il est permis de lire au début du XXe siècle que l'expression est devenue « à la mode »[319]. Il ne faut pas, semble-t-il, prêter à la remarque une quelconque valeur péjorative. Elle parait seulement souligner la régularité des incursions et le point de vue selon lequel cette socialisation est une source qui assure des perspectives nouvelles à l'évolution du droit. Si le terme s'insère progressivement dans le lexique des juristes, c'est que rapidement on parvient à identifier derrière son évocation les valeurs sur lesquelles il repose.

Après avoir dégagé le moyen d'y parvenir au plan « opératoire », les auteurs désignent également les principes qui inspirent la socialisation du droit et vers lesquels elle indique de tendre. Elle invite principalement à insuffler à la discipline juridique des vertus

---

[317] *Les transformations générales du droit privé …*, *op. cit.*, p. 25.

[318] *Ibid.*, pp. 25-26.

[319] CAPITANT (H.), *Les transformations du droit civil français …*, *op. cit.*, p. 4.

d'humanité. Il faut, en effet, selon Tessier, développer un droit nouveau « à tendances démocratiques, droit protecteur des classes pauvres et se préoccupant d'aider à l'amélioration de leur condition physique et morale. On ne se fie plus à l'harmonie nécessaire des intérêts ; le terrain du droit privé s'étend ; la liberté de quelques-uns est restreinte pour accroître la liberté du plus grand nombre : la morale pénètre davantage dans le droit »[320]. Démocratie, morale, progrès et justice s'introduisent donc régulièrement dans le champ des préoccupations juridiques. Cet ensemble offre une description des thématiques qui nourrissent, à titre principal, les travaux entrepris sur les transformations et la socialisation du droit civil. La combinaison de ces différents éléments doit contribuer au renouvellement de la discipline juridique. La fréquence de ces idées dans le discours détermine la direction dans laquelle s'inscrit l'idée de l'évolution du droit privé et le cadre où se joue également le sort des règles anciennes.

Il apparaît que l'expertise théorique donne lieu à des bilans contradictoires lorsqu'il s'agit de vérifier si le Code civil peut fournir un encadrement à la réalisation d'une socialisation du droit. On peut lire, en effet, que « cette socialisation du droit, cette réglementation plus vigilante, cette protection juridique contre les abus et les injustices, c'est plus encore en dehors du Code civil que dans ses dispositions mêmes qu'elle est susceptible d'exercer son influence »[321]. Néanmoins, le thème de l'adaptation du droit offre, aussi, quelques nuances plus optimistes au sein des mêmes passages. On apprend également que « les principes du Code civil sur la propriété, la famille, les successions, les contrats, sont toujours debout ; il s'agit de les modifier, ou plutôt de les adapter à l'état social actuel. Il ne s'agit pas démolir l'édifice, mais de m'améliorer, de l'étendre, de l'affermir et de le consolider, pour qu'il puisse abriter plus de droits et donner plus de justice »[322]. La

---

[320] TESSIER (A.), « Le Code civil et les classes ouvrières », art. préc., p. 92 ; v. également CHARMONT (J.), « La socialisation du droit », préc., p. 380.

[321] *Ibid*.

[322] *Ibid*.

sévérité des critiques adressées au Code semble donc d'une portée assez contrastée. Elle paraît souvent s'atténuer jusqu'à permettre un rapprochement avec la célèbre formule de Saleilles : « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil »[323].

L'entreprise de socialisation du droit civil s'oppose donc à toute perspective de destruction. Dans la mesure où elles n'encouragent pas absolument à faire table rase des éléments existants, les manifestations d'une socialisation du droit civil ne sont pas toujours immédiatement perceptibles. Elles s'insinuent souvent dans le contexte juridique à l'œuvre et invitent de fait à l'interroger plus en profondeur. Il est toutefois une constante : les idées développées au sujet de la socialisation du droit mettent à l'épreuve l'aptitude du Code civil à la recevoir dans ses grands domaines. Plus précisément, les premiers temps de la construction du concept de socialisation du droit imposent de designer les cadres dans lesquels l'orientation sociale du droit privé paraît devoir s'accomplir.

§ 2. L'orientation sociale du droit privé

Le projet d'une socialisation du droit s'élabore dans le champ discursif. Au plan théorique, sa formulation amène à rencontrer certaines institutions qui servent de fondations au concept. Si l'on suit l'organisation des idées, la propriété est, en raison de la part qu'elle occupe dans l'espace du droit privé, l'objet d'une insertion directe au cœur des développements sur la socialisation du droit. La régularité avec laquelle elle apparaît indique qu'elle est un objet privilégié dans la mise en œuvre des conceptions sociales (A). Les multiples références dont elle est l'objet en révèlent la centralité et accréditent l'hypothèse que la socialisation du droit s'inscrit principalement dans un domaine. Le

[323] *In Méthode d'interprétation et sources …, op. cit.*, p. XXV.

droit des biens paraît bien être conçu, dans les développements des auteurs du début du 20ème siècle, le siège de sa réalisation (B).

A. Un objet privilégié : la propriété au service des conceptions sociales

La fréquence des références à l'institution de la propriété, parait indiquer qu'elle doit être envisagée comme le terrain qui permet d'accueillir et de vérifier l'hypothèse d'une socialisation du droit des biens. Elle est rarement absente des ouvrages et des articles qui s'attachent à retracer l'évolution du droit civil puis à exprimer les changements qui doivent s'y opérer. Elle est un élément d'étude privilégié pour entrevoir la portée des ajustements que suppose l'évolution du droit privé. La propriété procure au système la stabilité nécessaire pour qu'il s'adapte constamment. En conséquence : « il convient, comme l'indiquent certains auteurs, de défendre, sans aucune défaillance cette théorie du Code sur la propriété privée, si nous voulons éviter à la société les plus redoutables secousses. Elle est notre sauvegarde ; en second lieu, nous devons essayer d'en combler les lacunes »[324]. Elle reste, en somme, un axe à privilégier dans l'ordre social. C'est la « condition indispensable de la prospérité et de la grandeur des sociétés »[325]. La propriété couvre un domaine qui s'élabore dans la contingence des faits. Elle est une institution proprement ancrée dans la réalité. Sa physionomie et ses contours se dessinent dans l'étroite dépendance du contexte économique et social. Pièce centrale de son système réaliste, la propriété est, selon Duguit, « une institution juridique qui s'est formée pour répondre à un besoin économique, (…) et qui évolue nécessairement avec les besoins

---

[324] TERRAT (B.), « Du régime de la propriété dans le Code civil », *in Le Code civil 1804-1904…, op. cit*., p. 350.

[325] DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé …, op. cit*., p. 21

économiques eux-mêmes. Or, dans nos sociétés modernes, poursuit-il, le besoin économique auquel était venue répondre la propriété institution juridique se transforme profondément ; par conséquent la propriété institution juridique doit elle-même se transformer »[326].

Les débats sur la propriété permettent d'apporter autant aux constatations concernant l'état de la société qu'à la démonstration sur la direction et la nature des réformes à entreprendre. Elle se présente comme l'instrument propre à traduire ces différentes variations. On en relève, en effet, la permanence dans les messages relatifs à la socialisation du droit. Elle fournit, assez significativement, la justification aux idées que laissent entrevoir l'expression purement juridique de cette socialisation.

Dans cette perspective, on relève encore quelques précisions quant au sens à donner à cette socialisation de la propriété. Les auteurs s'attachent particulièrement à préserver la notion de propriété de toute tentative d'appropriation idéologique. Ils soulignent la neutralité politique avec laquelle il convient d'aborder l'analyse sociale de l'institution. « L'évolution, souligne Léon Duguit, se fait encore ici dans le sens socialiste (…). Par la même, la propriété se socialise (…). Cela ne signifie pas qu'elle devienne collective au sens des doctrines collectivistes, mais cela signifie deux choses : d'abord la propriété individuelle cesse d'être un droit pour devenir une fonction sociale ; et en second lieu que les cas d'affectation de richesse à des collectivités, qui doivent être juridiquement protégés, deviennent de plus en plus nombreux »[327]. Le message est aussi articulé autour d'un aspect particulier de la socialisation. La cadre où s'exerce la propriété impose d'opposer à son titulaire les limites tenant à l'intérêt de la collectivité.

Les auteurs qui développent une réceptivité au point de vue social mettent donc en cause le caractère absolu du droit de propriété en dénonçant « la nature envahissante d'une telle

---

[326] *Ibid*., p. 148.

[327] *Ibid*., pp. 148-149.

prérogative »[328]. Dans le contexte social, la pratique des droits suppose, en effet, davantage de modération. La thèse de la relativité des droits subjectifs s'élabore sur ce fondement essentiellement social. Dans l'esprit de ses concepteurs, l'on admet que « l'absolu n'est pas de ce monde juridique ; il n'est guère de droits qui soient vraiment isolés dans l'espace et dans le temps ; toutes les facultés juridiques, par cela même qu'elles se réalisent dans un milieu social, comportent fatalement des limites ; elles se trouvent comprimées au nom de situations, d'aspirations également respectables qui revendiquent leur part légitime et qui doivent l'obtenir »[329]. Cette formule s'applique naturellement à la propriété. L'installation d'une socialisation du droit, dans ses contours, consiste à proposer un encadrement juridique à l'activité du propriétaire, qui ne serait pas capable, instinctivement, d'afficher un degré suffisant de sociabilité. Il s'agit donc de pallier les défaillances susceptibles de percer du côté des qualités humaines ou sociales. Il faut poursuivre celui qui, satisfaisant son intérêt « égoïste »[330], « prétendrait user de son droit indéfiniment et pour ainsi dire jusqu'à la lie »[331]. Dans cette perspective, la définition d'une socialisation du droit est à rapprocher du sens que lui prête le vocabulaire ou l'usage sociologique. Elle semble s'apparenter à l'expression première d'une socialisation. La thématique de la socialisation du droit dirige donc autant vers l'adaptation des principes juridiques qu'elle n'invite à suggérer des attitudes conformes à la vie en société.

Cette conception de la socialisation semble évoquer l'ambivalence de la propriété. Elle paraît ordonnée à la réalisation des besoins individuels et, pareillement, à la sauvegarde des intérêts de la société[332]. L'idée de socialisation s'applique au droit de propriété pour en

---

[328] JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 2006, p. 17.

[329] JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français conforme aux Programmes Officiel des Facultés de droit*, t. 1, Paris, Sirey, 1930, p. 732.

[330] *Ibid.*, p. 733.

[331] *Ibid.*, p. 739.

[332] « Ce pouvoir du propriétaire, sans aucune restriction, rendrait évidemment la société impossible. Il suffirait du mauvais vouloir d'un seul pour arrêter la création d'une route utile à toute contrée, la

contredire la souveraineté. C'est ainsi que Josserand décrit le phénomène, dans la première moitié du 20ème siècle. « Le droit de propriété, explique-t-il, subit une compression sévère et perd de son absolutisme traditionnel ; (…) il tend à devenir un droit comme un autre, social par son origine, par sa raison d'être, comme dans sa réalisation pratique »[333]. Les droits et notamment le droit de propriété ne s'accompliraient légitimement qu'à raison d'une destination sociale. Il faut, en effet, « voir dans les droits subjectifs des prérogatives causées, impropres à servir de machines de guerre contre la société ou contre les individus »[334]. La réflexion est d'essence morale. Il paraît inconcevable de valider des actes exclusivement tournés vers la satisfaction d'un intérêt personnel voire malveillant. « S'il est un but essentiellement et constamment antisocial, souligne Josserand, c'est bien la poursuite du malheur, de l'infortune, de l'appauvrissement de notre prochain ; les droits, prérogatives sociales, (…) ne sauraient être mis au service de la malice, de la méchanceté, de la malfaisance ; leur origine, leur essence, leur finalité s'opposent irréductiblement à jouer ce rôle impie et dérisoire »[335].

La socialisation de la propriété semble être un indicateur d'un mouvement plus général. Elle constitue un point de départ institutionnel. C'est par l'entrée de la propriété que l'idée de socialisation pénètre le droit des biens. En accueillant la propriété comme objet, le droit des biens reçoit également l'hypothèse d'une socialisation du droit. La socialisation du droit des biens relève, dans une très large mesure, d'une socialisation de la propriété. Néanmoins, dans le champ même du droit des biens, la propriété suscite une interrogation

---

construction d'un fort indispensable à la défense nationale. La société, elle aussi, est un fait nécessaire, car seule elle permet à l'homme d'atteindre son développement physique, intellectuel et moral, de pourvoir à tous les besoins de l'âme et du corps. La société a donc des droits, et ce sont ces droits de la société qui viennent limiter et restreindre ceux de la propriété individuelle. Il faut donc que la propriété se plie à la nature sociable de l'homme, qu'elle subisse des restrictions sans lesquelles la vie sociale deviendrait impossible », TERRAT (B.), « Du régime de la propriété dans le Code civil », art. préc., p. 350.

[333] JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français …*, *op. cit.*, p. 749.

[334] JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité …*, *op. cit.*, pp. 7-8.

[335] *Ibid.*, p. 368.

plus large sur le thème de l'appropriation et de la répartition des biens notamment. L'ancrage premier de la propriété dans le domaine du droit des biens contribue, par ailleurs, à mettre en relief ses qualités traditionnelles. Le droit des biens constitue un des espaces où l'on envisage l'orientation sociale du droit. La conception sociale de la propriété a participé à inscrire, dans le droit des biens des thèses significatives. Sur le plan théorique, le droit des biens paraît représenter le siège de la réalisation d'une socialisation du droit.

B. Le droit des biens : siège de réalisation d'une socialisation du droit

Par la médiation de la propriété, c'est un système proprement réaliste, socialiste et relatif qui s'élabore dans les contours même du droit des biens. La discipline semble animée par une philosophie différente. L'évolution des idées relatives de la propriété paraissent conduire à une révision des conceptions individualistes. Le droit des biens doit s'ouvrir au point de vue collectif. Dans l'espace qu'il couvre, il faut, souligne Duguit, acquérir « la conscience très nette que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social »[336]. La révision de ce présupposé individualiste est une condition de la socialisation du droit. Dans les sociétés modernes, le maintien de la doctrine individualiste, ajoute Josserand, « devient un non-sens, à mesure que les institutions et notamment la propriété se socialisent davantage »[337].

Les tendances que l'on relève au sujet de la socialisation du droit, engagent à replacer l'homme en société. Elles suggèrent d'envisager tant les droits que l'individu tient, que les devoirs qu'il emporte dans le cadre de la collectivité. D'un point juridique, on réalise que la consécration d'un principe trouve toujours son pendant dans les limites sociales qu'on

---

[336] DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé* …, op. cit., p. 157.

[337] JOSSERAND (L.), « Essai sur la propriété collective », art. préc., p. 379.

lui assigne. L'idée de socialisation invite à mesurer l'importance des tempéraments qu'il convient d'opposer à l'exercice des droits. Elle offre un cadre conceptuel par lequel les institutions passent pour trouver les ajustements que les données sociales imposent de mettre en œuvre. Elle indique également la ligne suivant laquelle les correctifs juridiques aux travers éventuels de l'homme doivent être trouvés. Elle imprime une certaine marche aux changements auxquels il faut procéder dans le champ du droit. Ramenée au droit des biens, l'idée de socialisation conduit à relever « qu'une évolution se produit dans le sens de la limitation, de l'adaptation de la propriété individuelle à des fins qui dépassent l'individu »[338].

Les droits se réalisent à la faveur des idées socialisantes. L'esprit qu'il convient de leur appliquer indique d'ailleurs cette direction. Généralement, cette conception permet d'offrir un rempart aux excès de l'individualisme. Elle amène à privilégier l'équilibre plutôt qu'à encourager la rivalité. Dans ce sens l'idée de socialisation évoque un véritable projet sociétal. Le droit est œuvre de modération. C'est ce degré de relativité qui renseigne, en partie, sur l'état de socialisation des cadres juridiques. L'assise doctrinale que trouve cette théorie de la relativité semble suggérer ce point de vue. Selon certains, en effet, « le concept de la relativité, et par conséquent de l'abus des droits (…) constitue une des pièces maîtresses des systèmes de tous les pays civilisés, ou, plus exactement, l'atmosphère, le « climat » dans lequel ces systèmes se développent et se réalisent »[339]. Les droits rencontrent donc, en permanence, leurs limites sociales. On doit, principalement, à Josserand d'avoir formulé les grandes étapes de cette théorie. Si sa première idée emporte plus ou moins l'adhésion de ses collègues juristes, il semble tout de même plus franchement diviser en raison du lien qu'il établit, par voie de cause à effet, entre relativité et abus.

---

[338] JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif …*, *op. cit.*, p. 749.

[339] JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité…*, *op. cit.*, p. 1.

C'est donc, plus nettement la théorie de l'abus des droits qui sépare Josserand d'une partie des autres auteurs. Pour une vue sommaire des critiques qui lui sont apportées au fond, on remarquera que certains estiment qu'elle « repose sur une contradiction en soi »[340] ; en effet, « le droit cesse où l'abus commence »[341], dans cette mesure, « il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque parce qu'un acte même ne peut être à la fois conforme et contraire au droit »[342]. Ripert y ajoute la thèse de l'inconsistance et de l'inutilité. Selon ce dernier, la règle morale « qui nous défend de nuire à autrui »[343] parait suffire pour prévenir certains détournements des droits subjectifs et certaines déviances.

Néanmoins, quels qu'en soient les moyens d'expression, les modes de caractérisation ou de dénomination, l'idée de relativité trouve sa place dans l'espace et dans les conceptions juridiques. Les divergences s'expriment alors au regard des éléments de son efficacité. Comme le relève Demogue : « nous avons affirmé un idéal social, mais qui nous garantit que les hommes s'y plieront. Certains le feront d'eux-mêmes par tendance de caractère, éducation, hérédité, mais pourquoi dans l'humanité si diverse, tous le feraient-ils ? Comment obtenir le sacrifice de la volonté individuelle au non moi ? »[344].

Le caractère incertain et imprévisible des comportements impose qu'à une socialisation classique et primaire s'ajoute un élément juridique. Il faut qu'elle soit secondée et indiquer un sens contraignant. La réussite d'une pleine socialisation dépend par conséquent, de la combinaison d'une socialisation juridique et d'une socialisation du droit. Il faut aussi procurer à l'homme, par les ajustements du droit, les raisons de s'y conformer. Les

---

[340] DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé…*, op. cit., p. 198 ; v. également LEVY (E.), *La vision socialiste du droit*, p. 47 selon qui cette théorie est : « artificielle et théoriquement contradictoire ».

[341] PLANIOL (M.), *Traité pratique de droit civil*, t. 1, Paris, LGDJ, 3ème éd., 1939, n° 3057, p. 997.

[342] *Ibid.* ; Il y aurait selon Planiol, derrière l'expression « abus de droit » une logomachie.

[343] RIPERT (G.), « Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de monsieur Josserand », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 33.

[344] *Les notions fondamentales…*, *op. cit.*, p. 60.

disciplines juridiques doivent sans cesse évoluer au contact de données et d'exigences nouvelles. Elles doivent s'y adapter, se socialiser. Cette socialisation particulière est une nécessité. Elle doit être une préoccupation permanente pour ne pas reproduire « l'erreur essentielle (…) d'avoir cru que le droit était comme un fleuve énorme suivant une direction sans qu'il y eut à lui en assigner une »[345]. En réalité, le droit doit observer une trajectoire sociale et ses principes doivent s'accorder avec les besoins nouveaux.

Dans l'ordre matériel, la pression se manifeste avec davantage d'intensité, « les hommes ayant mieux conscience des maux dont ils souffrent que des avantages dont ils profitent »[346]. La recherche d'un certain équilibre commande donc expressément et constamment l'accomplissement d'une socialisation dans le champ des biens. Cette socialisation du droit des biens s'insère naturellement dans la ligne des éléments et des événements qui marquent la réalité.

Il revient, en effet, particulièrement dans son domaine de mettre « un idéal au dessus des faits »[347] autant que de proposer « un droit idéal au-dessus du droit positif »[348]. C'est de ce seul arrangement que ressort la valeur des principes juridiques. Il faut garder à l'esprit, rappelle Demogue, qu' « il y a dans l'activité humaine quelque chose de conscient, de voulu, qu'il faut diriger. Le nier, c'est mettre les lois du monde physique au même rang que les principes de l'action humaine et réduire le droit à une étude descriptive »[349].

Même s'il ne tend pas à l'exhaustivité, le panorama qui vient d'être dressé à propos de la nécessité de faire évoluer le droit désigne néanmoins quelques étapes. Elles s'inscrivent dans la dépendance étroite et dans l'intimité du droit des biens. Si l'on reprend le fil des

---

[345] *Ibid.*, p. 38.

[346] *Ibid*.

[347] *Ibid.*, p. 22.

[348] *Ibid*.

[349] *Ibid.*

différents rapports, l'entier succès d'une socialisation du droit ramène presque inévitablement vers la propriété. Elle doit, d'une manière permanente, être l'objet d'une estimation selon ses objets, son principe et les modalités de son exercice. Les termes d'une construction théorique, offrent de la replacer au cœur de l'ensemble de contraintes dans lequel elle s'inscrit.

Dans un système idéal, il faut assurer la satisfaction et le développement de l'individu[350]. Pour que chacun puisse y trouver une part plus ou moins équivalente, il convient nécessairement d'en revenir à la destination sociale de la notion de propriété. Progressivement l'idée se dégage. Quand bien même, le bilan a été le sujet de comptes rendus contrastés, on peut reprendre après Léon Duguit cette directive : « la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire, elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse »[351]. Au terme de sa réception doctrinale, la propriété a donc révélé un certain terrain sur lequel pouvait s'accomplir la socialisation du droit. Le droit des biens qui abrite naturellement la notion de propriété paraît devoir mettre en œuvre l'hypothèse d'une socialisation du droit.

---

[350] C'est incontestablement un des aspects de la définition de la socialisation du droit : « il est bien permis de penser que le droit privé n'a pas pour objet unique la propriété, la fortune acquise et les modes de s'enrichir : il doit se préoccuper des autres droits et des autres biens de la personne ; il doit poursuivre des fins morales. Tout cela constitue ce que l'on appelle la socialisation du droit. C'est un droit nouveau qui apparaît dont une partie s'est déjà réalisée, droit à tendances démocratiques, droit protecteur des classes pauvres et se préoccupant d'aider à l'amélioration de leur condition physique et morale. On ne se fie plus à l'harmonie nécessaire des intérêts ; le terrain du droit privé s'étend ; la liberté de quelques-uns est restreinte pour accroître la liberté du plus grand nombre : la morale pénètre davantage dans le droit », EWALD (F.), « Rapport philosophique : une politique du droit », in *Le Code 1804-2004, Livre du Bicentenaire du Code civil*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 92.

[351] *Les transformations générales du droit privé …, op. cit.*, p. 158.

Conclusion du Chapitre 2 :

C'est le 19ème siècle qui a donné corps et sens à l'expression « socialisation du droit ». Il l'a faite advenir en tant que *concept*. Cette mise au jour est en lien immédiat avec le contexte social de l'époque. Les changements qui ont affecté la société française depuis 1804 ont invité le juriste à prendre impérieusement part à l'élaboration du *social* et à cesser de négliger la question majeure de l'époque : la « question sociale ». La construction de la notion de socialisation du droit se réalise dans un climat d'ouverture aux méthodes reçues des nouvelles sciences sociales. La nécessité de rendre le droit social imprègne, dès lors, largement les esprits. Le constat de l'inadéquation du Code civil avec les réalités concrètes est l'objet de nombreux commentaires doctrinaux du début du 20ème siècle. Il est désormais conçu comme un outil au service de l'adaptation du droit aux besoins du temps. Ses dispositions sont envisagées dans cette perspective instrumentale. A la charnière du 19ème et du 20ème siècle, la finalité sociale du droit est sans cesse mise en avant par certains juristes qui sont en réalité les artisans du concept de socialisation du droit. Le thème de la propriété n'est jamais absent de leurs développements. Il apparaît donc que le droit des biens a nécessairement part à prendre à la socialisation du droit.

Conclusion du Titre 1 :

Il apparaît que la nécessité de socialiser le droit a investi tardivement le discours juridique. C'est autour du Code, que l'on sait largement assis sur le droit des biens, que se sont concentrés, à l'occasion de la célébration de son Centenaire les développements relatifs à l'urgence d'adapter le droit au nouveau contexte social. L'expression « socialisation du droit » ainsi que les idées qui s'y rapportent font l'objet de références explicites à la fin du 19ème siècle et au début du 20ème siècle. Pour autant, l'application de cette formule aux

premières manifestations de l'évolution sociale du droit est-elle inopportune ? Une telle démarche relève-t-elle de l'anticipation ou de l'anachronisme ? La réponse est assurément négative. Le droit est une discipline éminemment sociale. C'est un trait constant de son évolution que de s'adapter aux réalités concrètes. L'omniprésence du droit des biens et du thème de la propriété dans le champ des idées socialisantes indique qu'ils sont des éléments essentiels dans la généalogie de la socialisation. Le droit des biens est, en effet, à l'origine des expressions anciennes de l'idée de socialisation du droit tout autant qu'il est associé à son élaboration conceptuelle. Cette permanence indique, selon certains auteurs que le droit des biens est « un bon exemple de l'impossibilité de suivre l'évolution d'une technique sans la replacer dans son contexte économique, politique et social ». Il apparaît qu'il est le repaire désigné de la réalisation de la socialisation du droit. Cet état tient également à ce que l'objet et les objets qu'on lui attribue généralement tendent à la rapprocher du thème de la socialisation.

Titre 2nd : Le rôle du droit des biens dans la conception sociale du droit : l'explication par l'objet

Depuis les manifestations auxquelles elle a donné naissance au 19ème siècle, la « question sociale » n'a cessé de se confondre avec la question de la propriété[352]. Cette assimilation a largement participé à inscrire les idées sociales dans les frontières conceptuelles du droit des biens. La discipline apparaît traversée par une série d'interrogations relatives à la mise en œuvre d'une justice sociale et matérielle. Pour les tenants d'une socialisation du droit il faut s'employer à étendre à toutes les catégories le droit, la justice et la propriété[353]. Profondément affiliés aux idées socialisantes ces thèmes consacrent l'ancrage du projet de socialisation du droit au sein du droit des biens.

Il y a une analogie évidente entre les étapes liées à la réalisation de la socialisation du droit et les méthodes, les techniques qui contribuent à assurer le fonctionnement du droit des biens. La finalité que partagent la socialisation du droit et le droit des biens est d'envisager sous le couvert de l'unité des éléments affectés, *a priori*, par la dissemblance. Il s'agit, en effet, dans cette approche de la variété qui frappe la vie sociale et le monde des choses, d'installer une certaine identité à partir de différences. Une proximité méthodologique unit donc socialisation du droit et droit des biens. Elle révèle que le droit des biens est certainement, au plan disciplinaire, le lieu privilégié d'expression du concept de socialisation du droit.

---

[352] C'est l'objet de la thèse que défend XI FARAS (M.) in *La propriété. Etude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 12 : « la question de la propriété a bien été la grande question sociale du XIXe siècle ».

[353] « Socialiser le Droit, c'est le rendre plus compréhensif, plus large qu'il était, l'étendre du riche au pauvre, du possédant au salarié, de l'homme à la femme, du père à l'enfant (…) » : CHARMONT (J.), « La socialisation du droit », art. préc., p. 380.

C’est donc une dynamique socialisante qui anime et assure la vitalité du droit des biens. Elle installe dans son périmètre des considérations particulières. Elle amène à nuancer les distinctions qui atteignent personnes et biens. Les conceptions relatives à la propriété viennent au soutien du traitement des disproportions dans les conditions matérielles de vie des individus. La réflexion sur les biens et leur distribution nourrit l’entreprise de réduction de la diversité qui touche les différentes catégories sociales (Chapitre 1). Dans une certaine mesure, l’empreinte des conceptions sociales sur le droit des biens, amène également à constater qu’il est emporté dans un mouvement qui tient à la réduction de la diversité qui frappe les objets du *réel* (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'apport du droit des biens à la mise en œuvre des mécanismes de réduction de la diversité sociale

Le droit des biens entretient avec le projet d'une socialisation du droit des liens étroits. Dans des développements dédiés à la socialisation du droit au début du 20ème siècle, Charmont propose une définition au terme de laquelle socialiser revient à égaliser[354]. La perspective égalitaire est donc une idée qui se place au service de la socialisation du droit. La nécessité de socialiser le droit investit le discours juridique alors même qu'au plan matériel, du point de vue des ressources, les distinctions paraissent plus manifestes. Le constat de ces inégalités concrètes laisse apparaitre un profond décalage entre le progrès des techniques et des sciences et le véritable progrès social et juridique. Plus particulièrement, le progrès dans les découvertes et la production a accentué cette distance. Il a, dans le même temps, aggravé l'écart et le contraste dans la condition des individus.

Quelle est la part du droit dans cet éloignement entre les différentes catégories sociales ? La formule juridique n'est pas instantanée et l'enchainement des phénomènes distance toujours le droit. Si l'état du droit positif a semblé permettre à ces inégalités de prospérer, c'est donc le résultat de la lente élaboration des solutions juridiques. En effet, ainsi que le rappellent M. Borgetto et R. Lafore, cette fracture sociale renvoie au « problème finalement assez classique de l'adéquation du dispositif et du discours juridiques à la réalité sociale concrète »[355]. Si la question de l'égalité matérielle est une question de nature sociale elle n'en appelle pas moins une réponse juridique. Sur un plan disciplinaire, la contribution du droit des biens à la thématique égalitaire est évidente. C'est par la réflexion qui s'organise autour de l'appropriation qu'elle semble assurée[356].

---

[354] CHARMONT (J.), « La socialisation du droit », art. préc., spéc. p. 380

[355] BORGETTO (M.) et LAFORE (R.), *La République sociale, Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000, p. 12.

[356] « Il est indispensable de dire au peuple que si le progrès de la civilisation matérielle peut amener temporairement une inégalité de fait, le progrès du droit corrigera cette rupture d'équilibre en assurant une meilleure répartition des biens » : ROSANVALLON (P.), *La nouvelle question sociale…, op. cit.*, p. 56.

Dans l'ordre des propositions qui accompagnent la tentative égalitaire, il faut relever que « d'entrée, le concept d'égalité évoque l'idée de comparaison puis celle de partage »[357]. On remarque un ancrage significatif de la notion d'égalité dans le champ de l'hypothèse relative à la socialisation du droit, celle-ci favorise également l'inscription de la socialisation dans le droit des biens (Section 1). Ce premier point semble devoir être prolongé par une interrogation sur le thème de la répartition des biens. La thèse égalitaire renvoie à une disqualification des conceptions individualistes. Plus précisément cet effort pour installer l'égalité invite à jeter un pont entre l'individu et la collectivité. Il faut également prendre en compte au titre des développements sur la socialisation du droit les idées touchant à la mise en œuvre de la solidarité (Section 2).

Section 1 : L'établissement de la notion de socialisation dans le droit des biens par la référence à l'égalité matérielle

Elément du triptyque qui fonde la devise républicaine, le terme égalité désigne, *a priori*, dans le programme politique de la fin du 18ème siècle, un projet d'ordre général[358]. Le contexte social a, pourtant, peu à peu, fait évoluer la notion pour lui donner une coloration matérielle. Lorsqu'il s'agit d'envisager l'équivalente participation des individus à la vie économique, l'égalité devient un concept qui s'inscrit dans un ordre réaliste.

La notion d'égalité n'est pas unitaire. Elle connait une pluralité de sens. On relève une certaine variété des qualificatifs qui l'accompagnent. Entre tous, on saisit que l'égalité matérielle, sociale ou encore économique désigne un projet original. On perçoit, en effet,

---

[357] MAZIERE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, Préf. TEYSSIE (B.), Aix-en-provence, PUAM, 2003, p. 38.

[358] Sur ce thème v. BORGETTO (M.), *« La devise « Liberté, Egalité, Fraternité » »*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997.

dans la société du 19ème siècle, que l'égalité civile étant postulée, il reste à installer, sur le terrain, l'égalité concrète.

Appelée à se réaliser entre les hommes, la notion d'égalité ne saurait être assimilée à la stricte équivalence. Dans ce cadre, l'égalité n'est pas l'identité. Il faut réfuter, en la matière, toute idée d'uniformité. La diversité des conditions implique que l'égalité économique affiche certaines particularités. C'est précisément la singularité qu'affiche la notion d'égalité matérielle (§ 1) qui assure sa contribution aux idées relatives au progrès social (§ 2).

§ 1. La singularité de la notion d'égalité matérielle

Dans l'ordre des choses, la notion d'égalité invite à prendre en compte des éléments semblables, similaires. L'adjectif « égal » désigne, en général, la qualité de ce qui est pareil en quantité ou en valeur[359]. Cette première idée qui porte à considérer l'égalité en termes d'équivalence consacre une conception marquée sur un plan académique. Elle développe une vision essentiellement comptable de la notion. Pourtant, une réflexion à propos de l'égalité matérielle invalide un raisonnement purement algébrique. L'inégalité de départ disqualifie l'hypothèse que l'égalité matérielle soit une égalité de type mathématique (B). L'égalité matérielle est une égalité concrète qui est portée à l'épreuve des faits. Elle ne relève pas d'une pétition de principe, elle s'accomplit dans les faits. Elle complète nécessairement le principe d'une égalité civile (A).

[359] *Dictionnaire Le Robert*, éd. 2013, v° « Egal ».

A. Une égalité distincte de l'égalité civile

L'espace juridique est traversé par des tendances opposées. Leur permanence et leur succession correspondent à un phénomène inévitable car elles tiennent à la réalisation du droit ainsi qu'à l'effort constant de sa mise en relation avec des objectifs pratiques. Ainsi, « l'énumération de ces antinomies fondamentales, irréductibles et dialectiques pourrait indéfiniment se poursuivre : elles sont presque innombrables car elles touchent aux infinies facettes de la vie »[360].

La réflexion portant sur la réalisation d'une socialisation du droit est toujours de nature à révéler une large part du champ de ces oppositions. On le remarque en reprenant quelques paires de cette « litanie »[361] des contrastes. Il existerait, en effet, une certaine contrariété entre « la liberté et la nécessité, (…) le fait et le droit, (…) le juste et l'injuste, la rigueur et la compassion, l'intérêt privé et l'intérêt général, (…) la conservation et le mouvement, la raison et l'impératif, le riche et le pauvre, le fort et le faible, l'idéalisme et le réalisme, (…) le droit privé et le droit public, (…) la propriété privée et la propriété collective, (…) l'unité et le pluralisme, (…) les personnes et les choses »[362]. Cette somme n'est pas limitative. D'ailleurs, les derniers éléments qu'elle met en relief semblent indiquer qu'elle est susceptible de connaître des compléments. Lorsqu'il s'agit de distinguer puis d'établir un rapport entre l'individu et l'univers matériel, il apparaît que l'on peut ajouter au compte un autre couple de contradictions. Une étude sur les fondements de la socialisation du droit des biens amène, en effet, à confronter deux autres notions. Concernant le traitement

---

[360] MALAURIE (Ph.), « Les antinomies des règles et de leurs fondements », *in Le Droit privé français à la fin du XXe siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 30.

[361] *Ibid.*

[362] *Ibid.*

à réserver à chacun dans la société, il s'agit d'opposer l'idée d'égalité civile, abstraite et formelle à celle de « l'égalité sociale, égalité économique et concrète, égalité de fait devant la vie, égalité de résultat, égalité réelle, définie comme l'égale participation de tous à la jouissance des biens et à la charge des maux »[363].

L'écart qui sépare ces deux faces du principe d'égalité est, en réalité, à la mesure de la distance qui parait exister entre droit et fait, entre conceptions strictement juridiques et considérations plus généralement sociales. C'est donc dans une tension certaine que se développent les théories égalitaires. Bouglé le signalait en affirmant que si « peu d'idées semblent plus vivantes (…), plus agissantes et passionnantes que l'idée d'égalité des hommes »[364], on doit également retenir, qu' « il en est peu par suite qu'il soit à la fois plus tentant et plus malaisé de soumettre à une étude scientifique. Plus que jamais, poursuivait-il, on risque, devant un objet qui excite tant de sentiments divers, de confondre le vrai et le voulu, la réalité et l'idéal, la science, et la pratique »[365]. Il ressort alors que les principes à l'œuvre sur l'égalité mettent en cause d'autres combinaisons. Il apparaît que la notion d'égalité est, par essence, marquée par la dualité.

A l'abstraction de l'égalité formelle on oppose l'empirisme qui s'attache à l'évocation de l'égalité matérielle. Il semble donc que l'accomplissement d'une certaine égalité sociale soit le prolongement indispensable de l'égalité telle qu'elle se trouve posée au plan civil. L'une et l'autre se complètent nécessairement. Elles paraissent indissociables. L'égalité doit être établie dans les textes mais également dans les faits. C'est précisément parce que l'égalité de principe ou de départ, l'égalité prise sous une acception strictement juridique

---

[363] CORNU (G.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, *Travaux de l'association Henri Capitant*, (t. XIV, 1961-1962), 1966, p. 90.

[364] BOUGLE (C), *Les idées égalitaires – Etude sociologique*, Paris, Félix Alcan, 3ème éd., 1925, introduction, p. 1.

[365] *Ibid*.

ne résiste pas « devant la vie »[366], qu'elle doit s'accompagner d'une égalité concrète. Le principe d'une égalité devant la loi a souvent été de nature à masquer qu'à travers la perspective égalitaire se développent des conceptions éminemment sociales. On a souvent insisté sur la contrariété qui existait entre l'égalité formelle et l'égalité sociale, indiquant qu' « une égalité de droit risque toujours, dans son abstraction, de nier les inégalités naturelles et, dans son libéralisme, d'engendrer des inégalités sociales »[367]. Certains auteurs ont même souligné la part de cette égalité de droit dans la production des inégalités de fait. Estimant que toute égalité formelle se réalise au mépris de l'égalité sociale, Ripert écrit ainsi que « l'égalité devant la loi n'a servi qu'à légaliser l'inégalité sociale ; c'est une égalité formelle, elle empêche l'effort nécessaire pour rétablir l'égalité matérielle »[368].

En réalité, c'est en termes de complémentarité, qu'il est nécessaire d'appréhender les rapports entre les notions d'égalité formelle et d'égalité matérielle. Le contexte social imprime une perspective beaucoup plus large à la notion d'égalité que celle d'une simple cristallisation autour du principe d'égalité devant la loi. L'idée de socialisation du droit permet de donner du relief à cette ouverture, à un lien entre égalité de droit et égalité de fait. Sous la pression de données concrètes, « l'égalité civile doit être tentée dans un double rapprochement avec les inégalités naturelles d'une part, avec les inégalités sociales d'autre part, c'est-à-dire, pour chaque série, dans une recherche des multiples attitudes possibles du droit face aux inégalités de fait »[369].

---

[366] CORNU (G.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », art. préc., p. 90.

[367] *Ibid.*, p. 91.

[368] RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, réed. 1994, n°121, p. 304.

[369] CORNU (G.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », art. préc., p. 92 ; Tout est lié. L'égalité ne s'achève que par un certain degré d'égalité sociale. Dans sa forme la plus aboutie, elle reste plus large que la seule égalité des droits. La notion d'égalité s'entend de manière extensive. Quand elle se trouve saisie par le droit, elle doit donner lieu à trois formes d'expression. C'est réellement cet assemblage qui fonde la cohérence et l'efficacité du concept d'égalité. Pour l'appréhender complètement, il faut retenir que l'égalité renvoie aux trois faces décrites par J. RIVERO, v° « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *in Les notions d'égalité et de discrimination en*

Finalement, ces différents modes de mise en application impliquent des variations et des points de contact constants entre les idées d'égalité formelle et d'égalité réelle. Il apparait même que l'égalité matérielle est le départ nécessaire pour que l'égalité ne se réalise au plan des droits subjectifs. En effet, « sans une égalité matérielle minimale, relève J.-F. Spitz, l'égalité des droits risque de n'être qu'une chimère sans consistance ni réalité »[370]. La mise en scène d'éléments économiquement inégaux est de nature à attenter directement à l'accomplissement de l'égalité formelle. C'est une idée que développe Ripert en constatant que « lorsque l'égalité civile est réalisée aussi complètement qu'il se puisse concevoir, il devient plus sensible à tous que l'attribution des droits privés rend cette égalité chimérique. Plus ces droits confèrent de prérogatives, indique-t-il, plus leurs titulaires exercent de puissance dans la société. Il est purement théorique de dire que la propriété est accessible à tous puisqu'en fait elle est concentrée aux mains de quelques-uns »[371]. En réalité, l'inégalité dans les richesses compromet l'accès à l'appropriation. Plus généralement, l'inégalité des ressources invalide définitivement la possibilité d'une juste distribution des droits privés.

L'histoire de l'égalité matérielle est donc intimement mêlée à celle de l'égalité civile. Précisément, l'égalité concrète est un préalable indispensable à l'égalité de droit. L'égalité matérielle est une condition de l'égalité civile. Pour être parfaite, l'égalité matérielle doit nécessairement venir au soutien de l'égalité des droits. En développant ces caractéristiques, il est permis de retenir que l'égalité pourrait trouver un certain rétablissement dans le champ des biens. L'inégalité des conditions doit être corrigée dans l'ordre matériel. Les dissemblances de base qui affectent les hommes, au plan

---

droit interne et en droit international, *op. cit*., p. 349 : le principe s'entend nécessairement de la réunion d'une égalité *devant* la règle, d'une égalité *dans* la règle et d'une égalité *par* la règle. Selon cette dernière analyse, l'égalité matérielle doit être assurée au moyen de l'instrument juridique. C'est cette combinaison qui donne toute sa profondeur au concept de socialisation du droit. L'égalité matérielle qui est figurée *par* la règle impose de raisonner en termes d'opportunité. Elle suggère le point de vue pragmatique auquel se rallie l'acception sociale de la notion d'égalité.

[370] SPITZ (J.-F.), *L'amour de l'égalité …*, *op. cit*., p. 198.

[371] RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1948, p. 191.

économique, amènent à constater que l'égalité matérielle n'est pas non plus une égalité algébrique.

B. Une égalité distincte de l'égalité mathématique

La complexité de la question de l'égalité matérielle empêche qu'elle soit abandonnée à une discipline mathématique. La diversité qui frappe les individus dans les faits livre une évidence. Dans l'ordre humain, l'égalité ne saurait ressortir d'une simple somme. L'installation, entre les hommes, d'une égalité arithmétique est un objectif impossible à atteindre. Si elle semble représenter un « idéal »[372], sa réalisation pratique est mise à mal par « la résistance des faits »[373]. Il faut, en effet, tenir compte d'un contexte social qui réaffirme sans cesse, les inégalités de fait et parait commander l'échec de toute idée de substitution entre les individus qui composent la société. En réalité, avec la notion d'égalité de fait, c'est la possibilité de l'égalité entière qui est en cause. On ne peut considérer comme parties à l'addition des éléments si variés. D'emblée, l'idée s'inscrit en contradiction avec la logique algébrique. Elle ne saurait permettre d'attendre un quelconque résultat. L'objection est tout à fait transposable au domaine juridique. Assez simplement, « l'égalité est lésée (…) lorsque des êtres inégaux se voient réserver un régime identique »[374].

L'opération qu'indique de mettre en œuvre l'idée d'égalité concrète s'apparente davantage à une réduction. Pour tendre à l'égalité, il s'agit de retrancher du compte les inégalités de

---

[372] VILLEY (M.), « Préface historique », *in Formes de rationalité en droit, APD.*, t. 23, 1978, p. 3.

[373] *Ibid.*

[374] RENAULD (J.-G.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil belge », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, *op. cit.*, p. 134.

fait. L'effort pour installer l'égalité réelle impose d'apprécier l'ampleur du travail non pas selon une rigueur mathématique mais en « proportion »[375]. Cette notion implique nécessairement des différentiations à raison « des caractéristiques propres des sujets considérés »[376]. L'égalité qui pourrait en résulter est une égalité de traitement. La réalité n'est pas lisse. Elle révèle, au plan social, une certaine superposition des conditions. L'égalité dans le traitement permet de mettre en œuvre le critère le plus adapté à une réalité complexe et multiforme qu'il faut organiser. On couvre souvent l'idée d'égalité de compensation d'une coloration négative en l'assimilant à celle de discrimination. Pourtant, elle n'est que la traduction d'un état de la société. Dans ce cadre, la notion d'égalité connait des atteintes licites. Ainsi que l'ont relevé certains auteurs, il apparait qu'elle « n'est pas violée si la loi traite différemment des hommes qui n'ont pas la même situation, ou encore si elle vient au secours de ceux qui sont, suivant l'expression moderne, les « économiquement faibles » »[377]. A la vérité, de ce point de vue, l'égalité n'est pas transgressée puisqu'elle ne tient plus. Elle est hors-jeu dans la mesure où, techniquement, elle est censée mettre en scène des éléments susceptibles d'être comparés. Ici, la diversité des cas envisagés fait naturellement obstacle à son intervention. En effet, comme le souligne P. Mazière, « la notion de situation comparable est (…) l'une des clés qui gouvernent la mise en œuvre des règles égalitaires. Elle s'inscrit, ajoute-t-il, dans une appréciation équitable de leur fonctionnement, justifiant des inégalités lorsque les situations comparables sont différentes, voire le retrait pur et simple de la raison égalitaire lorsque les situations sont non-comparables »[378].

Sa conception algébrique soumet la notion d'égalité à un régime trop astreignant pour qu'elle puisse être retenue à l'échelle des rapports humains. Dans un ordre réaliste, elle est

---

[375] *Ibid*.

[376] *Ibid*.

[377] RIPERT (G.), *Le déclin du droit*, *op. cit*., p. 34.

[378] MAZIERE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, *op. cit*., p. 90.

rapidement balayée. Pour parvenir à un minimum d'égalité dans les faits il faut adopter une formulation qui offre une large couverture. La notion d'équité intervient assez naturellement pour appréhender la thématique égalitaire. Elle renvoie à l'idée relativement enveloppante de « situation acceptable »[379]. La participation de l'équité au débat égalitaire paraît essentielle. Elle constitue une référence qui permet de mettre en rapport les faits et le droit. Le recours à l'équité est une étape intermédiaire vers l'accomplissement de l'égalité réelle. Il faut, en effet, retenir que « l'inégalité étant consubstantielle à l'affirmation même de l'égalité, le principe nécessairement supérieur qui les distingue ne peut-être que l'équité. Ce dernier embrasse l'ensemble de la question égalitaire »[380].

L'équité figure, dans la réalité, la notion d'égalité. Elle contribue à la construction de la réflexion autour des moyens de sa réalisation. L'équité est davantage ancrée dans les faits que le pur concept d'égalité. Selon cette analyse, il existerait un certain décalage entre l'égalité et l'équité. Certains ont d'ailleurs insisté sur ce point. Selon François Terré, il est nécessaire de remarquer l'« opposition entre un concept et ce qui ne se perçoit bien qu'en termes concrets, l'équité étant appelée à compléter, à corriger, voire à remplacer l'égalité »[381]. Au terme d'une interprétation plus nuancée, d'autres auteurs envisagent la complémentarité qui lie l'équité et l'égalité en indiquant que « l'équité, loin de faire disparaître le principe d'égalité en enrichit l'acception »[382]. Elle est, en définitive, le révélateur qui conduit à passer l'épreuve des exigences réelles. Dans cette conception, l'équité ne concurrence donc pas l'égalité. Il apparait même comme une permanence que « le lien entre l'égalité et l'équité demeure si étroit qu'on en vient – ou revient – à considérer qu'elles sont les deux faces d'une même valeur qui ne se comprend (…) qu'à

---

[379] *Ibid.*, p. 75.

[380] *Ibid.*

[381] TERRE (F.), « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *in L'égalité, APD.*, t. 51, 2008, p. 21.

[382] FOULETIER (M.), *Recherches sur l'équité en droit public français,* th. Bordeaux, 2005, p. 265.

partir et dans sa mise en œuvre »[383]. L'équité assure l'installation de la notion d'égalité dans la complexité des faits. Le principe d'un traitement équitable est une des clés du succès de l'entreprise égalitaire. Dans ce schéma la réalisation de l'égalité formelle passe par l'atténuation des inégalités de départ. L'équivalence qui lie, par principe, les individus sur le terrain juridique, doit se retrouver dans leur capacité à exercer concrètement les droits dont on les dote. Le juriste semble donc autorisé à « modeler la règle sur les situations réelles, de traiter distinctement les réalités différentes »[384]. La posture justifie ainsi que soit substituée « à l'égalité recherchée dans la généralité (…) une égalité par la différenciation »[385].

Dans la réalité, l'égalité commande que l'on mette en évidence des situations comparables. La mise en œuvre d'une égalité dans les faits impose de tenir compte des particularités de la cause. Elle suppose que soit ajoutée à l'égalité de principe une égalité par la compensation[386]. C'est parce que l'égalité est une condition de la justice sociale que la notion connait deux formes d'expression. La notion de justice comprend celle d'égalité. Elle l'inclut dans son champ intellectuel. Il faut repérer la part de l'égalité dans l'accomplissement de la justice. La quête d'une justice au plan social passe nécessairement par l'installation d'une certaine forme d'égalité. Ce point est un élément fondamental de la pensée démocratique. Ainsi que le souligne Ripert, « l'idéal c'est la passion de la justice, car l'égalité est la forme la plus élémentaire, mais aussi la forme la

---

[383] TERRE (F.), « Réflexions sur un couple instable … », art. préc, p. 27.

[384] RIVERO (J.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », art. préc., p. 343.

[385] *Ibid*.

[386] C'est l'idée que défend d'ailleurs J. RIVERO v. « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », art. préc., p. 360 : « Les deux pentes, précise-t-il, culminent vers le même sommet ; l'erreur serait de les considérer isolément, de s'hypnotiser sur les particularités des hommes *situés* jusqu'à perdre de vue la permanence de la personne humaine à travers tous les accidents, ou, à l'inverse de se confiner dans la seule contemplation de l'essentielle égalité naturelle en négligeant les obstacles que les inégalités de fait opposent à l'épanouissement de la personne. En se gardant, spontanément en quelque sorte, de ces écueils inverses, en s'attachant à la généralité de la règle là où la personne est en cause, à son adaptation au concret là où il se trouve en présence des hommes face à leurs travaux et à leurs peines, le droit (…) français demeure sans doute fidèle à l'inspiration profonde qui est à la racine du principe d'égalité ».

plus sensible de la justice. Le droit nous apparaît d'autant plus juste qu'il fait à tous une condition égale. Réaliser l'égalité c'est donc lutter pour le triomphe de la justice »[387]. Néanmoins, l'idée de justice désigne un objectif qui dépasse la seule réalisation de l'égalité, au point que, sous un angle pragmatique, « la finalité première du droit [est] la justice »[388]. Egalité et justice entretiennent, d'un point de vue concret, des liens étroits. L'égalité est une composante, une modalité d'expression de la justice. Parmi les moyens qui permettent de mettre en relief la justice, elle « en est assez naturellement la réalisation la plus manifeste, si ce n'est le prolongement ultime »[389]. Cette intimité que partagent les notions d'égalité et de justice parait justifier l'intervention protectrice du législateur en faveur de certaines catégories. Dans un système qui privilégie la recherche de la justice[390], le droit se place nécessairement au service d'une justice égalitaire l'inégalité formelle compensatrice des écarts entre hommes[391]. La thématique égalitaire est donc une pièce centrale dans l'élaboration d'une justice sociale et matérielle.

La question de l'égalité économique engage à la recherche d'un certain équilibre entre les catégories sociales. Elle prescrit de « ne pas raisonner en terme d'individus mathématisés par des rapports d'égalité mais à raisonner en terme de liens entre individus dans lesquels doit être maintenu un équilibre entre les différences et l'égalité »[392]. La démonstration tend à établir que, dans le cadre d'un projet social, l'installation d'une égalité de type mathématique aboutit à créer une distance entre les différents éléments dont la société doit

---

[387] RIPERT (G.), *Le régime démocratique …*, *op. cit*., p. 85.

[388] TERRE (F.), « Réflexions sur un couple instable … », art. préc., p. 21.

[389] *Ibid*.

[390] « Tout droit n'est qu'un essai de réaliser un des multiples aspects de la Justice dans les milieux sociaux les plus divers et les plus variés », GURVITCH (G.), *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946, p. 73.

[391] V. sur ce point CORNU (G.), « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », art. préc., p. 87 et s.

[392] JEULAND (E.), « L'égalité dans les liens de droit », *in L'égalité*, *op. cit*., p. 36.

pourtant conforter le destin. Une telle conception contribue à la détérioration du lien social. La réflexion sur l'égalité matérielle doit, pourtant, tout au contraire, favoriser, selon la conception retenue, le progrès social.

§ 2. L'importance de la recherche d'égalité matérielle dans la réalisation du progrès social

L'égalité matérielle est en rapport avec les conceptions liées à la réalisation du progrès social. L'idée est récurrente dans le discours doctrinal du 19ème siècle. L'égalité réelle assure l'avènement de la justice sociale et donne un sens à l'association des individus. Alors que la société industrielle a permis une revanche sur la rareté des ressources, la compétition se prolonge tout de même lorsque l'on envisage l'accès aux biens. L'égalité matérielle des situations ne se conçoit qu'à travers la diffusion de la propriété à une communauté élargie (B). En s'accentuant, l'intérêt pour l'appropriation des biens a produit un effet négatif. La sauvegarde de son bien-être matériel porte l'individu à se replier sur lui-même. L'accomplissement de l'égalité dans les conditions matérielles d'existence impose pourtant de combattre un individualisme trop radical (A).

A. La disqualification des conceptions individualistes

L'égalité dans la généralité affiche une nette tendance à rallier les conceptions individualistes. Il faut saisir que, dans certaines hypothèses, la tentative égalitaire est susceptible de compromettre la structure sociale. Le danger est particulièrement intense dans les périodes « où le balancier revient fortement vers l'exigence individualiste et tend

à oublier la nécessité de l'union sociale autour d'une certaine forme d'égalité »[393]. L'écart qui figure l'idée d'égalité suggère, à première vue, que l'univers déployé par la question égalitaire abrite une part de « vide »[394] dans lequel pourrait se loger une certaine « incertitude»[395]. C'est proprement le symbole « égale » qui laisse une place à l'introduction de, ce que certains ont désigné sous le terme d' « asymétrie corruptrice »[396].

Contre tout *a priori*, le discours égalitaire doit s'élaborer en dehors de toute dépendance avec les principes individualistes. La restauration des liens sociaux distendus passe par « un constant dialogue avec une forme de pensée préoccupée avant tout de mettre en lumière la façon dont les rapports inégalitaires entre les citoyens menacent la texture même de leur union »[397]. La discussion sur l'égalité réelle et matérielle doit amener à une saine reconstruction du schéma social. Derrière la distance qui sépare les différentes catégories que met en scène le contexte social c'est l'harmonie des rapports individuels qui se joue. Sans un minimum d'égalité sociale, il est à craindre que la liaison qui s'établit entre les individus se révèle artificielle et ne « soit autre chose qu'une apparence et que, derrière le voile, ne transparaisse jamais la réalité du conflit secret, de la coexistence à peine pacifique de deux sociétés non pas unies mais rivales et aux intérêts opposés »[398]. L'entreprise égalitaire impose de mettre en balance des intérêts divergents. Elle doit permettre de se saisir les prétentions les plus variées.

L'inégalité matérielle favorise, en effet, un individualisme qui met en danger le lien social. Dans le même temps, l'inégalité sociale a tendance à s'accroître sous l'effet des

---

[393] SPITZ (J.-F.), *L'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme républicain en France 1770-1830*, Paris, Vrin EHESS, 2000, p. 7.

[394] JEULAND (E.), « L'égalité dans les liens de droit », préc., p. 35.

[395] *Ibid*.

[396] SPITZ (J.-F.), *L'amour de l'égalité …*, *op. cit.*, p. 198.

[397] *Ibid*., p. 8.

[398] *Ibid*., p. 10.

conceptions juridiques individualistes. Certains ont indiqué dans ce sens que « tout individualisme, proteste contre l'égalité. Par le fait même que l'individualisme prétend émanciper les individus, il émancipe des inégalités, il est inégalitaire par essence »[399].

Les formules juridiques doivent permettre d'appréhender les inégalités de fait. Le droit est censé fournir un correctif adapté pour éviter qu'elles ne se pérennisent sous l'empire du simple exercice des prérogatives individuelles et privées. La tentative égalitaire est affaire de conciliation. C'est ainsi, qu' « entre des prétentions opposées, l'égalité apparaît comme une transaction acceptable par tous : chacun ne perdant pas trop s'il n'obtient pas tout ce qu'il désirait »[400]. Cet impératif se dégage de la diversité des situations que couvre la thématique égalitaire. Dans l'ordre social, la question égalitaire se déploie entre deux bornes très éloignées. Comme l'explique A. Minc, elle est appelée à se manifester « aux deux extrêmes de l'arc-en-ciel social : du côté des exclus que tout condamne, du côté des « brahmanes » auxquels tout réussit »[401]. L'image traduit en réalité l'écart dans lequel s'insère le concept d'égalité. Pour employer des termes plus généraux, les principes égalitaires doivent assurer le sort des faibles et des forts, des « petits » et des « gros »[402].

La perspective égalitaire indique d'œuvrer à la faveur d'une rupture avec les préceptes individualistes. Plus précisément, c'est l'individu dans sa singularité qui doit être au centre du schéma égalitaire. Cette analyse suppose une révision des rouages profonds de la machine à fabriquer de l'égalité, qui « conçue pour produire de l'identité en guise

---

[399] SCHATZ (A.), *L'individualisme économique et social : ses origines, son évolution, ses formes contemporaines*, Paris, A. Colin, 1907, p. 507 ; l'auteur poursuit : Le droit, c'est-à-dire l'expression de l'utilité sociale connue par l'expérience héréditaire des hommes réunis, exige seulement qu'il y ait égalité pour les individus dans les conditions d'exercice de leur activité et de leurs facultés ; l'égal exercice de facultés inégales ne peut produire que des inégalités ».

[400] DEMOGUE (R.), *les notions fondamentales …*, *op. cit.*, p. 138.

[401] MINC (A.), *La machine égalitaire*, Paris, Grasset, 1987, p. 81.

[402] RIPERT (G.), *Le Régime démocratique…*, *op. cit.*, n° 90, p. 161, l'auteur indique : « il s'agit de faire des distinctions dans la catégorie des personnes ayant une même situation juridique et de donner à ceux que l'on appelle les « petits » des droits qui n'appartiendront pas aux autres, qui ne sont pas qualifiés par le législateur, mais qu'il faut appeler les « gros » ou les « grands ».

d'égalité, […] ne sait pas faire de l'individualisme la forme supérieure de l'aspiration égalitaire »[403]. L'égalité n'est pas l'identité stricte[404]. L'égalité sociale ne peut se concevoir que dans la différentiation. Les théories égalitaires doivent permettre d'appréhender la diversité sociale. La réflexion sur l'égalité réelle doit amener à assouplir les distinctions, à relever certaines conditions et à assurer le progrès social[405]. Il convient, en effet, de saisir comme le souligne Ripert que l'idéologie égalitaire est un facteur de progrès et qu'elle incarne « le facteur dynamique par excellence »[406].

La promotion de l'égalité matérielle s'inscrit dans la ligne d'expression d'une justice sociale. C'est dans ce sens que s'entend la formule démocratique. Selon celle-ci, « tous ceux qui, par leur âge, leur état intellectuel, leur inexpérience, leur pauvreté, leur impossibilité d'agir ou de comprendre, sont dans la société plus faibles que les autres ont droit à la protection légale. Il faut les protéger rétablir l'égalité »[407]. La thématique égalitaire participe donc de l'accomplissement de la justice et du progrès social. Elle constitue l'aboutissement du projet démocratique. Certains ont insisté sur cette idée que « la faveur dispensée aux faibles est appelée Justice. Elle se justifie en effet par le désir d'égalité. (…) Qui est faible a le droit d'être protégé. Par ce relèvement de la condition des malheureux, le progrès social sera réalisé et le désir de progrès est l'idéal de la démocratie»[408]. L'égalité économique est susceptible de conforter le lien social. La réduction des inégalités vise, en effet, à expurger les rapports entre individus de toute conflictualité en assurant la promotion *du social*.

---

[403] *Ibid*.

[404] PELISSON (E.), *Les discriminations*, *op. cit.*, p. 28.

[405] Lequel « consiste dans la réparation de l'inégalité » : RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, *op. cit*., n° 121, p. 304.

[406] *Ibid*., n° 33, p. 91.

[407] RIPERT (G.), *Le régime démocratique …*, *op. cit*., p. 146.

[408] *Ibid*., p. 147.

Les idées égalitaires exercent une grande influence. A première vue, « elles reposent sur un fond de jalousie »[409]. Elles paraissent donc pouvoir conforter un certain individualisme et mettre en péril les rapports humains. Elles semblent à même de déstabiliser l'union des individus et la structure sociale. Il faut donc défaire les thèses égalitaires de l'emprise des conceptions individualistes. Il convient également de construire une réflexion juridique organisée autour de l'égal accès de chacun aux ressources. Si le thème de l'égalité oppose, au plan social, riches et pauvres, comme le soulignait déjà Tocqueville dans son ouvrage, *De la Démocratie en Amérique*[410] c'est bien qu'il est en relation directe avec l'idée de possession. La question égalitaire, dans la mesure où elle comprend une dimension matérialiste, invite à interroger les ressorts profonds du droit des biens.

B. La promotion de l'appropriation

On affirme régulièrement que l'égalité concrète doit demeurer « une idée-force (…) au service d'une orientation sociale du droit »[411]. Un autre plan amène à considérer que, tant que des inégalités subsistent d'un point de vue matériel, au regard des fortunes, « le droit de propriété, le droit des biens n'a (…) pas terminé sa carrière »[412]. La tentative égalitaire indique, dans le champ même de cette discipline, de parvenir à atténuer ces distinctions. Il convient de déduire de ces propositions que l'égalité réelle est un principe élémentaire qui désigne substantiellement la direction sociale que doit prendre le droit des biens. Son accomplissement informe donc sur l'état de socialisation du droit des biens.

---

[409] DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales …*, *op. cit.*, p. 138.

[410] *De la Démocratie en Amérique*, t. I, Paris, Ch. Gosselin, 8ème éd., 1840, *introduction*, p. 3.

[411] CORNU (G.), « Rapport sur les notions d'égalité … », art. préc., p. 83.

[412] SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales …*, *op. cit.*, p. 412.

Le concept de socialisation du droit contribue largement à enrichir la réflexion sur l'égalité réelle. Dans l'esprit de ses promoteurs en se socialisant le droit doit pouvoir être étendu du riche au pauvre ou encore du possédant au salarié[413]. Il y a dans de tels développements une invitation à installer davantage d'égalité sociale. Cette entreprise vise à compenser, réduire ou atténuer les distinctions pour placer sur un même plan les différentes catégories qui s'illustrent dans le champ juridique et qui entendent participer à l'organisation de l'univers matériel. L'étymologie du terme égalité suggère une telle piste. Par référence à ses origines latines (*aequalitas*), l'idée d'égalité renvoie à l'action d'aplanir. En réalité, l'œuvre égalitaire est en quelque sorte de nivellement. Il faut étendre et favoriser l'accès aux richesses disponibles. Cette réalité amène à considérer que l'égalité qui doit s'exprimer est avant tout « économique et sociale »[414]. Le droit des biens est directement sollicité en ce qu'il détient, dans ses contours, le débat relatif à l'installation d'une part de justice dans l'appropriation.

C'est principalement le contexte matériel qui marque le 19ème et le 20ème siècle qui a participé à installer le droit des biens au centre des développements relatifs à l'égalité. Dans le champ des ressources, la conception de l'égalité laisse place à des représentations, à des aspirations éminemment concrètes. Elle confine, en effet, directement à l'idée de bien-être. Elle active également certaines émotions. Ainsi, comme le relèvent certains auteurs, « un sentiment de jalousie domine les humains dans une société où chacun cherche dans la jouissance des biens le bonheur qui le fuit »[415]. La disparité des fortunes rend donc sensible l'inégalité qui frappe les individus. Le constat s'aggrave encore si l'on envisage d'autres traits révélant la teneur des rapports humains : l'avidité et la convoitise. Lorsqu'on les place en position de détenir des biens. « Les hommes, écrit Ripert, ne cessent de désirer et la satisfaction accordée ne saurait jamais épuiser un désir. En se

---

[413] CHARMONT (J.), « La socialisation du droit », art. préc., p. 380.

[414] PELISSON (E.), *Les discriminations*, Ellipses, 2007, p. 20.

[415] RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit, op. cit.*, n° 121, p. 304.

renouvelant il se fortifie »[416]. Cette posture est particulièrement significative de la relation qu'entretient l'homme avec l'univers matériel. Dans ce contexte l'intérêt pour l'appropriation ne se dément pas. L'« appétit de la propriété »[417] est un fait constant qui ne peut être contenu ou régulé.

Dans ce schéma égalitaire, le critère de la situation de fortune a concouru à ce que la société se recompose autour de deux pôles : les pauvres et les riches. Il convient de tempérer cette dualité qui oppose, au plan économique, la catégorie des faibles et des forts. Toute entreprise visant à établir l'égalité commande de mettre en œuvre une forme d'uniformisation. Tocqueville avait évoqué cette tendance pour y déceler l'expression d'un ordre démocratique. « Tous les procédés qui se découvrent, écrit-il, tous les besoins qui viennent à naître, tous les désirs qui demandent à se satisfaire, sont des progrès vers le nivellement universel. Le goût du luxe, l'amour de la guerre, l'empire de la mode, les passions les plus superficielles du cœur humain comme les plus profondes, semblent travailler de concert à appauvrir les riches et à enrichir les pauvres. (…) Une passion mâle et légitime pour l'égalité qui excite les hommes à vouloir être tous forts et estimés. Cette passion tend à élever les petits au rang des grands ; mais il se rencontre aussi dans le cœur humain un goût dépravé pour l'égalité, qui porte les faibles à attirer les forts à leur niveau, et qui réduit les hommes à préférer l'égalité dans la servitude à l'inégalité dans la liberté »[418].

Les thèses égalitaires répondent au souci de rétablir un équilibre de fait entre les forces qui s'illustrent dans la société. La disparité de moyens qui affecte les hommes trouve sa source dans l'expression d'une puissance. Elle résulte, en particulier pour le 19ème siècle, de la concentration des avantages entre les mains d'un groupe. Cet état permet progressivement l'installation d'une instabilité qui favorise désordre, précarité,

---

[416] *Ibid.*, n° 80, p. 91.

[417] *Ibid.*, p. 198.

[418] TOCQUEVILLE (A.), *De la Démocratie en Amérique*, t. I, op. cit., p. 5.

subordination et domination[419]. Il détermine à la charge de « la classe la plus nombreuse et la plus active » une certaine « inégalité de dépendance, et même de misère » selon les mots de Condorcet[420]. Cette réalité sociale laisse apparaître un décalage qui fragilise l'état de démocratie, de justice et de progrès des civilisations. Il faut en effet concevoir que l'inégalité des richesses, « l'inégalité excessive des fortunes est nuisible à la liberté, à la morale et à la prospérité d'une nation »[421]. J.-F. Spitz met en garde en précisant que « cette inégalité est tout d'abord ennemie de la liberté de tous au sens où elle maintient entre les classes des barrières et des différences de moyens qui permettent aux plus riches de tenir les moins bien pourvus dans la dépendance de leur bonne volonté, et de leur imposer en plusieurs circonstances de déférer à leur désirs et à leurs intérêts »[422]. L'égalité pour être accomplie doit être assurée au plan économique. L'auteur poursuit, par conséquent, en affirmant que la formule égalitaire doit, tout au contraire, permettre un renouvellement de la réflexion sur les moyens de générer des richesses et de proposer un mode de juste allocation des biens. En effet, « plus la répartition des biens est inégale, précise-t-il, plus une part importante des ressources se stérilise, se cache ou se dépense en articles de vanité. Une plus grande égalité accroît au contraire la circulation des richesses en créant des clients solvables, et elle contribue à orienter la production vers des objets capables de satisfaire des besoins naturels et non des besoins de vanité. Comme la population se proportionne nécessairement à la quantité de ces moyens de jouissance produits chaque année, on voit aisément que le bonheur public ne peut résider que dans une distribution

---

[419] L'idée de domination d'une catégorie par une autre est marquée par la fameuse empreinte des théories marxistes. A l'exception des collectivités primitives ce dualisme est constitutif et fondamental, il assure la marche des communautés. Leur instigateur a initié une réflexion sur l'aliénation qui naît du travail. Dans nos sociétés modernes, on connait donc une nouvelle opposition, accentuée par le contexte capitaliste, entre la classe prolétarienne et le patronat. Ces développements s'insèrent largement dans le cadre des conceptions égalitaires. Ils reprennent des éléments théoriques significatifs sur le lien établi entre le contexte économique et l'amplification des inégalités de fait. : MARX (K.), *Le capital*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2008.

[420] CONDORCET (N.), *Esquisse d'un tableau des progrès de l'esprit humain*, cité par SPITZ (J.-F.) in *L'amour de l'égalité …*, *op. cit*., 198.

[421] SPTIZ (J.-F.), *L'amour de l'égalité*, *op. cit*., p. 195.

[422] *Ibid*., pp. 95-96.

plus égales de ces jouissances, et que celle-ci ne sauraient se concentrer en un point sans manquer cruellement dans un autre »[423].

C'est autour de la thématique de l'appropriation que s'élaborent les termes de cette suprématie d'un groupe sur un autre. Pourtant, dans la conception sociale de l'idée d'égalité, la propriété ne doit pas fournir l'occasion d'une telle domination. Tout à l'inverse, elle est censée donner « l'espérance d'un ordre meilleur »[424]. La perspective d'un accès plus large aux ressources, à l'égalité économique, produit une certaine faveur de principe à l'endroit de l'idée de propriété. Les revendications égalitaires cristallisent les attentes des plus démunis autour de l'acquisition des biens. Dans cette expectative, « les pauvres, précise encore J.-F. Spitz, ont intérêt à la conservation du droit de propriété parce qu'il protège les biens dont ils sont dépourvus aujourd'hui mais dont ils ont l'espoir de jouir demain. C'est alors qu'on peut dire que les pauvres ont intérêt à la puissance de la loi, parce qu'elle protège le produit de leur travail grâce auquel ils ont les moyens de se rapprocher des positions dont ils sont aujourd'hui écartés. C'est alors que les pauvres n'ont aucun motif de jalouser les riches ni de les haïr parce qu'ils ont la possibilité d'accéder eux-mêmes à ce statut. C'est alors, aussi que les riches cessent de mépriser les pauvres et de se montrer arrogants à leur endroit car ils savent que, sous peu, ils pourraient bien être leurs égaux »[425].

Le thème de la propriété insuffle une certaine dynamique aux aspirations égalitaires. On sait qu'au 19ème siècle, avec le développement du capitalisme, la masse la plus discriminée par cette « prodigieuse inégalité de forces économique »[426] est celle des ouvriers. Il s'agit donc d'appréhender, à travers la thématique égalitaire cette «question sociale» particulière

---

[423] *Ibid.*, pp. 199-200.

[424] RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 33, p. 90.

[425] SPITZ (J.-F.), *L'amour de l'égalité …*, *op. cit.*, p. 218.

[426] WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Préf. MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), Paris, Dalloz, 2007, p. 186.

qu'est la question ouvrière. Ainsi saisie, la discipline juridique est rappelée à sa fonction profonde. En intervenant dans le champ matériel des ressources, le juriste tient en considération des problèmes de nature sociale. Or, comme en témoigne Bonnecase, « le Droit qui règle les rapports des hommes dans la société, qui dicte à la communauté sociale ses principes, n'est que la solution synthétique des questions sociales »[427].

L'hypothèse tenant à la nécessité de mettre en œuvre une socialisation du droit des biens n'est pas une formule abstraite. Elle connait des prolongements très ancrés dans la réalité. Elle repose sur une tentative concrète : conduire un projet égalitaire en perspective d'un plus large accès à la propriété. Toutefois, elle pourrait aisément servir de prétexte aux interprétations plus étroites et dangereuses de l'égalité sociale. La synthèse égalitaire ne doit pas représenter un frein à toute initiative individuelle. Selon les recommandations de certain, en effet, la synthèse égalitaire n'a pas pour effet de « faire comparaître à la barre du tribunal le propriétaire indépendant, l'industriel actif, le patron impérieux, le créancier rigoureux, le plaideur intransigeant (…) [en] leur enlevant le droit dont ils essayaient de se servir »[428]. S'il convient, dans le domaine même des richesses et des biens, d'engager un travail qui consiste grossièrement à avantager les faibles et à désarmer les forts, on court également le risque, dans l'application du principe, de désaccorder les deux parties de cette proposition. Les auteurs prescrivent, en effet, de ne pas y voir deux objectifs indépendants et détachés de toute logique de causalité.

La situation de fortune établie sert de critère à un rééquilibrage. Elle ne permet pas, au terme de l'entreprise égalitaire, d'établir entre toutes les catégories une stricte équivalence des ressources. Dans le domaine matériel, l'identité des moyens est une illusion. Néanmoins, la tentative égalitaire offre la perspective de réfléchir sur la répartition des richesses entre les membres de la société. C'est donc la portée matérielle de la notion d'égalité qui assure la coopération du droit des biens à la question égalitaire. Elle le

---

[427] BONNECASE (J.), *La notion de droit en France au XIXème siècle*, Paris, Broccard, 1919, p. 178.

[428] RIPERT (G.), *le régime démocratique …*, *op. cit.*, p. 219.

désigne comme lieu de réflexion sur les ressorts de l'appropriation des biens disponibles. Plus spécifiquement, elle invite à organiser une réalité où chacun puisse acquérir des chances comparables d'exercer concrètement les droits subjectifs. Cette égalité réelle est nécessaire « afin que tous puissent participer, à chances à peu près égales, au jeu social »[429]. Afin d'assurer le progrès, au plan économique et social, les principes égalitaires doivent nécessairement être secondés par l'intervention de l'idée de solidarité. Ce que l'on nomme, à l'heure actuelle, la cohésion sociale, passe par la promotion de la solidarité qui développe le sentiment d'appartenance à la collectivité mais qui suppose également d'assurer l'émancipation de chacun et la protection de tous les individus en prolongeant le débat sur la réduction des inégalités.

Section 2 : L'établissement de la notion de socialisation dans le droit des biens par la référence aux idées solidaristes

Le contexte social de la fin du 19ème siècle a favorisé l'installation de l'idée de solidarité. La gravité de la «question sociale» invite à l'élaboration d'un nouveau paradigme. Elle impose d'interroger d'une manière inédite les rapports qu'entretiennent entre eux les membres de la société et ceux qui lient chaque individu ou groupe à la société. La solidarité est convoquée pour refonder le lien social entre des individus que la Révolution française a émancipé et déclaré égaux en droits. Cette perspective amène à constater les ressorts collectifs de la vie sociale. Le principe de la solidarité invite à développer une interdépendance active dans la société. Issu du droit, il exerce une certaine influence sur les conceptions juridiques en remettant en cause les préceptes individualistes.

On ne peut ignorer que l'idée de solidarité s'est largement répandue dans la science sociale naissante. Durkheim lui consacre de longs passages dans son ouvrage intitulé *De*

---

[429] BORGETTO (M.) et LAFORE (R.), *La république sociale …*, *op. cit*., p. 273.

la division du travail social[430]. A la solidarité par similitude qui marque les sociétés traditionnelles, il oppose la solidarité par différentiation spécifique aux sociétés modernes. Produite par la division du travail social, cette dernière résulte de la spécialisation croissante des tâches industrielles. Cette solidarité organique qui repose sur la complémentarité des activités contribue à asseoir l'idée d'une nécessaire coopération entre les individus au sein de la société. Dans la sociologie durkheimienne, la solidarité caractérise la vie sociale. Les développements consacrés à la solidarité organique sont également l'occasion de dire l'intérêt qui doit être porté aux choses et d'évoquer le rapport qui unit la chose à la personne[431]. Ils paraissent révéler une certaine intimité entre le thème de la solidarité et la question de la propriété. L'établissement des idées solidaristes dans les contours du droit des biens est donc tout à fait envisageable.

La conception durkheimienne de la solidarité a participé à faire émerger le social comme mode de gouvernement de la société. Dans une genèse de l'Etat providence, Jacques Donzelot[432] a clairement établi que le droit social reposait sur la mise en œuvre de la solidarité. L'idée de solidarité assure donc la promotion d'une conception sociale du droit. Elle constitue un des fondements de la notion de justice sociale (§ 1). Dans le champ théorique la solidarité alimente un discours socialisant et désigne une véritable doctrine sociale (§ 2).

---

[430] *De la division du travail social, op. cit.*

[431] « Les choses, en effet, font partie de la société tout comme les personnes et y jouent un rôle spécifique ; aussi est-il nécessaire que leurs rapports avec l'organisme social soit déterminés. On peut donc dire qu'il y a une solidarité des choses dont la nature est assez spéciale pour se traduire au dehors par des conséquences juridiques d'un caractère très particulier » : Ibid., p. 84.

[432] DONZELOT (J.), *L'invention du social : Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Seuil, 1994.

§ 1 : La solidarité : un fondement de la justice sociale

Le thème de la solidarité se développe dans une étroite dépendance avec la question de la justice matérielle. Plus généralement, il soutient le débat relatif à l'installation d'une justice sociale. C'est la permanence des liens entre solidarité et équité (A) qui justifie cette participation. En effet, la corrélation que l'on relève entre ces deux idées suggère une réflexion sur la mise en œuvre d'une répartition équitable des ressources entre les individus. Le débat sur la légitimité de la propriété nait dans l'espace théorique dédié à la solidarité. Au 19ème siècle, la question du paupérisme sollicite également l'intervention de la notion. Par les contours collectifs qu'il mobilise, le concept de solidarité permet de concevoir l'idée de socialisation du paupérisme (B).

A. La permanence des liens entre solidarité et équité

Le système social qui s'installe à la fin du 19ème siècle paraît favoriser les principes d'association et de collaboration entre les individus. Le thème qui permet et facilite ces transactions est celui de la solidarité. En réalité, la solidarité est le prolongement nécessaire de l'égalité matérielle. Elle est au fondement de l'accomplissement d'une égalité réelle. C'est la permanence des liens qui unissent les idées d'égalité et de solidarité qui donne sa vigueur à la seconde notion. L'attachement au sentiment d'égalité explique naturellement la faveur accordée au mécanisme de solidarité lorsqu'il intervient dans l'ordre matériel, dans le domaine des biens. Le recours à la solidarité laisse, en effet, espérer une répartition plus équitable des ressources. Michel Borgetto[433] a d'ailleurs

[433] « Egalité, Solidarité … Equité ? », *Le préambule de la constitution de 1946*, Paris, PUF, 1996, p. 239.

décrit l'intimité des rapports qu'entretiennent les notions d'égalité et de solidarité. A l'occasion d'une analyse dédiée aux dispositions de la Constitution de 1946, il relève que la correspondance entre ces deux éléments est largement stimulée par l'intervention de la notion d'équité.

La relation qui s'établit entre ces trois termes offre un réel bénéfice à l'avènement d'une justice sociale. C'est ainsi Monsieur Borgetto perçoit les apports de cette combinaison. « Le concept d'équité, écrit-il, peut donner lieu à deux conceptions distinctes qui recouvrent les deux conceptions de la justice ; dans une première conception, l'équité renvoie à l'idée d'une justice commutative et répond globalement à la maxime « à chacun selon son dû : se référant à l'idéal de juste rémunération et revêtant en quelque sorte le caractère d'une « équité actuarielle » (…). Dans une seconde conception, l'équité renvoie à l'idée de justice distributive et répond globalement à la maxime « à chacun selon ses besoins » ; fondée sur le principe de redistribution entre favorisés et défavorisés, tenant compte des différences de situation qui peuvent exister entre les uns et les autres, elle recherche l'égalité non pas formelle mais réelle (…) »[434].

L'insertion de la solidarité dans cette présentation est déterminante. L'idée de justice sociale, les deux acceptions auxquelles elle donne lieu ainsi que les deux séries de conséquences qui s'y attachent, autorisent à constater l'enchaînement continu des termes équité, égalité et solidarité. Plus précisément, cette relation paraît particulièrement pérenne lorsque l'on s'intéresse à la seconde conception de l'équité selon laquelle la justice s'accomplit au terme d'un plus juste partage des biens. Comme l'indique Michel Borgetto, « la question des liens existant ou devant exister entre cette dernière et les deux principes d'égalité et de solidarité est fort ancienne : constamment présente dans le débat politique et social depuis plus d'un siècle, cette question s'est vu apporter, sur un plan juridique, deux grands types de réponses qui ont consisté pour l'essentiel tantôt à aménager l'égalité

[434] *Ibid.*, p. 243.

à des fins de solidarité et d'équité, tantôt à instrumentaliser la solidarité à des fins d'égalité ou d'équité »[435].

Dans cette seconde perspective, l'emploi de la notion de solidarité participe de l'achèvement de l'hypothèse égalitaire. Ainsi, on envisage généralement « le recours exprès à un principe – celui de la solidarité – pour concrétiser et accomplir les exigences d'équité et/ou d'égalité »[436]. Les liens qui unissent l'égalité, l'équité et la solidarité sont de nature interactionnelle. Le thème de la solidarité alimente une certaine idéologie. Il pénètre légitimement le discours égalitaire où l'on repère « son utilisation au service de fins qui lui sont proches voire connexes »[437]. Le terme solidarité suggère directement l'idée de partage. Il permet l'introduction de la réflexion touchant à la légitimité de la propriété. C'est ce qui justifie la contribution du principe de solidarité à l'accomplissement de la justice sociale. Son intervention s'inscrit dans la conception de la Justice qui a été développée par Aristote dans *La politique* et le livre V de *L'Ethique à Nicomaque*. Au terme de ses développements Aristote livre une définition de la Justice qui s'élabore autour de la légalité, de l'égalité[438] et de l'équité. Il lui revient, en effet, d'avoir révélé que la Justice s'accomplit dans le respect de la loi et de l'égalité. Pour Aristote, la justice particulière est égalitaire, elle suppose un partage impartial et équivalent des biens entre les citoyens. Même au sens de la justice qu'il qualifie de distributive, il prône un partage proportionnel au mérite des hommes qui s'organise selon l'idée d'égalité de rapport.

---

[435] *Ibid*., p. 244.

[436] *Ibid*., p. 255.

[437] *Ibid*.

[438] « Examinons en combien de sens peut se prendre le mot injuste. On appelle ainsi celui qui viole les lois et aussi celui qui prend plus que sa part et qui méconnaît l'égalité ; il est donc clair que sera juste celui qui observe l'égalité ; par conséquent le juste sera légalité et égalité ; l'injuste, illégalité et inégalité » : *Ethique à Nicomaque*, trad. par F. et C. Khodoss, Paris, PUF, 1965, V, 2, 1129, a.

L'association constante des termes solidarité et équité dans l'histoire politique et sociale produit un apport particulier pour l'hypothèse de la socialisation du droit. L'idée de partage qu'elle introduit suggère une réflexion sur la répartition des biens et les moyens de parvenir à une distribution plus juste dans le domaine matériel des ressources. L'attribution d'une part à chacun est un des projets défendus par les promoteurs de la socialisation du droit. Il apparaît donc que c'est à la fin du 19ème siècle que le thème de la solidarité s'insère dans le champ des théories socialisantes. La solidarité pénètre, en effet, à des fins utilitaristes, le discours des civilistes qui mettent en garde contre les méfaits d'un droit qui ne prendrait pas en charge la «question sociale»[439]. Subordonnée à la réalisation de l'équité et de la justice sociale, elle participe à la gestion de la question de la pauvreté et à la socialisation du paupérisme.

B. La solidarité et la socialisation du risque pauvreté

On constate une certaine expansion du concept de solidarité depuis plus d'un siècle. Depuis le début du 20ème siècle la mise en œuvre de la solidarité s'est systématisée pour garantir les individus contre certains risques et aléas sociaux. La création d'institutions de sécurité sociale fournit également l'illustration que la mise en œuvre de la solidarité est une tentative concrète pour appréhender l'incertitude de l'existence. En restaurant le lien social, la solidarité crée un certain attachement de l'individu à la société ou encore du peuple à la République[440]. On conçoit donc progressivement le recours à la solidarité comme une méthode de rééquilibrage social. Elle constitue un moyen de tendre vers

---

[439] V. sur ce point : JAMIN (Ch.), « Demogue et son temps …», art. préc., pp. 14 et 15.

[440] V. sur ce point : HATZFELD (H.), *Du paupérisme à la Sécurité sociale 1850 – 1940. Essai sur les origines de la Sécurité sociale en France*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, coll. « Espace Social », 1989, spéc., pp. 275 et s.

l'égalité réelle, par la différenciation. La généralisation de ces références à la solidarité doit permettre de « lutter contre l'arbitraire du milieu social (…) contre les puissants déterminismes sociaux »[441] et d'établir un contrepoids à « l'arbitraire de la loterie génétique – sur un mode socialisé »[442].

La solidarité crée un sentiment de dépendance au sein de la collectivité. Elle est au fondement de l'association humaine. Comme valeur sociale, elle impose une certaine mutualisation des avantages et des risques qu'introduit la solidarité naturelle. Dans le domaine matériel, elle doit être au service d'une véritable « socialisation de la pauvreté »[443]. Sous la troisième république, le problème du paupérisme condamne directement à la faillite l'union des individus. Il impose d'interroger d'une manière inédite les rapports que l'homme entretient avec la communauté et de mettre en place, entre les individus, une certaine coopération. Comme l'explique François Ewald : dans le contexte social du 19ème siècle, « la pauvreté ne témoigne plus d'un désordre moral qu'il convient de sanctionner. Elle est d'abord le lieu privilégié où la société découvre sa vérité et prend conscience de ses devoirs. (…) Dans l'existence des pauvres, le corps social mesure ses insuffisances comme la tâche à accomplir »[444]. On relève une empreinte sociologique forte derrière ce constat. La pauvreté et ses causes doivent être objectivement combattues. Dans le même temps, comme la pauvreté est un fait social elle renseigne également sur le degré d'accomplissement de la justice sociale.

Dans le cadre de la mise en place des instances de protection sociale la solidarité fait intervenir, ainsi que le souligne Hélène Hatzfeld, « comme un principe scientifique de

---

[441] GAMEL (C.), « Les fondements éthiques et économiques de la protection sociale », in *Réduire les inégalités – Quel rôle pour la protection sociale ?*, Paris, dress, coll. « MIRe », p. 13.

[442] *Ibid*.

[443] EWALD (F.), *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 74.

[444] *Ibid*.

progrès, l'association à côté de la concurrence vitale »[445]. La pauvreté, en ce qu'elle favorise l'exclusion, est un phénomène qui prive une fraction d'individus de la faculté de participer à la vie sociale. L'accroissement de la misère qui est un des traits de la « question sociale » fragilise donc le lien social. Dans le climat politique et social que connait le 19ème siècle, la promotion de la solidarité est donc essentielle. C'est ce que suggère Robert Castel lorsqu'il indique que si « la question sociale se pose explicitement sur les marges de la vie sociale », elle « met [également] en question l'ensemble de la société »[446]. Progressivement, le principe de solidarité est mobilisé à des fins de conduite des politiques publiques et anime la réflexion touchant aux formes que doit prendre l'assistance accordée aux plus démunis. L'ingérence régulière du thème de la solidarité dans l'espace discursif dédié au *social* à la fin du 19ème siècle, autorise à conclure qu'il appartient au champ des doctrines sociales. Elle entretient, sous ce couvert, des liens étroits avec les développements consacrés à la socialisation du droit.

§ 2. La solidarité : une doctrine sociale

Le thème de la solidarité nourrit la réflexion sur les ressorts de l'existence en collectivité. Il a progressivement montré sa puissance théorique. Il s'est imposé comme une véritable doctrine du lien social. Les fondements conceptuels de la solidarité révèlent l'assise sociale des thèses solidaristes (A). Dans le paysage des doctrines qui entreprennent de considérer la question sociale, le solidarisme rencontre d'autres théories (B). Néanmoins, il livre une analyse originale. Il faut donc faire le départ entre le solidarisme et les théories qui l'entourent et qui mettent en œuvre une conception radicale de la propriété. Cette distinction indique que c'est réellement la théorie de la solidarité qui contribue, par une

[445] HATZFELD (H.), *Du paupérisme à la Sécurité sociale 1850 – 1940 – Essai sur les origines de la Sécurité sociale en France*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, coll. « Espace Social », 1989, p. 277.

[446] CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale*, *op. cit*., p. 20.

certaine connexité, à la socialisation du droit. Les développements dédiés à la destination sociale des biens ont par ailleurs permis d'inscrire les thèses solidaristes au cœur de la réflexion engagée à propos de la socialisation dans le droit des biens.

A. L'assise sociale des thèses solidaristes

Le recours à la solidarité à des fins de protection sociale a été présentée « une tentative de prolongation de la démocratie politique par la démocratie sociale »[447]. Cette perspective permet de consacrer l'apport de la solidarité aux idées socialisantes développées à partir du 19ème siècle. La solidarité est un principe de droit social. Elle assure l'accomplissement des exigences liées à la construction de la démocratie sociale en proposant un état du droit susceptible de contribuer à son avènement. Certains ont d'ailleurs relevé que la théorie de la solidarité permet de faire « dériver du social une règle de justice qui ouvrirait la possibilité d'un droit lui-même social »[448].

Dans le champ doctrinal le nom de Léon Bourgeois apparaît fréquemment lorsque l'on aborde le thème de la solidarité[449]. Il est acquis qu'on ne lui doit ni la paternité du terme de solidarité sociale ni son introduction dans l'espace scientifique[450]. Néanmoins Bourgeois apporte de manière significative à la trame intellectuelle que déroule l'idée de solidarité. Il a entrepris l'effort de lui donner une consistance sociale et juridique. Il s'est

---

[447] BORGETTO (M.), « Egalité, Solidarité … Equité ? », art. préc., p. 239.

[448] VIEIRA (D.), *Un regard sur l'émergence de la solidarité au XIXe siècle*, Paris, Mare et Martin, coll. « Carrefour social », 2008, p. 77.

[449] Il est présenté comme le père fondateur du solidarisme, v. à ce propos l'étude de DUBOIS (P.), *Le solidarisme*, Th., Université de Lille II, 1985.

[450] Proudhon, Fouillée et Renouvier notamment l'avaient précédé : sur ce point v. : MOREAU de BELAING (L.), « Le solidarisme et ses commentaires actuels », *in La solidarité : un sentiment républicain ?*, Paris, PUF, 1992, p. 85 et s.

interrogé sur les fondements du solidarisme, lequel assoit d'ailleurs la République sociale et l'Etat-providence. Après son passage et la parution d'un ouvrage : *Solidarité*[451], celle-ci devient un véritable « mot d'ordre, une devise, une invitation pressante à l'action »[452]. Bouglé, qui a lui-même consacré de longs développements au solidarisme signalait déjà, au début du 20ème siècle, la qualité de l'œuvre. « M. Bourgeois, écrit-il dans sa monographie, est une de ces personnalités dont la philosophie ne saurait nous être indifférente : ses idées sont celles qui ont des chances de passer à l'acte. Elles ne resteront sans doute pas « en l'air », comme celles des professionnels de la réflexion : elles descendront sur la terre »[453]. La conceptualisation de la solidarité a permis d'en faire un principe directeur de l'action sociale. La philosophie solidariste de Bourgeois est une doctrine agissante qui laisse place à une résonnance particulière dans l'univers intellectuel. Elle occupera la plupart de nos propos. Néanmoins, il ne faut pas ignorer la contribution d'autres auteurs à la construction du solidarisme. Celle de Bouglé se révèle également significative. Ses idées seront donc reprises dans la suite de nos développements.

Synthétiquement, le principe de solidarité tel qu'il est conçu par Bourgeois et Bouglé reste « le fruit de la recherche d'une voie intermédiaire fondatrice de l'organisation sociale et de la cohésion sociale mises à mal par la « question sociale » »[454]. C'est proprement la nécessité d'appréhender la « question sociale » qui donne au projet solidariste son relief. Cette entreprise place directement la solidarité au rang des idées sociales. Elle invite à la formulation d'une proposition concrète. Les solidaristes mesurent, en effet, qu'il faut se défaire d'une conception purement morale de la « question sociale » pour que son traitement devienne une préoccupation sur le plan juridique et politique. Cet esprit de

---

[451] BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896.

[452] BLAIS (M.-C.), *La solidarité – Histoire d'une idée*, Paris, nrf Gallimard, coll. « Bibliothèque des idées », 2007, p. 24.

[453] BOUGLE (C.), *Solidarisme et libéralisme – Réflexions sur le mouvement politique et l'éducation morale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1ère éd., 1904, p. 3.

[454] VIEIRA (D.), *Un regard sur l'émergence de la solidarité au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 34.

réforme empreint particulièrement les propos de Bouglé qui indique, à l'occasion d'une de ses chroniques, qu' « il n'y a pas question sociale partout où les hommes souffrent, mais là où les hommes croient que le régime qui définit leurs droits réciproques est la cause de leur souffrance et que le remède en serait procuré par un remaniement de ce régime »[455].

Le solidarisme appartient au domaine des théories sociales. On y rencontre également l'idée de socialisation du droit. Dans le champ des idées sociales, les deux concepts sont d'ailleurs contemporains l'un de l'autre. Ils sont donc en prise avec des réalités sociales communes et entretiennent des liens étroits. C'est autour du traitement de la « question sociale » que les concepts de solidarisme et de socialisation du droit se rencontrent. Certaines formules évoquant les caractéristiques de la « question sociale » permettent d'établir cette corrélation. Selon certains, la « question sociale » renvoie à « la façon dont la République doit se soucier des déshérités de tous ordres »[456]. On relève également d'après Bouglé, qui avoue d'ailleurs reprendre l'analyse de Charmont, que, dans sa mise en œuvre, la socialisation du droit doit avoir « le plus souvent pour conséquence d'assurer aux déshérités de quelque groupement qu'il s'agisse, une protection »[457]. Ces deux propositions permettent d'établir une certaine hiérarchie dans la relation qui unit le solidarisme à la socialisation du droit. Leurs rapports s'ordonnent autour de la prise en charge du problème de la disparité des situations qui constitue une forme d'expression de la « question sociale » à la fin du 19ème siècle. La réaffirmation de la « question sociale » provoque, dans l'ordre social, une certaine pression. C'est cette donnée de départ qui détermine l'entrée de la solidarité dans le cadre des idées socialisantes. En réponse au malaise que provoque la question sociale, le droit doit s'élaborer dans une certaine proximité avec la réalité. Il doit être plus social. Le contexte économique du 19ème siècle

---

[455] BOUGLE (C.), « Note sur les origines chrétiennes du solidarisme », *Revue de métaphysique et de morale*, t. XIV, 1906, p. 264.

[456] MIEVRE (J.), « Le solidarisme de Léon Bourgeois – Naissance et métamorphose d'un concept », *Cahiers de la méditerranée*, vol. 63, 2001, (version numérique).

[457] BOUGLE (C.), *Bilan de la sociologie française contemporaine*, Paris, F. Alcan, 1935, p. 69.

donne une impulsion particulière au thème de la socialisation. Certains juristes de cette époque, considèrent que le poids des maux suscités par la question sociale doit être supporté par la collectivité. Dans ce sens, le solidarisme est un moyen terme qui fait pénétrer la question sociale dans la sphère juridique. La connexité des idées que relaient les expressions solidarisme et socialisation du droit est assurée par une ouverture progressive du droit au *collectif*. C'est cette posture que suggère d'ailleurs Charmont, dans la conclusion de son article consacré à la socialisation du droit lorsqu'il condamne la conception individualiste du droit. « De son côté, écrit-il, la bourgeoisie doit accepter l'inévitable – ne pas s'obstiner à la défense de ses privilèges, dans le regret de l'hégémonie qu'elle a perdue -, reconnaître ce qu'a de légitime le mouvement d'émancipation de la classe ouvrière. A ce prix, elle fera l'économie d'une Révolution. L'Eglise et l'Ancien Régime, en ne sachant, ou en ne voulant pas, se réformer, ont provoqué des catastrophes, des maux sans nombre »[458].

La philosophie solidariste permet d'entrevoir la solution de la question sociale sous un angle singulier. Elle se distingue d'autres courants qui affichent le même objet et avec lesquels il convient d'établir des points de division. Certaines divergences idéologiques ont pu naître quant à la façon de saisir, au sens de percevoir, interpréter et gérer, la question du paupérisme et plus largement la « question sociale ». Plusieurs tendances concourent, en effet, à poser les fondements et l'étendue intellectuelle de la notion d'entre aide appelée à couvrir, d'un point de vue pratique, le problème.

[458] CHARMONT (J.), « La socialisation du droit », art. préc., pp. 404-405.

B. La rencontre du solidarisme avec les théories voisines

On identifie deux courants desquels il faut partiellement défaire le solidarisme[459]. Il s'agit d'une part du libéralisme (1) et d'autre part du socialisme (2). Certains ont, en effet, relevé que « le solidarisme se situe à un double point de rencontre, là où la morale rencontre la science, là où le libéralisme économique affronte le socialisme »[460]. Il navigue donc entre ces deux séries de tendances et il est, en partie, une tentative pour les concilier, pour extraire des différents points de vue une « synthèse supérieure »[461].

1. La confrontation entre solidarisme et libéralisme

Les ressorts de l'analyse libérale sur la situation sociale du 19ème siècle permettent de saisir les points de rupture qui la séparent de la théorie de la solidarité. La philosophie libérale reste attachée à la seule protection des libertés formelles. Les tenants des thèses libérales dénient à la justice toute fonction réparatrice. Le diagnostic porté sur la misère qui frappe la classe ouvrière au 19ème siècle les amène à écarter, à titre de justification, l'hypothèse d'une quelconque causalité sociale. François Ewald a évoqué les grands traits de cette approche particulière de la question du paupérisme. Il indique que, dans la pensée libérale, « le pauvre ne doit qu'à lui-même de souffrir d'un état dont il n'appartient qu'à

---

[459] L'objectif n'est pas ici de mettre chacun de ces courants à l'épreuve mais de dégager des espaces de rencontre entre les théories qui permettent de découvrir le cadre privilégié dans lequel se déroule principalement la réalisation d'une socialisation du droit. La démarche ne visera donc pas à mesurer l'exacte pertinence, la cohérence d'ensemble des idées qui se rattachent aux différentes doctrines sociales mais plutôt d'évaluer la permanence du projet d'une socialisation de l'univers juridique et de voir quelles sont les limites scientifiques que son accomplissement mobilise.

[460] HATZFELD (H.), *op. cit.*,p. 25.

[461] BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, *op. cit.*, p. 23.

lui-même de sortir. Dans une société constituée sur le principe de la liberté, la pauvreté ne donne pas de droits ; elle confère des devoirs. Le pauvre peut exciter la pitié, il n'en reste pas moins responsable de sa misère, de son dénuement, de son sort »[462]. Selon cette logique, les inégalités de situation sont imputables à l'individu lui-même. En retour, il lui appartient de s'extraire de sa condition, au moyen de ses propres ressources. Comme le souligne encore Monsieur Ewald, les libéraux considèrent que « les inégalités sont naturelles, inéluctables et irréductibles : elles font partie de l'ordre de la création, qui est un ordre de la variété, de la diversité ; elles sont nécessaires au progrès social comme récompenses et punitions des mérites et des démérites de chacun ; elles sont providentielles : source de lien social, elles sont au principe même de l'existence des sociétés »[463].

Dans la conception libérale de la société, l'existence de catégories est un trait permanent. Elle livrerait une reproduction des gradations du monde dans la sphère sociale. Dans le jugement libéral, cet état n'est qu'une simple traduction de la répartition naturelle entre les biens et les maux. Néanmoins, dans cette perspective, la cohésion ne se réalise que par segment et elle assurée par l'espoir, pour le pauvre, d'une éventuelle ascension. Une telle représentation exclut toute nécessité d'organiser institutionnellement l'entraide. Le système libéral invite à envisager les inégalités sociales comme « un fait politiquement positif »[464] et encourage le recours à la bienfaisance et à l'assistance privées.

Les libéraux affichent une posture particulière par rapport à la « question sociale ». La philosophie de la solidarité repose sur une interprétation différente. Elle invite à mesurer l'incidence du contexte économique et social dans la production des inégalités de fait. Les auteurs solidaristes considèrent, en effet, que le système industriel et capitaliste participe largement à maintenir l'individu dans sa position de départ. Selon eux, les inégalités

---

[462] EWALD (F.), *L'Etat providence…*, *op. cit.*, p. 66.

[463] *Ibid.*, p. 70.

[464] EWALD (F.), *Histoire de l'Etat providence*, *op. cit.*, p. 25.

économiques sont construites historiquement. Leur installation est favorisée par le contexte politique et paraît hypothéquer les chances de réalisation de la justice sociale. Il est donc nécessaire d'instaurer par le droit, une certaine justice matérielle. Bouglé le signale en affirmant que, dans la mesure « où subsiste la disproportion des conditions, il semble que l'équivalence ne saurait régner dans les conventions entre privilégiés et déshérités. Elles sont viciées d'avance. Le ver est dans le fruit. L'arbre de l'inégalité économique ne peut porter que des contrats injustes »[465].

Même si elle repose sur une conception assez rigoureuse de l'équilibre social, la philosophie libérale développe une approche particulière des notions d'ordre et de progrès. Pour ses partisans, les notions de secours, de charité et de fraternité ne disposent pas de la consistance scientifique qui permettrait d'en consacrer l'insertion dans le champ du droit positif. L'espace d'incertitude que recouvrent ces idées empêcherait que l'on puisse les asseoir légalement. C'est officiellement dans un souci de sauvegarde de la sécurité juridique que s'élaborent ces objections. Chez le libéral Bastiat, on perçoit d'ailleurs la force de cet argument. « La loi, écrit-il, considérée au point de vue général et théorique, a-t-elle pour mission de constater et de faire respecter la limite des devoirs réciproques préexistants, ou bien de faire directement le bonheur des hommes, en provoquant des actes de dévouement, d'abnégation et de sacrifices mutuels ? Ce qui me frappe dans ce dernier système, c'est l'incertitude qu'il fait planer sur l'activité humaine et ses résultats, c'est l'inconnu devant lequel il place la société, inconnu qui est de nature à paralyser toutes ses forces. La justice, on sait ce qu'elle est, où elle est. C'est un point fixe, immuable. Que la loi la prenne pour guide, chacun sait à quoi s'en tenir, et s'arrange en conséquence. Mais la fraternité, où est son point déterminé ? Quelle est sa limite ? Quelle est sa forme ?

---

[465] BOUGLE (C.), *Le solidarisme*, Paris, Marcel Giard, 1924, 1ère éd. 1907, p. 143. L'auteur livre ici le fondement de la doctrine solidariste appliquée à la matière contractuelle. Les développements contemporains sur ce thème sont nombreux. V. not. : MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit, Mél. en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999 ; JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 2001 ; JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003 ; GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004.

Evidemment c'est l'infini. La fraternité, en définitive consiste à faire un sacrifice pour autrui »[466].

C'est un point important de la distinction entre les doctrines sociales qui est révélé. A la différence des libéraux, les tenants du solidarisme préfèrent recourir à la solidarité, terme d'apparence scientifique, pour évoquer les bienfaits de l'interdépendance sociale. Le désaccord est donc *a priori* d'ordre terminologique. Toutefois, le mot « solidarité » abrite une idéologie à part entière. Comme le souligne M. Borgetto, il est inopportun de tenir les termes « fraternité » et « solidarité » pour équivalents ; « le second présentant (…) l'avantage, par rapport au premier, d'abord d'être assis sur un fait inhérent à la structure même de la société et non sur un sentiment ou une idée marqués par la contingence ; ensuite de se révéler d'autant plus scientifique qu'il se trouve dépourvu de toute dimension affective et sentimentale insusceptible d'être traduite par le Droit ; enfin – et ceci découle de cela – de constituer pour le législateur un fondement nettement plus sûr et fiable car se prêtant idéalement à sa propre juridicisation : tant il est clair que si ce même législateur peut organiser et institutionnaliser la solidarité, il ne saurait décréter, à l'évidence, la fraternité »[467]. La profondeur théorique de l'idée de fraternité est régulièrement remise en cause. Au début du 20ème siècle, l'économiste Ch. Gide qualifie cette « fraternité » de « vieux mot »[468] qui « n'a plus cours »[469]. Dans ce sens, il appartiendrait donc « à ceux qui y croient encore le soin de la démontrer par des embrassades, mais les gens sérieux ne lui donnent pas plus de place dans la science que dans les affaires »[470].

---

[466] BASTIAT (F.) cité par EWALD (F.) in *Histoire de l'Etat providence*, *op. cit*., p. 26.

[467] BORGETTO (M.), *La devise « Liberté, Egalité, Fraternité »*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997, p. 102.

[468] GIDE (Ch.), « L'idée de solidarité en tant que programme économique », 1893 *in La coopération, Conférences de propagande*, 1900, Paris, Sirey, 1910, 1ère éd. 1900, p. 155.

[469] *Ibid*.

[470] *Ibid*.

Sur le plan politique, le principe de la solidarité s'épanouit pendant la fin du 19ème siècle, pour devenir la doctrine officielle de la IIIème République. La solidarité, telle que l'envisage Bourgeois, est une proposition à caractère scientifique permettant l'élaboration d'un système d'assistance et la préservation du lien social. Elle fournit, pour cette entreprise, une assise que ni l'idée de charité, trop empreinte de l'idéologie chrétienne, ni celle de fraternité, trop imprégnée de sentimentalisme, ne sont en mesure de procurer. Dans la présentation que Bourgeois réalise de la solidarité, il apparaît, en effet, « qu'elle maintient énergiquement l'égalité politique et civile, qu'elle fortifie et garantit la liberté individuelle, et assure à toutes les facultés humaines leur développement le plus étendu, mais qu'au devoir moral de charité qu'a formulé le christianisme, et à la notion déjà plus précise mais encore abstraite et dépourvue de sanction, de la fraternité républicaine, elle substitue une obligation quasi-contractuelle, ayant, comme on dit en droit, une cause et pouvant, par suite, être soumise à certaines sanctions : celle de la dette de l'homme envers les hommes, source et mesure du devoir rigoureux de la solidarité sociale »[471]. Certains ont dressé le constat de cette faiblesse constitutive qui affecte la notion de fraternité. Il apparaît en effet que « dotée d'une charge affective et sentimentale qui lui est consubstantielle »[472], la fraternité est « à la différence d'autres notions ou principes tels que la liberté, l'égalité ou la solidarité lesquels ne connaissent, lorsqu'ils s'introduisent dans l'univers juridique aucune déperdition de leur substance »[473], atteinte d'un « handicap »[474] majeur. Par opposition, l'idée de solidarité désigne le rapport concret que l'individu entretient avec la collectivité. Elle est également porteuse d'une certaine juridicité.

---

[471] BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, *op. cit.*, p. 54.

[472] BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français – Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, Bibliothèque de droit public, t. 170, p. 7.

[473] *Ibid.*, p. 5.

[474] *Ibid.*

Dans la conception de Bourgeois, la solidarité est affranchie de toute abstraction. Ancrée dans la réalité, elle intervient naturellement dans la réalisation du projet de socialisation du droit. L'idée de solidarité est un principe du droit social. Dans le programme que formulent les solidaristes, cette ambition est exposée explicitement. Bourgeois explique, en effet, que « pour que ces préceptes se traduisent en actes, pour que le sentiment de la solidarité se détermine en une volonté ferme et durable, pour que se réalise un état supérieur de l'être (…), il ne suffit pas d'une vue d'ensemble des choses, d'une sorte de conception purement philosophique du monde et de la société. Une telle conception peut favoriser les penchants généreux, amener d'heureux rapprochements, augmenter le nombre des bonnes actions, des dévouements, des sacrifices, rendre l'altruisme plus étendu, plus agissant. Elle peut en somme resserrer entre les hommes les liens de la vie morale, mais elle ne peut prétendre à fonder entre eux une règle nouvelle du droit social »[475].

La théorie de la solidarité ne connait pas des différents irréconciliables avec les thèses libérales. Elles partagent des thèmes communs : la liberté, la justice, le progrès et l'ordre[476]. De plus, la solidarité ne doit pas être assimilée à la fraternité que les libéraux condamnent. En assurant la réception de l'idée de solidarité, Bourgeois intervient en qualité de « républicain de progrès »[477]. On le mesure quand il indique que la condition de l'équilibre social résulte de la combinaison entre les termes solidarité, liberté et justice[478]. La proposition solidariste vise à les associer sous l'angle d'un mécanisme conciliateur :

---

[475] BOURGEOIS (L.), « Rapport au Congrès d'Education Sociale en 1900 », *in Solidarité, op. cit.*, p. 57 (appendices).

[476] Bourgeois décrit « trois faits essentiels : L'homme vit dans un état de solidarité naturelle et nécessaire avec tous les hommes. C'est la condition de la vie. La société humaine ne se développe que par la liberté de l'individu. C'est la condition du progrès. L'homme conçoit et veut la justice. C'est la condition de l'ordre » : « Rapport au Congrès … », rapp. préc., p. 60.

[477] HATZFELD (H.), *Du paupérisme, op. cit.*, p. 268.

[478] « Les données du problème social sont donc définitivement posées par les termes, irréductibles et donnés par les faits : solidarité, liberté, justice » : « Rapport au Congrès … », rapp. préc., p. 63.

« l'obligation sociale »[479]. Bourgeois institutionnalise, en réalité, la solidarité en recourant au droit et à ses instruments. Le solidarisme affiche la prétention d'unir les individus et les groupes autour d'une obligation quasi-contractuelle. Cette obligation que l'auteur qualifie également de dette sociale permet d'établir un rapport entre les hommes ainsi qu'entre les générations. La solidarité lie les individus dans le présent mais également par rapport au passé et dans l'avenir. Elle détermine, à travers ces différentes étapes, la réalisation de la justice et de la liberté individuelle. « La solidarité naturelle est un fait, explique Bourgeois. La justice ne sera pas réalisée dans la société, tant que chacun des hommes ne reconnaîtra pas la dette qui, du fait de cette solidarité, pèse sur tous, à des degrés divers. Cette dette est la charge préalable de la liberté humaine ; c'est à la libération de cette dette sociale que commence la Liberté »[480].

A travers le solidarisme, on oppose à la souveraineté individuelle qu'exalte le libéralisme, la nécessaire solidarité qui anime les rapports entre individus et qui assure la permanence du lien social. Cette philosophie porte à considérer que chacun a un droit équivalent au bien-être et à recevoir les ressources nécessaires à la vie. Dans cette perspective, chaque individu est redevable des charges qui s'attachent à son existence sociale. A l'existence des droits sociaux s'ajoute une dimension, elle aussi fondamentale, de devoir social. La théorie de la solidarité est donc profondément mutuelliste[481]. Elle consacre l'obligation morale et juridique de donner, de recevoir et de rendre[482]. Elle révèle les bienfaits de la coopération en exigeant « moins peut-être de l'individu isolé, mais plus des individus organisés. Elle abandonne moins à l'initiative privée ; elle attend plus de la contrainte collective »[483]. Cette ouverture aux considérations collectives permet de découvrir que le

---

[479] *Ibid.*, p. 74.

[480] *Ibid.*, p. 73.

[481] Sur ce thème : MOREAU DE BELLAING (L.), « Le solidarisme et ses commentaires actuels », p. 87 et s.

[482] *Ibid.*

[483] BOUGLE (C.), « Note sur les origines chrétiennes du solidarisme », art. préc., p. 260.

solidarisme entretient une proximité avec le concept de socialisation du droit. Au début du 20ème siècle, la solidarité investit régulièrement le discours des juristes qui développent une certaine sensibilité à l'idée du droit social[484]. En invitant à reconsidérer la question de la répartition des bienfaits et des risques à l'échelle de la société, elle nourrit une réflexion sur l'organisation de l'univers matériel. Ordonnée aux développements consacrés aux rapports que l'homme entretient avec les choses et les biens, la solidarité cultive un lien permanent avec le thème de la propriété. Cette combinaison est propre à suggérer la dimension collective de la propriété. Toutefois, elle est étrangère à toute idée de collectivisme. Dans ce sens les thèses solidaristes se distinguent des préceptes socialistes.

2. La confrontation entre solidarisme et socialisme

Les contours de la philosophie politique socialiste sont largement déterminés par la position particulière de la question sociale. En effet, les théories socialistes poursuivent l'ambition de constituer « une réponse à la question sociale »[485]. Le socialisme présente une facture assez singulière puisqu'il s'élabore dans une dépendance immédiate avec les données factuelles du contexte économique et social. On distingue une concordance dans les temps entre le moment de son apparition et celui des premiers effets de la révolution industrielle. Dans le champ des théories politiques, le socialisme se construit par opposition au libéralisme. François Ewald a décrit l'environnement social et dans lequel les idées socialistes se sont épanouies. Il ressort selon lui « que le paupérisme est une forme de pauvreté liée à l'industrialisation et qu'il a vu le jour au moment où dominaient les principes du libéralisme. On a transformé cette contiguïté temporelle en un rapport de causalité qui s'est lui-même mué en un rapport de nécessité »[486].

---

[484] Sur ce point : JAMIN (Ch.), « Demogue et son temps … », art. préc., p. 14 et s.

[485] CASTAGNEZ –RUGGIU (N.), *Histoire des idées socialistes*, Paris, La découverte, coll. « Repères », 1997, p. 3.

[486] EWALD (F.), *Histoire de l'Etat providence*, *op. cit.*, p. 16.

Il existe une communauté d'intérêts entre les défenseurs du solidarisme et les tenants des conceptions socialistes. Ils partagent des préoccupations d'ordre social et la conviction qu'il faut entreprendre une socialisation du risque lié au paupérisme. Le socialiste utopiste Pierre Leroux caractérisait d'ailleurs cette connexité entre solidarisme et socialisme en évoquant « une union très intime entre ces deux doctrines, car c'est le problème des rapports entre l'individualisme et le socialisme que la solidarité devrait résoudre »[487]. En dépit de cette identité de terrain, les deux idéologies ne sauraient être confondues. Dans l'esprit de ses fondateurs, le solidarisme doit apporter une définition originale des rapports entre l'individu et la collectivité. Il est censé se réaliser en dehors des aspirations collectivistes du socialisme.

Le solidarisme cultive des liens plus étroits avec le socialisme juridique. Sans évoquer toutes les nuances qui le caractérisent, il semble, en effet, que le socialisme juridique[488] soit parfois désigné comme un nouvel aspect du solidarisme. Au terme des synthèses qui lui sont dédiées, le socialisme juridique est présenté comme « nouveau système de droit se propose de dissiper la contradiction entre l'organisation économique de la production et son appropriation juridique, déterminant par le généreux développement de la justice une meilleure répartition des richesses entre les membres de la collectivité »[489]. On associe à cette conception socialiste du droit le projet « rendre à l'individu la liberté économique par l'extension de la solidarité parmi les membres de la société »[490]. La solidarité est donc un thème qui appartient conjointement au solidarisme et socialisme juridique[491]. Le droit qui

---

[487] VIEIRA (D.), *Un regard sur l'émergence de la solidarité au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 37.

[488] Sur ce courant juridique et ses tenants v. not. : HERRER$A (C.-M.), *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003 ; HERRERA (C.-M.) (dir.), Les juristes face au politique : le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République, Paris, Kimé, 2005.

[489] I BARASCH (M.), *Le socialisme juridique et son influence sur l'évolution du droit civil en France à la fin du XIXe siècle et au XXe siècle*, th., Paris, PUF, 1923, p. 5.

[490] *Ibid*., p. 10

[491] En ce qui concerne l'évocation de ces traits communs v. également : HERRERA (C.-M.), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Droit et Société*, 2004, n° 56-57, p. 111 et s.

résulte de l'affirmation de ces idées socialistes est censé « consacrer les nouvelles tendances de la vie »[492]. De ce point de vue, les théories solidaristes et socialistes s'inscrivent dans le mouvement plus général de socialisation du droit. Comme le souligne Carlos Miguel Herrera, les « préoccupations juridiques des socialistes confluent avec un moment de renouvellement de la science juridique française, présenté parfois sous le terme de « socialisation du droit », né de la conscience des insuffisances du Code Napoléon et de la méthode exégétique devant des réalités sociales plus complexes. C'est au croisement de cette double préoccupation – pour le droit, de la part des socialistes, pour la méthode et la question sociale, de la part des juristes – que se détache ce courant spécifique, plus systématique, qu'on peut considérer comme étant le socialisme juridique au sens strict »[493]. Il ne faut pourtant pas négliger la position originale du solidarisme dans le champ idéologique. Il affiche, dans l'appréhension de la question sociale, une posture particulière qui le démarque encore, tant du catholicisme social que du socialisme scientifique. Ainsi que l'ont indiqué les commentateurs du socialisme juridique, il apparaît qu' « en substituant le devoir à la charité, le solidarisme a mis en relief le caractère juridique de la question sociale. Comme le socialisme scientifique a donné à la question sociale un caractère purement économique, le solidarisme l'a revêtue d'une forme juridique. C'est par une réorganisation collective du droit qu'il veut résoudre la question sociale »[494].

Il y a derrière la formule « socialisation du droit », l'apparence d'un concept carrefour. Cette qualité ne le rend, toutefois, pas apte à agréger, sous son couvert, toutes les conceptions liées au *social* et au *collectif*. L'entreprise de socialisation du droit n'impose pas la mise en œuvre d'un socialisme rigoureux. Il est vrai que la question sociale appelle une réflexion organisée autour des modalités d'attribution des richesses et des biens

---

[492] I BARASCH (M.), *Le socialisme juridique…*, *op. cit*., p. 7.

[493] « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », art. préc., p. 113.

[494] I. BARASCH (M.), *Le socialisme juridique…*, *op. cit*, p. 14.

disponibles. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'y proposer un traitement, le terme « socialisation » ne doit pas renvoyer hâtivement aux tendances collectivistes du socialisme radical. Il convient, en effet, d'éviter d'élaborer des conclusions fondées sur les intitulés. Les expressions « socialisation du droit de propriété » et « socialisation de la propriété » ne sont pas des propositions équivalentes. Il faut pareillement défaire de toute assimilation les idées de socialisation des biens et de socialisation du droit des biens.

L'idée de socialisation du droit affiche des liens plus profonds avec les principes solidaristes. L'affirmation que Bourgeois emprunte, dans son ouvrage, à Izoulet révèle cette proximité. Il indique qu'à travers la solidarité, « ce n'est pas la socialisation des biens, c'est la socialisation de la personne qu'il s'agit de réaliser »[495]. Il insiste particulièrement sur les thèmes qui marquent une distinction entre sa théorie de la solidarité et la pensée socialiste de la fin du 19ème siècle. Bourgeois s'attache à présenter la propriété privée comme une liberté individuelle. Il affirme à cet égard : « la propriété individuelle m'apparaît comme le prolongement et la garantie de la liberté (…). Le développement de la propriété individuelle, non sa suppression, voilà pour moi le but, et mon idéal social est celui dans lequel chacun serait arrivé dans la mesure de la justice à la propriété individuelle »[496]. Cette conception de la propriété est un des traits de la doctrine solidariste. Bouglé défend également ce principe de la propriété individuelle. « Nous voulons, écrit-il, que l'homme rende à la société cette part de ses biens, cette part de lui-même qui vient de la société ; mais cette part une fois taillée, qu'il dispose du reste à son caprice ; qu'il donne à ses facultés et à ses propriétés l'emploi qu'il lui plaira : personne n'a plus barre sur lui. Condition du progrès social aussi bien que du développement personnel, cette liberté est la borne sacrée devant laquelle toute « socialisation » doit s'arrêter »[497].

---

[495] IZOULET (J.), *La Cité moderne et la métaphysique de la sociologie*, Paris, Alcan, 1894 cité par BOUGEOIS *in Solidarité, op. cit.*, p. 34

[496]BOURGEOIS (L.), *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris, Alcan, 1902, p. 34.

[497] BOUGLE (C.), *Solidarisme et libéralisme…, op. cit.*, pp. 36-37.

Les solidaristes ne cherchent pas le remède aux inégalités économiques dans l'abolition de la propriété privée. Ils attribuent simplement à la propriété des applications collectives. C'est par l'emploi de ses propriétés et des biens qui lui sont propres que l'individu doit se libérer de son « obligation sociale ». Rejetant les excès d'une socialisation, Bourgeois affirme que « ce qui est collectif c'est le point de départ, c'est la société solidaire et nécessaire ; le but est individuel, c'est la liberté reconquise par l'acquittement de la dette sociale. De telle manière que la doctrine de la solidarité est le rachat de la liberté et de la propriété individuelles, elle est la justification même de la propriété libérée »[498]. En réalité, sous certains aspects, le solidarisme s'inscrit dans la veine d'un socialisme moins radical. Les thèses solidaristes tentent, en effet, de concilier le socialisme avec l'individualisme[499]. La théorie de la solidarité sociale offre de mettre à jour les principes de collaboration et d'altérité qui soutiennent la vie en société. Elle intervient pour tempérer les excès de l'individualisme. Ainsi, « la philosophie de la solidarité nous met en garde, indique Bourgeois. Elle nous ramène sur la terre et nous rattache étroitement à nos semblables. Elle nous rappelle que nous ne sommes nés ni pour nous fuir, ni pour nous écraser les uns les autres ; et que nous ne pouvons développer nos personnalités que par une incessante coopération »[500]. Tel qu'elle s'illustre, dans l'ordre humain et juridique, la solidarité est une nouvelle proposition pour activer le lien social. Le solidarisme commande, en effet, d' « opposer, à ces formes aristocratiques, desséchantes et

---

[498] *Ibid.*, p. 45.

[499] Evoquant le solidarisme, Bourgeois, affirme que : « nous trouvons du socialisme caché dans ses fruits, comme de l'individualisme caché dans ses racines. Qu'est-ce à dire ? et allons-nous conclure que le solidarisme a fait œuvre vaine, en essayant de s'assimiler deux éléments inconciliables ? Bien loin de là ! Le solidarisme ne se contente pas de juxtaposer, il prétend harmoniser les deux doctrines. Il s'efforce, à l'aide de diverses notions qu'il a retenues des sciences et du droit, de jeter un pont de l'une à l'autre. Et pour les rejoindre, il se trouve amené à rectifier l'orientation de l'une et l'autre ; il nous les présente ainsi sous des aspects nouveaux » : *Essai d'une philosophie … , op. cit.*, p. 163.

[500] *Ibid.*, p. 47.

dissolvantes, de l'individualisme, un individualisme démocratique, principe fécond d'union et d'actions sociales »[501].

Le solidarisme porte à concevoir qu'il est nécessaire que les risques de l'existence, l'inégalité des situations, des armes et des ressources soient supportés par la collectivité. La théorie de la solidarité invite à une certaine réciprocité entre l'individu et la société dans laquelle il évolue. Elle procure un socle théorique pour organiser la réflexion sur les techniques de garantie des conditions réelles et matérielles de la vie. Comme l'imaginait Bourgeois, il y a donc, sous le terme « solidarité », bien plus à découvrir que l'apparition d'« un mot nouveau »[502] ou d' « caprice du langage »[503]. Il paraît, en réalité, servir l'expression d' « une idée nouvelle »[504]. A terme de son élaboration doctrinale[505], le thème de la solidarité a donné lieu des applications concrètes et contemporaines[506]. Le principe de solidarité réelle indique de mettre en place une justice réparatrice, un système efficace d'assistance et une véritable politique de prévoyance. Cette formule permet de découvrir les éléments fondateurs d'une administration nouvelle de l'organisation sociale.

La question sociale, révélée par le contexte économique et les faits, amène une série d'interrogations sur la légitimité de la propriété. Les solidaristes soulignent les vertus de la propriété privée mais en dégageant la dimension sociale de l'institution. La notion de solidarité sociale impose l'affectation des biens des débiteurs les mieux pourvus au

---

[501] *Ibid*., p. 47.

[502] BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, *op. cit*., p. 11.

[503] *Ibid*.

[504] *Ibid.*

[505] Nous renvoyons pour une vue détaillée des différentes étapes de cette élaboration à DUBOIS (P.), *Le solidarisme*, th. Lille II, 1985.

[506] Marcel David indique qu'elle sert notamment de fondement à l'institution du RMI : « Le RMI, écrit-il, contribue à rendre manifeste le rôle des normes fondatrices que jouent la fraternité, la solidarité et la justice par rapport à la deuxième génération des droits de l'homme à la fois économiques et sociaux, collectifs et individuels » : *Les fondements du social …*, *op. cit*., p. 201.

règlement de la dette sociale. C'est le préalable à la jouissance individuelle des biens. Les développements relatifs à la destination sociale des biens, participent à ancrer les thèses solidaristes dans le champ de l'hypothèse de la socialisation du droit des biens. Certains auteurs, ouverts aux idées socialisantes, ont d'ailleurs explicitement relevé cette filiation. Demogue s'y emploie longuement dans *Les notions fondamentales du droit privé*. « L'application de l'idée du minimum d'existence, écrit-il, toutes les mesures qui assurent à l'ouvrier le paiement d'une somme indispensable pour vivre et celles qui font de lui une sorte de demi-mineur, qui ne peut complètement disposer de ce qu'il a ou même de son travail (…). Elle n'est en somme qu'un aspect particulier de ce que M. Charmont appelle le socialisation du droit, c'est-à-dire au fond cette conception du droit qui le rend plus compréhensif, en ces sens qu'il considère qu'il n'y a pas seulement l'homme auquel il faut reconnaître des droits, mais des hommes, dans des situations sociales diverses, riches ou pauvres, surtout pauvres. Et alors le droit n'est plus cette large construction semblable au théâtre classique où ne figuraient que des abstractions générales (…), il est plutôt comparable à la comédie humaine de Balzac, qui montre les hommes dans des situations infiniment diverses. Le droit socialisé en tient compte pour donner à chacun ce qui lui convient d'après sa fortune, sa profession »[507]. Ces dernières observations participent à installer définitivement le thème de la solidarité dans l'espace des conceptions socialisantes.

[507] *Les notions fondamentales …, op. cit.*, p. 169.

Conclusion du chapitre 1.

A la fin du 19ème siècle, il apparaît que la crise du lien social est définitivement consommée. La montée de la pauvreté et l'accroissement des inégalités ont mis en péril la cohésion sociale. La réflexion s'est construite autour des modalités de réalisation d'une égalité plus concrète et plus exigeante que l'égalité formelle. Il faut, en effet, parvenir à atténuer l'inégalité des positions sociales. Cette préoccupation tend à révéler la dimension collective que doit revêtir le *social*. La solidarité comme valeur sociale court tout au long du 19ème siècle. Le secours apporté par l'idée de solidarité à la conduite des politiques publiques laisse constater qu'elle a le pouvoir d' « étoffer socialement la démocratie »[508]. Le solidarisme a indéniablement contribué à vivifier le *social.* Il est un des fondements du droit social. On ne doute donc pas de sa participation à l'entreprise de socialisation du droit. Le droit des biens et le thème de l'appropriation ne sont jamais absents de la discussion qu'initie le couple égalité-solidarité. Cette collaboration doit, en effet, permettre de garantir, *a minima*, à chacun les conditions matérielles de la vie. Les liens entre socialisation et droit des biens peuvent, par ailleurs, encore être révélés par la découverte de la dynamique socialisante qui anime la mise en œuvre des mécanismes de simplification de la réalité matérielle.

[508] DAVID (M.), *Les fondements du social …, op. cit.*, p. 65.

Chapitre 2 : L'apport des procédés de simplification de la réalité matérielle à la construction d'un droit des biens socialisé

La réalité matérielle est composée d'une multitude d'objets. La diversité qui caractérise la catégorie des choses laisse apparaître un univers bigarré, un « monde bariolé »[509]. Cette multiplicité affecte par principe le droit des biens qui se trouve employé à prendre juridiquement en charge le sort des choses susceptibles d'appropriation. C'est cet état qui justifie que la matière soit animée par une dynamique socialisante.

La problématique de la socialisation du droit fait émerger une question particulière. Elle porte, en effet, à concevoir les modalités théoriques et juridiques nécessaires à l'appréhension de cette extrême variété. L'opération s'inscrit proprement au cœur du droit. Elle requiert l'assistance de techniques et d'outils essentiellement juridiques. Dans sa réalisation, elle s'apparente à une entreprise de réduction de la complexité matérielle. Elle consiste à appareiller des choses *a priori* différentes et distinctes. Cette œuvre de simplification des données du réel est, en réalité, un mode de gestion des faits collectifs. Elle s'inscrit au cœur du mouvement de socialisation dans le sens où elle porte à produire de l'identité à partir de différences. Elle vise à installer une certaine unité dans le droit pour le mettre en rapport avec l'évolution de la réalité sociale. Elle est au service de l'adaptation des principes juridiques à un contexte social changeant. Elle permet de les accorder aux exigences concrètes pour imprimer au droit davantage de réalisme.

Cette simplification de la réalité matérielle relève d'une démarche méthodique. Précisément, elle invite à s'abstraire des repères sensibles qu'offre la matérialité des choses pour consacrer une conception sociale du droit. Ce procédé intervient largement dans le cadre du droit des biens. La discipline est ainsi investie tant à raison des mécanismes (Section 1), que des instruments (Section 2) qu'elle accueille. Cette combinaison contribue à l'élaboration d'un droit des biens socialisé.

---

[509] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, p. 96, n° 52.

Section 1 : Les mécanismes de simplification concourant à la socialisation du droit des biens

On rencontre un certain nombre de mécanismes qui se saisissent de la diversité des composantes de la réalité matérielle. Délaissant les simplifications abusives, ces techniques permettent d'appréhender la complexité du réel sans altérer la compréhension des phénomènes qui animent la réalité matérielle. Elles interviennent pour faciliter l'assimilation par le droit de données concrètes.

La plupart de ces mécanismes contribuent au fonctionnement du droit des biens. Le mécanisme des fictions juridiques et d'autres mécanismes parmi lesquels on trouve les techniques reposant sur la fongibilité, la subrogation réelle et l'accession partagent certains traits caractéristiques. Ils imposent un certain recul par rapport à la nature et à l'identité physique des choses. Ils servent, en réalité, des considérations économiques et sociales. Toutefois, ces techniques diffèrent par leur nature et le procédé qu'elles mettent en œuvre. Certains auteurs soulignent, en effet, qu' « il ne faut pas hésiter à refuser tout caractère de fiction, non seulement au concept de fongibilité (ce qui est généralement admis), mais encore au concept de subrogation réelle, qui est en corrélation étroite avec le premier »[510].

La rigueur scientifique impose donc que l'on analyse distinctement, au regard de la socialisation du droit des biens, la contribution du mécanisme de la fiction juridique (§ 1) et l'apport des mécanismes visant à installer une équivalence entre les biens (§ 2).

---

[510] DABIN (J.), *L'élaboration du droit positif …* , op. cit., p. 305. *Contra* v. not. GENY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, réed. 1995, n°67, p. 127.

§ 1. La contribution du mécanisme de la fiction juridique à la socialisation du droit des biens

On assimile volontiers dans le langage courant la fiction à une chimère. Eloignée des faits, la fiction livrerait une représentation outrancière des éléments dont elle se saisit. La fiction n'a pas pour objet de figurer le réel. Elle est une convention, un procédé commode pour élaborer des principes juridiques[511]. La généralité sur laquelle repose la fiction permet l'évolution du droit. Elle est consacrée par la nécessité et mise en œuvre au gré des circonstances. La fiction exerce une certaine emprise sur la réalité. Elle développe une abstraction nécessaire à la socialisation du droit (A). Le mécanisme est fréquemment mis à contribution dans les contours du droit des biens, qui prend les traits d'une discipline profondément marquée par l'abstraction (B).

A. Une abstraction nécessaire à la socialisation du droit

La technique des fictions est un héritage du droit romain[512] qui a largement et continuellement imprégné nos conceptions juridiques. Elle rend des services assez divers à la science juridique. Son utilité a déjà été soulignée. Elle permet l'adaptation du droit à une réalité sociale changeante. Gény en fait d'ailleurs une promotion assez franche quand il évoque les procédés d'élaboration du droit. « Le processus intellectuel, dont la fiction juridique nous offre un exemplaire achevé, écrit-il, fait partie des opérations, les plus

---

[511] *Dictionnaire Le Robert*, éd. 2013, v° « Fiction ».

[512] THOMAS (Y.), « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 21, 1995, pp. 17 et s.

courantes, de notre esprit, et se trouve même en quelque façon, nécessité par l'infirmité naturelle de celui-ci. Notre faculté, de créer des concepts vraiment nouveaux, répondant aux exigences de l'évolution du monde, en même temps qu'adéquats aux réalités qu'ils saisissent, est infiniment lente, et, au fond, des moins fécondes. Il faut donc nous accommoder d'un nombre limité de concepts, bien définis, capables d'encadrer fermement les directions morales et économiques de l'humanité »[513]. Il poursuit en insistant sur la nécessité des fictions juridiques. Elles sont, selon lui, indispensables à la mise en œuvre d'un droit socialisé. « Comment, s'interroge Gény, y parvenir autrement, - la volonté suppléant aux lacunes de l'entendement, - qu'en procédant, suivant une pente naturelle de l'esprit, à des assimilations même forcées, ou plutôt, en classant, sous des concepts préalablement établis, les situations nouvelles, que les progrès de la vie sociale soumettent à l'exigence d'un règlement, impossible à constituer de toutes pièces ? A quoi s'ajoute, pour accentuer cette nécessité, le besoin, instinctif et toujours plus profondément senti, d'une continuité régulière et méthodique dans le développement juridique. Or le résultat voulu nous est directement procuré par la fiction, qui joue, particulièrement dans le droit positif, un rôle important, en raison même de l'influence de l'esprit sur semblable domaine d'action »[514]. La conclusion de Gény est très explicite. Le mécanisme des fictions participe de la socialisation du droit. Il relève, en effet, qu' « au fond, (…), la fiction juridique ne constitue pas plus que l'adaptation, particulière au but propre du Droit, d'un procédé usuel d'enrichissement de la vie sociale. Elle n'enferme aucun mystère. Et, il s'agit seulement, (…), avant tout, de l'envisager ingénument en elle-même, d'en fixer les caractères spécifiques, d'en découvrir les fonctions, d'en constater le champ d'application »[515].

---

[513] GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Troisième partie : *Elaboration technique du droit positif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1921, n° 240, p. 365.

[514] *Ibid*., pp. 365-366.

[515] *Ibid*., p. 366.

Selon ces propos, la fiction serait donc un procédé de mise en conformité du droit avec la réalité sociale. Cette conception peut étonner dans la mesure où le sens commun paraît opposer réalisme et fiction. Dans son fonctionnement, la fiction s'apparente, en première analyse, à une technique fallacieuse consistant à tenir pour juridiquement avérée une situation qui est manifestement en contradiction avec la réalité naturelle[516]. C'est, en effet, « avec rien moins que la « réalité » qu'elle entreprend de biaiser »[517]. Son usage donne lieu à un accueil relatif dans la doctrine juridique. Certains estiment que le terme fiction renvoie « au procédé extrême, radical, qui consiste à falsifier sciemment et à dénaturer la vérité »[518]. Il faudrait ainsi y recourir avec précaution car « la fiction, ainsi entendue, ne saurait être qu'exceptionnelle, alors que les autres procédés du conceptualisme juridique, (…) sont la monnaie courante de l'élaboration intellectuelle du droit »[519].

Contre cette analyse, il faut admettre que la technique de la fiction révèle la dualité de la norme juridique[520]. Dans ce sens, elle ne provoque pas une déformation de la réalité. En effet, la règle et ses modalités d'application sont des éléments d'une même réalité. Saleilles y revient longuement lorsqu'il évoque la notion de relation juridique. Ce dernier affirme que « du moment que l'on introduit dans la sphère du droit un élément de concept intellectuel, une part de conventionnel, on se trouve tenté de dire qu'il n'y a de fictions

---

[516] Il est en effet entendu que la fiction exprime « un fait contraire à la nature des choses » : DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales …*, *op. cit*, p. 243 ; elle constitue, dans une certaine mesure, une sorte de « légitimation du faux » : FORIERS (P.), « Présomptions et fictions », in PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.) (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, n° 2, p. 7.

[517] CAYLA (O.), « Ouverture : Le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça » », *Droits*, 21, 1995, p. 3.

[518] DABIN (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif – Spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935, p. 283.

[519] *Ibid*., p. 284.

[520] V. sur ce point WICKER (G.), *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 253, 1997, p. 10 : « toute tentative d'une conception unitaire est irrémédiablement vouée à l'échec, car toute règle juridique soulève deux interrogations par leur nature absolument distinctes : celle de son opportunité et celle de sa rectitude logique au regard de la construction juridique générale. Il s'ensuit que le jugement de valeur dont dépend la qualification de fiction répond nécessairement à l'une de ces deux interrogations à l'exclusion de l'autre ».

nulle part, et que, dans toute relation juridique, du moment qu'elle est acceptée comme telle, il y a réalité de droit. En effet, il faudrait le dire, si on prend ce mot de réalité juridique au sens large, comme synonyme de phénomène juridique, produisant des effets de droit. Mais il va de soi aussi que, dans la mesure où l'on oppose la réalité à la fiction, (…), ce terme de réalité juridique, prend, dès lors, un sens spécifique, qui se distingue de l'autre. (…) Lorsque l'on parle de réalité juridique au sens propre du mot, on entend, par là, une relation qui se crée en quelque sorte d'elle-même, par suite de l'adaptation des principes généraux du droit à la réalité, sans qu'il y ait création proprement conventionnelle de la part de la loi et de la coutume. (…) En pareil cas, la réalité juridique s'identifie en quelque sorte, avec la réalité de fait qu'elle recouvre, comme en matière de propriété le droit, entendu d'une relation immatérielle, se confond dans l'esprit avec la chose elle-même »[521].

La permanence du mécanisme des fictions juridiques suscite une « « interrogation plus large sur le vrai sens du réalisme du droit contemporain »[522]. La technique s'insère directement dans le sens de cette évolution. Comme procédé d'adaptation, la fiction traduit proprement une réalité. Elle imprime au droit un élément de réalisme. Saleilles en entreprend encore la démonstration : « c'est bien là, écrit-il, une réalité au sens large du mot, puisqu'il y a un effet de droit parfaitement réel qui se produit. Mais ce n'est plus une réalité de droit au sens spécial et vraiment scientifique, puisqu'elle se produit par opposition aux productions naturelles du droit. Il est vrai que le jour, où, avec le temps, les conceptions normales auront changé, ce qui était fiction au début deviendra réalité par la suite, puisqu'il y aura, dès lors, adaptation normale entre les effets produits et le système

---

[521] SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique – Histoire et théories – Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, éd. « La mémoire du droit, 2003, réed., pp. 605-606.

[522] HANNOUN (C.), « Les fictions en droit économique », *Droits*, 1995, n°21, p. 93.

juridique de droit commun auquel ils se rattachent. Qu'est-ce, en effet, qu'une fiction qui devient indispensable sinon une réalité ? »[523].

La fiction participerait donc de la véritable rationalité du droit. Elle place le droit en prise avec la réalité et permet qu'il devienne profondément social. Selon certains, en effet, elle « réaffirme la fonctionnalité de la pensée juridique qui saisit la réalité dans une dynamique sociale »[524]. Dans cette analyse, c'est l'univers juridique qui s'élabore dans le mépris de la fiction qui restitue une image déformée de la réalité. Le rejet de la fiction assoit « la fixation arbitraire d'une réalité en perpétuelle mutation historique : la staticité de la dogmatique ne pourrait se donner que comme « fiction » de la réalité »[525]. Il est désormais admis que la fiction n'altère pas la réalité, elle la consacre[526]. L'abstraction qui la caractérise offre au droit un ancrage dans la réalité. Elle permet, dans le même temps, l'assimilation de nouvelles données sociales et l'adaptation de la règle juridique. La fiction laisse constater une certaine coïncidence entre les deux propositions que forment le droit et le fait. Elle apporte selon Gény un remède à « l'infirmité de notre esprit, impuissant à créer sans cesse des concepts parfaitement adéquats aux réalités et obligé, par suite, suivant le hasard des rencontres, à faire entrer les choses et les faits en des concepts préétablis »[527]. Elle est par la même, « une méthode de raisonnement »[528], « un procédé de

---

[523] SALEILLES (R.), *De la personnalité…*, *op. cit.*, p. 606.

[524] ZACCARIA (G.), « Le juriste et la volonté : quelques notes sur Betti et les fiction juridiques », *Droits*, 1995, n°21, p. 138.

[525] *Ibid.*, p. 137.

[526] « Si par fiction on entend la méconnaissance de la réalité, cette fiction, bien loin d'être une méconnaissance de la réalité, est un hommage rendu à la vérité scientifique. Voici pourquoi. Quel que soit le domaine dans lequel vous rencontrez des fictions, vous trouvez toujours le processus suivant : le législateur pose une règle générale. Plus tard, il s'aperçoit que cette règle ne correspond pas aux nécessités sociales. Dès lors, si la règle primitive a été posée d'une façon trop générale ou, au contraire, d'une façon trop restrictive, le législateur est obligé d'instituer une nouvelle règle sur ce qu'on appelle une fiction qui vient simplement corriger la règle ancienne qui se trouvait mal formulée, qui était inexacte, qui constituait une erreur au point de vue scientifique »[526] : WEILL (A.) in « Le problème des fictions en droit civil », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1947, t. III, 1947, p. 290.

[527] GENY (F.), *Science et Technique …*, *op. cit.*, n°243, p. 378.

[528] *Ibid.*, p. 9.

technique juridique »[529] qui « appartient à la pragmatique du droit »[530]. L'usage dans les contours du droit des biens du mécanisme de la fiction lui imprime l'abstraction indispensable à sa socialisation.

B. L'abstraction du droit des biens

Si elle investit assez diffusément l'espace juridique, la notion de fiction est particulièrement agissante en droit des biens. La discipline est, par conséquent, marquée par un certain degré d'abstraction. Elle repose précisément sur la mise en œuvre d'une fiction, au sens général du terme. En effet, la finalité même du droit des biens est de proposer, à travers ses catégories et ses instruments une recomposition intellectuelle de l'ordre naturel et matériel. Il officie par voie de représentation. La fiction investit d'ailleurs le droit des biens depuis le départ de cette réorganisation. La matière développe une ouverture à la notion de fiction à travers les objets qu'elle appréhende. Dekkers a mis en évidence ce rapport originel en relevant que « quand nous parlons de biens, nous parlons de choses qui ne se trouvent point dans la nature, et qui, par conséquent, pour la nature, sont irréelles, sont des fictions »[531]. Dès l'origine, lorsqu'il applique la qualité de biens aux choses, le droit des biens affiche son caractère abstrait puisque « ces qualifications reposent déjà sur des opérations intellectuelles, en l'occurrence l'abstraction »[532].

---

[529] BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 2003, p. 325.

[530] THOMAS (Y.), "*Fictio legis*…", art. préc., p. 17.

[531] DEKKERS (R.), *La fiction juridique – Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, n° 28, p. 23.

[532] *Ibid*.

En réalité, c'est plus généralement le droit qui est présenté comme une fiction[533] ou comme une abstraction. Par extension, l'abstraction touche également le droit des biens. Elle affecte ses concepts et ses constructions. Cette perméabilité à la notion de fiction est favorisée par l'abstraction qui caractérise la détermination des droits subjectifs. L'idée de droit subjectif forme l'assise profonde de l'univers juridique. Elle participe également à inscrire l'abstraction dans les contours mêmes du droit des biens. C'est encore Dekkers qui décrit cette relation. « Toute la technique juridique, explique ce dernier, gravite autour de la notion de droit subjectif, qu'elle dissèque ou compose, toujours en vue de faciliter l'assimilation du droit. Mais si tout droit subjectif est un produit de l'abstraction, les notions qu'il permet d'édifier participent nécessairement de ce caractère. Ainsi, tout ce qui existe, sauf l'être humain, est pour le droit une chose. Or envisager les choses par rapport à leur propriétaire fournit la notion de bien, pure abstraction »[534].

Le droit des biens est donc largement imprégné par les notions d'abstraction et de fiction. Cette particularité lui procure une réceptivité à l'emploi des fictions juridiques. Le procédé que l'on rencontre assez fréquemment dans les cadres du droit des biens[535] est, en réalité, une modalité de réalisation de la socialisation de la discipline. Il permet son adaptation aux situations nouvelles. En réalité, ce recours à l'abstraction permet de simplifier la réalité matérielle en soumettant les choses qui la composent à un régime existant. La souplesse de la qualification de biens permet, en effet, de consacrer l'existence de

---

[533] V. notamment LECOCQ (L.), *op. cit.*, p. 223 : « Le droit est purement subjectif. S'il a pour base des faits extérieurs à l'esprit, des faits naturels, il les traduit en données tout intellectuelles, toute conventionnelles », SALEILLES (R.), *De la personnalité…,op. cit.*, p. 603 : « le droit n'est pas une réalité de l'ordre matériel, mais un concept de l'esprit, une relation qu'il établit entre une réalité de l'ordre externe et les objets soumis à son appropriation et à sa dépendance ». V. encore CAYLA (O.), art. préc., p. 5, l'auteur désigne le « droit lui-même comme fiction » et ajoute, qu' « il arbore lui-même la forme, artificiellement forgée par la volonté, d'un idéal à atteindre, avec pour résultat qu'aucun de ses concepts ne saurait apparaître autrement, dans ses rapports avec la réalité naturelle, que comme un être fictif ».

[534] DEKKERS (R.), *op. cit.*, n° 24 et 25, p. 21

[535] Rappelons, en effet, que certains objets que le droit des biens accueille sont considérés comme des fictions. On songe notamment au patrimoine, qui est l'enveloppe fictive ayant vocation à recueillir les droits, obligations et biens d'une personne. On pense également aux immeubles par destination qui constituent au sens où l'entendent certains des « fictions-concepts », c'est-à-dire, « des moyens conceptuels contingents, constitués par des aménagements de forme plus que de fond », v. sur ce point : BERGEL (J.-L.), « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de Mc. Gill*, vol. 33, 1988, p. 374.

richesses nouvelles dans le champ précis du droit des biens. Il permet de mettre en correspondance le droit des biens avec le contexte socio-économique dans lequel il se développe.

Sur un plan juridique, le procédé que met en œuvre la fiction est « par sa nature, un acte de l'esprit, et par son mécanisme, une assimilation »[536]. Il constitue un moyen « pour obtenir le résultat souhaitable qui serait conforme à l'équité, à la justice ou à l'efficacité sociale »[537]. La fiction procède donc de l'équité et de l'idée de justice. Dans ce sens elle vise à élaborer une solution « plus juste que la réalité »[538]. Elle contribue « à l'évolution progressive du droit »[539]. Saleilles l'associe explicitement à la socialisation du droit quand il relève que « le droit, au cours de son histoire, n'a vécu que de fictions ; c'est par elles qu'il est sorti des cadres souvent trop étroits et trop rigides de la loi, pour déborder au dehors, se développer et progresser »[540].

D'un point de vue mécanique, la fiction agit par voie d'assimilation et d'analogie. Elle repose, en effet, sur « un simple procédé d'analogie extensive pour étendre, d'une espèce à l'autre, une même réglementation légale »[541]. Ainsi, « Dans nombre d'hypothèses, la fiction consiste à assimiler une chose à une autre. (…) Dans les cas où la raison d'être des deux règles est la même, l'assimilation repose au fond sur un raisonnement voie d'analogie : la nécessité pratique d'observer la loi ou de paraître l'observer a pu amener la pratique à arriver au but par voie de fiction, mais celle-ci dissimule une analogie de

---

[536] *Ibid.*, p. 38.

[537] PERELMAN (C.), *Ethique et Droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 593.

[538] CORNU (G.), *Droit civil …*, *op. cit.*, n° 211, p. 95.

[539] SALEILLES (R.), *De la personnalité*, *op. cit.*, p. 383.

[540] *Ibid.*, p. 382.

[541] *Ibid.*, p. 383.

situation dont on a tiré avec raison une identité de solution »[542]. Elle s'entend de la satisfaction d' « un besoin de l'esprit : celui de simplifier les solutions en les concentrant »[543].

L'usage des fictions permet de lever l'obstacle lié à la rigidité des catégories juridiques sans compromettre l'intégrité de l'architecture du droit. Il constitue une technique d'ajustement destinée à « sauver la forme du droit, sans rien sacrifier aux mouvantes nécessités du fond (…), pour réduire au minimum la dépense et la création légales»[544]. La fiction est donc en relation avec l'idée d'économie du droit[545]. Dans un premier temps, elle permet de préserver la stabilité de l'ordre juridique et de ne pas en bouleverser l'économie structurelle. Ensuite, par rattachement d'une situation à une catégorie déjà forgée, elle permet de réaliser l'économie d'une nouvelle disposition. La fiction s'identifie à l'« art d'utiliser à des fins nouvelles le matériel existant »[546]. Comme procédé d'adaptation de « l'ancien au neuf »[547], la fiction opère toujours à la lumière du contexte social dans lequel la norme s'insère.

La permanence du droit des biens et de ses objets est, pour une large part, le fait de la fréquentation de la notion de fiction. C'est principalement l'abstraction que l'on attribue à la qualification de bien qui a permis à ses instruments de se maintenir. La catégorie des biens sur laquelle repose la matière est soumise à des considérations d'opportunité. Elle s'étend à raison des ressources nouvelles que le contexte met à jour. En accueillant des

---

[542] DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales…*, *op. cit.*, p. 239.

[543] *Ibid*., p. 247.

[544] DEKKERS (R.), *La fiction juridique*, *op. cit*., n°164, p. 103

[545] Celle-ci est développée notamment par : DEKKERS (R.), *in La fiction juridique…*, op. cit., p. 102 et DEMOGUE (R.), *in Les notions fondamentales…*, *op. cit*., p. 238.

[546] *Ibid*.

[547] THOMAS (Y.), « *Fictio legis …* », art. préc., p. 19.

objets nouveaux, le droit des biens offre une « simplification de la réalité matérielle »[548]. Cette réduction de la complexité du réel est la base même de sa socialisation puisqu'elle consacre son évolution dans un sens social. Cette simplification de la réalité matérielle pour mieux appréhender *le social* s'accomplit encore par le biais de certains mécanismes qui présentent la caractéristique commune d'installer entre les biens une certaine équivalence.

§ 2. L'apport des mécanismes visant à installer une équivalence entre les biens à la socialisation du droit

Le droit des biens abrite des mécanismes qui entretiennent entre eux une profonde proximité. Ces mécanismes interviennent pour établir une certaine indifférence entre des objets, à l'origine, distincts. Ils entreprennent de traiter une pluralité de biens sous l'angle de l'équivalence. Ils consacrent l'identité juridique de choses hétérogènes ou différemment appropriées. Un détour par les éléments de définition propre à chacun de ces mécanismes est de nature à révéler cette liaison (A.). En réalité, ces mécanismes portent à concevoir les biens sous l'angle de l'utilité qu'ils peuvent procurer. Ils partagent une même finalité en participant tous au projet d'installer la socialisation dans le cadre du droit des biens (B.).

---

[548] *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, v° « Fiction ».

A. L'essence des différents mécanismes

1. Le concept de fongibilité

On considère, généralement, comme fongibles les « choses qui, n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement »[549]. La notion de fongibilité installe « un rapport d'équivalence entre deux choses, en vertu duquel l'une peut remplir la même fonction libératoire que l'autre »[550]. C'est donc le critère de l'interchangeabilité qui constitue la base de la qualification des choses fongibles. Il évoque la possibilité d'une substitution entre certains éléments de même genre dans la perspective d'un paiement ou d'une restitution.

Deux idées majeures ont été mises en relief à propos de la notion de fongibilité : « l'idée de rapport et l'idée de fonction »[551]. Selon la première, la qualification fondée sur le critère de fongibilité dépend d'une certaine approche de la pluralité et du collectif[552]. Il faut, *a priori*, prendre en considération tous les éléments d'une même catégorie pour envisager leur rapprochement. En effet, « la fongibilité n'est pas une qualité intrinsèque d'une chose considérée isolément (…). La fongibilité d'une chose dépend d'une autre

---

[549] CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° « Choses fongibles ».

[550] PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. III, Paris, LGDJ, 1952, n°58, p. 163 ; v. également : ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 39 ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Les biens*, op. cit., n° 155 et s. ; v. également : DROSS (W.), *Droit des biens*, Paris, Montchrestien, 2012, n° 50 et s., lequel indique que la fongibilité permet de développer la valeur d'échange des choses de genre : « la fongibilité paraît fondamentalement résulter de ce que le créancier s'intéresse moins à la valeur d'usage de la chose, conditionnée par son enveloppe matérielle, sa valeur d'échange ».

[551] HUMBERT (H.), *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, th., Paris, 1940, p. 13.

[552] Il faut d'ailleurs indiquer qu'à l'inverse la spécificité d'une chose non fongible est de se laisser saisir uniquement par son individualité. Dans le sens de ce raisonnement *a contrario*, il faut admettre que « l'individualité supprime la fongibilité » : LAUDE (A.), « La fongibilité », *RTD. Com*, 1995, p. 315.

chose avec laquelle elle soit fongible. (…) Lorsqu'on dit, par conséquent, que certaines choses sont fongibles, c'est par abus de langage qui veut exprimer qu'il existe d'autres objets qui constituent le deuxième terme du rapport d'équivalence dont les choses envisagées sont le premier terme »[553]. L'idée de fongibilité introduit celle d'altérité puisqu'elle s'apprécie toujours « par voie de comparaison entre deux choses »[554]. Il faut également remarquer que la création de ce rapport d'identité a une destination particulière. Il s'agit d'assigner aux deux termes assimilés la même fonction. Dans ce sens, « deux choses fongibles sont donc deux choses qui sont également aptes à jouer le même rôle, à remplir la même fonction »[555]. La mise en œuvre de la fongibilité correspond à une finalité concrète. Elle valide « le rapport d'équivalence existant entre deux ou plusieurs choses capables de remplir la même fonction libératoire, aboutissant à créer entre elles une certaine interchangeabilité qui peut se traduire par l'emploi, pour chacune d'elles, de la même unité »[556]. Moyennant une certaine concordance entre les choses elle établit, par suite « une unité dans le genre »[557].

La fongibilité s'attache normalement à la physique des choses. Elle s'entend de leur disposition naturelle à développer une équivalence objective. Elle s'applique à des choses de même nature et de même série, de même espèce. La fongibilité met en œuvre l'idée de valeur de remplacement[558]. Elle s'accomplit généralement *« naturaliter »* et entre deux

---

[553] HUMBERT (H.), *Essai sur la fongibilité …*, *op. cit*, p. 13.

[554] PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique …*, *op. cit*., n° 58, p. 163.

[555] HUMBERT (H.), *Essai sur la fongibilité…*, *op. cit*., p. 15.

[556] *Ibid*., p. 19.

[557] JAUBERT (P.), « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.*, 1945, p. 85.

[558] C'est pour cette raison que, malgré la diversité des instruments qu'elle fait circuler, la monnaie se prête idéalement au jeu de la fongibilité. Elle offre « un pouvoir d'achat indifférencié » et, par conséquent, la fongibilité « existe entre tous les instruments monétaires malgré leur hétérogénéité matérielle » : CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 3 *Les biens* : *Monnaie, immeubles, meubles*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 17ème éd., 1997, n° 53, p. 110.

choses présentant une matérialité égale. C'est ce que suggère le premier alinéa de l'article 1291 du Code civil[559] en indiquant que le mécanisme de la compensation ne peut s'accomplir qu'entre deux choses fongibles ayant la même nature et appartenant à la même catégorie. Néanmoins, bien que la loi n'attribue cet effet compensatoire qu'à cette seule hypothèse, la pratique est venue consacrer une certaine extension de la fongibilité. Dans un intérêt économique, il semble que la fongibilité puisse s'exercer au profit de choses d'espèces différentes. Comme l'indique Carbonnier, « on peut faire abstraction de certaines différences, jugées secondaires, pour traiter comme fongibles des biens qui, à première vue, ne sont point identiques »[560]. Dans cette perspective il souligne que « le droit, (…) ici encore, a remodelé la nature, et souvent, plutôt que d'après des données physiques, c'est d'après l'usage des affaires ou l'intention des contractants que se fait, en dernière instance, la distinction entre biens fongibles et non fongibles, *commercialiter* et non plus *naturaliter* »[561]. Ce « correctif volontaire »[562] permet de ramener à une conception unitaire des objets, *a priori*, différents. Il forme aussi la base d'une notion particulière : la fongibilité subjective[563]. C'est sous le couvert de celle-ci que se place l'idée d' « équivalence relative »[564] ou d' « équivalence par destination »[565]. Elle se

---

[559] « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ».

[560] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n°53, p. 109.

[561] Ibid. ; v. également sur ce point : MARLY (P.-G.), *Fongibilité et volonté individuelle - Etude sur la nature juridique des biens*, Préf. DELEBECQUE (Ph.), Paris, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004, selon lequel la fongibilité renvoie davantage à une aptitude qu' à un état ; Pour une analyse plus large sur le rôle de la volonté dans la qualification juridique des choses : TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris 1955, Préf. LE BALLE (R.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1957.

[562] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens, op. cit*., n°156, p. 48 ; v. également : TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 8ème éd., 2010, n° 11, p. 15 et s.

[563] Elle a un rôle à jouer non pas au titre de la compensation légale (article 1291 du Code civil) mais au titre de la compensation conventionnelle.

[564] JAUBERT (P.), « Deux notions du droit des biens… », art. préc., p. 99.

[565] *Ibid*.

produit lorsque l'on accorde à deux choses un intérêt identique. En effet, « La fongibilité peut exister subjectivement entre deux choses, du moment que ces deux choses présentent pour un individu le même intérêt »[566]. Ces éléments de définition laissent apparaître une certaine évolution de la notion de fongibilité. Son expansion révèle la volonté d'établir plus régulièrement une relation d'équivalence entre les biens. Qu'elle consacre une réalité physique ou économique, la fongibilité procède par assimilation et réduction de la complexité liée au monde des choses. Elle facilite, dans ce sens, l'appréhension des biens en organisant la substitution d'un bien à un autre. La subrogation emprunte également à ce mécanisme.

2. Le concept de subrogation réelle

Le terme « subrogation », selon une approche sommaire, « éveille l'idée d'une substitution soit d'une personne, soit d'une chose à une autre »[567]. Ce premier élément constitutif repose sur l'étymologie du mot[568]. C'est précisément le procédé de la subrogation réelle qui permet d'établir juridiquement une liaison entre deux biens. La subrogation réelle reçoit au terme de certaines définitions la qualité de « fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités »[569]. Vivement critiquée, cette explication laisse apparaître une résurgence de la théorie classique. Elle a notamment été exposée par Aubry et Rau, à travers leur théorie du

---

[566] *Ibid*.

[567] CAPITANT (H.), « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.*, 1919, p. 386. Sur ce thème v. également : TERRE (F.), SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 489 et s. ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Les biens*, op. cit., n° 142 et s. ; CARBONNIER (J.), *Droit civil*. t. 3. *Les biens, op. cit*, n° 62 et 65 ; DROSS (W.), *Droit des biens*, op. cit., n° 173 et s ; l'auteur souligne d'ailleurs le dynamisme qu'insuffle le procédé de la subrogation réelle à l'ensemble dans lequel on le met en œuvre.

[568] Il provient du latin : *subrogatio, subrogare* et signifie littéralement : « subroger, élire en remplacement » : CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., v° « Subrogation ».

[569] *Ibid*.

patrimoine[570]. Dans cette conception, la subrogation réelle ne s'exercerait de plein droit que dans les universalités. Pour contredire cette fiction, certains auteurs, à qui l'on attribue la fondation des théories modernes de la subrogation réelle[571], se sont attachés à attribuer au mécanisme un plus large domaine d'intervention. Pour Demogue, Saleilles et Planiol notamment la subrogation est une véritable réalité juridique qui repose sur la volonté des particuliers et de la loi. Ce travail a été complété par d'autres études. Il apparaît désormais que la notion de subrogation réelle s'est étendue au-delà des frontières admises par les auteurs classiques. Dans ses caractéristiques essentielles, la subrogation est une technique de substitution à l'intérieur d'une relation juridique, d'un objet nouveau à l'objet antérieur. Au terme de cette opération, c'est l'identité de statut entre les deux biens concernés qui est visée dans l'hypothèse où la subrogation réelle joue.

En raison de leur intimité[572], une confusion s'installe parfois entre les notions de fongibilité et de subrogation réelle. Elles doivent pourtant être distinguées. En effet, comme le soulignent F. Zenati et Th. Revet, « bien que leur ressemblance séduise, les deux institutions répondent à des préoccupations différentes. Le fait que deux choses soient interchangeables ne répond pas nécessairement à la question de savoir si l'une doit prendre la place de l'autre »[573]. L'idée de subrogation réelle introduit une réflexion sur l'opportunité juridique d'admettre le remplacement d'un bien par un autre bien alors considéré comme équivalent.

---

[570] V. à ce propos : MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, t. I, Paris, Sirey, 2ème éd., 1972, n° 293, p. 471

[571] V. sur ce point : HENRY (A.), *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, th. Nancy, Paris, Rousseau, 1913, PP. 63-7.

[572] V. à ce propos : CERBAN (A.), « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD. civ.*, 1939, p. 5.

[573] ZENATI (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, Paris, PUF, 1997, 2ème éd., p. 105, n° 85.

Dans l'ordre des mécanismes qui s'attachent à établir une certaine solidarité entre les biens, on rencontre également, dans les contours du droit des biens, le concept d'accession.

3. Le concept d'accession

La théorie de l'accession est une application de l'adage : « l'accessoire suit le principal » (*accessorium sequitur principale*). Si la règle de l'accessoire irrigue assez largement tout le droit privé, elle apparaît plus précisément solidement ancrée dans le droit des biens[574]. Elle vient, comme le souligne Carbonnier, au soutien de la cohérence de nombreux groupements de biens. Elle porte, en effet, à considérer que « même matériellement distincts, deux biens peuvent être unis par une sorte d'attraction, si l'un est l'accessoire de l'autre, c'est-à-dire s'il le complète de quelque manière. (…) L'accessoire n'est pas indispensable à la définition du principal, mais il apporte une utilité supplémentaire »[575]. L'institution de l'accession appelle, par suite, « la communication, à l'accessoire, de la condition juridique du principal »[576].

A chaque fois que le mécanisme de l'accession est appelé à déployer ses effets, il faut l'identité juridique des éléments qui se trouvent associés. C'est, en dernier ressort, une unité, la formation d'un objet unique de propriété qui découle de son intervention. L'accession est en cela un procédé, qui permet de dépasser l'apparente indépendance des choses à assortir, de tourner l'obstacle de leur éventuelle hétérogénéité pour les soumettre à un régime unitaire. La technique est encore au service de cette inclination qui conduit à

---

[574] Sur ce sujet : GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. TALON (D.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 93, 1969 ; v. également : COTTET (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, Préf. ROCHFELD (J.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 544, 2013.

[575] CARBONNIER (J.), *Droit civil*- t. 3- *Les biens*, *op. cit.*, p. 120, n° 59.

[576] *Ibid*.

se représenter les choses sous le rapport de l'équivalence et l'identité. L'accession est un phénomène matériel, qu'il soit d'origine naturelle ou artificielle, par lequel le propriétaire de l'accessoire se trouve évincé au profit du propriétaire du principal. Elle ne saurait être réduite au seul fait de l'union entre deux biens différemment appropriés. Néanmoins, un tel rapprochement est une condition *sine qua non* de sa réalisation[577]. Un tel lien permet d'apporter un complément d'utilité aux services du bien originel. On remarque encore que la théorie de l'accession révèle une certaine tendance du droit à l'expression de l'unité ainsi qu'une certaine vocation des biens à se trouver réunis pour former un ensemble.

Ces rapprochements s'effectuent généralement en considération d'un intérêt social ou économique. Il faut, en effet, développer l'utilité des biens au regard de l'individu, satisfaire aux besoins nouveaux qui apparaissent dans l'ordre matériel, favoriser le crédit et faciliter la circulation des richesses. Stimulé par les techniques évoquées, le droit des biens affiche une propension à l'extension et à la socialisation. S'ils diffèrent dans leur principe, il est tout de même possible de déceler dans le recours à ces mécanismes une finalité commune.

B. La finalité commune des différents mécanismes

L'objectif que traduit la socialisation du droit commande de mettre en phase le droit avec la réalité économique et sociale. Les mécanismes que désignent les notions de fongibilité, de subrogation réelle et d'accession contribuent à installer cette conception dans le champ du droit des biens. Leur intervention en faveur de l'installation d'une identité entre les

---

[577] Pour de plus amples développements, v. DROSS (W.), *Le mécanisme de l'accession – Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. Nancy II, 2000, n°15, p. 23. L'auteur privilégie en outre le terme « rapprochement » pour évoquer l'union des biens et mettre en relief la relativité de la matérialité du lien exigé pour appliquer le mécanisme de l'accession : n° 22 et s.

choses, permet de faire évoluer la notion de bien qui se pare d'une coloration économique. Cette conception participe à la construction d'une image réaliste du droit des biens.

C'est notamment en procédant à l'étude de la notion de fongibilité que les auteurs ont mis en relief la correspondance qui existe entre ces techniques et l'élaboration d'un droit socialisé. La fongibilité constitue l'élément fédérateur, le critère de rattachement des biens à une catégorie. Elle permet d'attraire les choses vers l'unité d'une classification. L'importance de l'opération visant à distinguer les biens selon leur fongibilité s'est considérablement accrue sous l'effet du développement de la dématérialisation et extension du domaine de l'appropriation. Elle joue même un rôle amplificateur. En effet, « cette dématérialisation du droit de propriété est accentuée par la fongibilité qui rend plus facile la circulation des richesses et la mobilité des fortunes »[578]. L'ancrage de la notion à la réalité économique assoit son importance au regard de la classification des biens[579]. Elle pourrait être au cœur d'une recomposition des distinctions généralement décrites comme majeures. Ainsi, la présentation qui annonce la qualification des biens en choses fongibles et en choses non fongibles, comme un mode secondaire de classification mérite d'être nuancée. Si elle reçoit encore aujourd'hui ce qualificatif c'est parce qu'elle intervient en second lieu après le regroupement des biens sous la catégorie des meubles et des immeubles. Ce n'est donc pas l'intérêt qu'on lui prête qui est secondaire. Certains remettent d'ailleurs explicitement en cause ce caractère. Selon eux, la fongibilité permet la circulation des biens. Les choses de genre, par principe fongibles, sont des objets privilégiés du commerce. Elles procurent, par l'équivalence qui les caractérise, une certaine sécurité aux transactions. Par conséquent, comme le souligne A. Laude, « ce terme de « secondaire » ne doit cependant pas abuser : tout au contraire, les choses

---

[578] LAUDE (A.), « La fongibilité », art. préc., p. 308 ; v. également : TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 11, p. 15 : « Les faveurs accordées à la dématérialisation des biens (…) vont de pair avec une certaine poussée de la fongibilité ».

[579] *Cf. infra*, pp. 275 et s.

fongibles tirent de leur nature de chose de genre, un élément de supériorité qui les met à l'abri de la disparition »[580].

Le critère de fongibilité offre une illustration des plus significatives de « l'insertion et de l'utilisation des choses dans l'ordre économique »[581]. La catégorie que désigne le terme « fongibilité » est suffisamment flexible pour accueillir une pluralité de choses et permettre l'intervention de la notion d'utilité dans la qualification des biens. La fongibilité institue, en effet, un rapport d'équivalence au terme duquel plusieurs biens sont appelés à servir une certaine utilité. Ce trait caractéristique détermine l'importance du mécanisme dans l'organisation du droit des biens. Selon F. Zenati et Th. Revet, l'accueil que le terme « fongibilité » permet de réserver à l'idée d'utilité, « montre le caractère cardinal de cette notion dans la vie juridique, qui est toute faite d'équilibre »[582].

La fonction que l'on assigne à l'idée de fongibilité révèle son ancrage dans l'hypothèse de la socialisation du droit. Il est permis d'adhérer à cette conception si l'on retient que la tentative égalitaire est une étape de la réalisation de la socialisation du droit. Le jeu de la fongibilité amène à établir une identité entre les biens qu'il convient d'appréhender. Il prescrit un certain recul par rapport à leur condition d'origine pour les affecter indifféremment à une même destination. Elle vise à aménager une équivalence au sein d'une même espèce. La fongibilité offre une assise, dans l'enceinte du droit des biens, aux idées d'égalité et d'identité de traitement. Dans l'ordre des biens, la fongibilité absolue, dont l'archétype est l'argent, semble en correspondance avec le principe de l'égalité formelle, égalité de type algébrique. Les développements de Carbonnier relatifs à la monnaie suggèrent cette corrélation. Selon lui, elle est « un bien en échange duquel il est possible d'acquérir indifféremment toute sorte de biens. Cette indifférenciation totale, qui est pour son possesseur une prodigieuse liberté, confère à la monnaie des caractères

---

[580] LAUDE (A.), « La fongibilité », art. préc., p. 307.

[581] TERRE (F.) et SIMLER (P.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n°15, p. 15,

[582] ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens, op. cit.*, n° 158, p. 246.

juridiques qui n'appartiennent qu'à elle : la fongibilité absolue, qui la rend apte, au moins par le jeu des dommages-intérêts à remplacer toute chose dans les paiements ; la parfaite neutralité, qui fait qu'elle ne peut jamais être illicite ou immorale par elle-même ; la liquidité congénitale, qui explique qu'elle n'ait jamais besoin d'évaluation »[583]. La notion de fongibilité subjective, dans la mesure où elle invite à composer avec la réalité économique semble renvoyer davantage à l'idée d'égalité matérielle et réelle. Elle sert plus concrètement la notion d'utilité. C'est l'égalité de traitement qu'elle vise qui amène à considérer les biens dans une relation d'équivalence. La fongibilité permet donc une projection de la thématique égalitaire dans l'enceinte du droit des biens. La notion offre également la perspective d'un renouvellement du domaine de la propriété. Elle organise la réception des objets susceptibles d'appropriation les plus divers et livre une conception réaliste et renouvelée du droit des biens.

Les mécanismes de subrogation réelle et d'accession participent également à cette entreprise de socialisation. L'accession notamment permet de développer l'utilité de la chose au profit de celui qui se l'approprie. Annoncée comme un mode d'acquérir par l'article 712 du Code civil[584], elle détermine un état de « plénitude de la propriété »[585]. Elle produit une certaine amplification des contours de la propriété. Ch. Atias attribue cette finalité à l'accession lorsqu'il indique qu'avec son intervention, la propriété « comporte un certain nombre d'accessoires matériels ou juridiques qui permettent ou complètent l'usage effectif normal des biens. Elle est même dotée d'une certaine propension à l'expansion. La propriété reconnue sur une chose tend à s'étendre à d'autres »[586]. Selon cette présentation, l'accession constitue donc un « véritable attribut

---

[583] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n°10, p. 28.

[584] « La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription ».

[585] ATIAS (Ch.), *Droit civil – Les biens, op. cit*., n° 106, p. 92.

[586] *Ibid*.

supplémentaire du droit de l'article 544 »[587]. Cette perspective qui tend à consacrer une certaine propagation de la propriété est conforme aux idées socialisantes en ce qu'elle assure l'extension du droit. Les mécanismes précédemment décrits viennent soutenir le fonctionnement de certains instruments que l'on rencontre dans le champ du droit des biens et qui contribuent à mettre en œuvre une identité en dépit de la diversité de départ qui frappe l'univers matériel.

Section 2 : Les instruments de simplification concourant à la socialisation du droit des biens

On rencontre dans les contours du droit des biens des instruments qui participent à la recomposition de la réalité matérielle. La nature est, par essence, plurielle. Elle amène à observer les choses dans un certain état d'isolement. Par le biais des objets qu'il élabore, le droit des biens s'accommode d'une réalité faite de diversité et assure la promotion de l'unité. Dans les catégories qu'il a forgées, il montre une nette disposition à assortir les éléments soumis à l'appropriation. Il établit entre eux une certaine solidarité.

Ce sont donc les notions d'ensembles et de groupements qui collaborent à la structure du droit des biens. Les instruments que le droit des biens privilégie interviennent pour organiser un rassemblement entre les biens. Il y a derrière cette approche totalisante le souci d'établir une cohérence entre certains objets appropriés. Elle révèle l'aptitude du droit des biens à procéder par voie d'assimilation. On découvre que, par les objets qu'elle accueille, la discipline s'accommode aisément de la complexité du réel. Elle offre de la

[587] *Ibid.*

simplifier en recourant à la technique du regroupement. Cette tendance s'épanouit toujours en considération d'impératifs essentiellement économiques et sociaux. En cela, le lien de fond entre cette simplification et la socialisation du droit paraît caractérisé.

L'unité envisagée se rapporte toujours à une masse de biens. Elle peut s'établir par le fait de certains objets au sein de cet ensemble de biens (§ 1). Il est également possible, par le concours de la personnalité, qu'elle s'organise, à la faveur d'un groupement, autour d'un ensemble de biens (§ 2) pour en faciliter l'appropriation.

§ 1. Les objets propres à installer une unité au sein d'un ensemble de biens

Le propre d'un ensemble est d'accueillir une pluralité d'objets. Pourvu d'une capacité à agréger les choses, l'ensemble n'a toutefois pas vocation à demeurer à l'état de collection désordonnée. En effet, le terme impose d'observer une concordance et une harmonie entre les éléments assemblés. L'ensemble évoque une totalité, un tout au sein duquel on observe une unité[588]. La technique juridique a développé des instruments qui révèlent l'inclination du droit des biens à associer ou à apparier les choses appropriées. Cette démarche se révèle caractéristique d'une certaine sensibilité aux idées socialisantes. Parmi les objets qui contribuent à installer une dépendance entre les biens, on constate la participation des universalités juridiques (A) et des immeubles par destination (B).

[588] « Ensemble : 1. Réunion d'éléments formant un tout que l'on considère en lui-même (…). 2. Unité résultant du concours harmonieux des parties d'un tout » : *Dictionnaire Larousse*, éd. 2013, v° « Ensemble »

A. La contribution des universalités juridiques à la construction d'un droit des biens socialisé

L'universalité juridique est généralement présentée comme un ensemble de biens affichant une certaine cohérence. Les universalités désignent un ensemble de biens formant une entité juridique complexe. Les universalités de droit, au sens comptable, désignent un ensemble de biens et de dettes considérés comme formant un tout dont les éléments d'actif et de passif sont indéfectiblement liés[589]. Dans le champ de ces dernières, on rencontre un objet singulier : le patrimoine. Il sera largement exposé dans la mesure où son évolution caractérise un état du droit socialisé. Le patrimoine est généralement conçu comme l'ensemble des biens et des obligations d'une personne. Observé sous l'angle de la diversité qu'elle aplanit, l'universalité de droit que représente le patrimoine, est un objet qui porte la traduction du projet de socialisation du droit et qui permet son inscription sur le terrain même du droit des biens. Si les idées socialisantes conduisent à la fréquentation du patrimoine, c'est parce qu'il offre d'appréhender les manifestations du *collectif* et de transposer la thématique égalitaire au traitement juridique des choses.

Cette conception est exposée par M. Xifaras qui indique que, le patrimoine comme « universalité juridique (…) constitue en totalité homogène une somme d'éléments divers, et les soumet par conséquent à un régime juridique unique. En produisant cet être juridique artificiel, la science juridique se dote d'un formidable moyen de penser et de faire fonctionner les collectifs, que ces derniers soient de biens (…), ou de personnes »[590]. Le patrimoine établit une certaine unité entre ses composantes en dépassant l'hétérogénéité des biens et des droits qu'il inclut. Par commodité de représentation, c'est

---

[589] Sur ce point v. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° « Universalité ».

[590] XIFARAS (M.), *La propriété – Etude de philosophie du droit*, *op. cit*., p. 211.

l'aptitude du patrimoine à agréger des éléments divers qui justifie cette tendance à l'unification. Il faut, en effet, relever que « la définition unanimement admise du patrimoine en termes d'ensemble (ou d'universalité) suggère d'emblée un premier apport : la capacité d'appréhender le collectif, d'unifier le divers »[591]. Le patrimoine apparaît comme un instrument théorique permettant de saisir la pluralité et le collectif. Il restitue une vue simplifiée du droit des biens. Il produit cet effet en rassemblant sous l'unité d'une même qualification, celle de bien, les différents objets qu'il abrite. Pour autant, cette présentation n'en revient pas moins à contrarier la nature composite du réel. R. Sève indique que cette question « de la détermination de l'unité d'une pluralité, celle des biens »[592] relève une posture philosophique traditionnelle. L'auteur souligne la permanence de cette démarche en notant que « ce problème de l'unité d'un divers est un problème métaphysique classique : comment expliquer l'unité d'une chose à travers la diversité de ses changements qualitatifs »[593].

La persistance de ces interrogations a donné lieu à des analyses différentes pour établir les fondements de la théorie du patrimoine. Les représentations actuelles font osciller le patrimoine entre unicité et affectation. Ce changement du paradigme attaché à la conception du patrimoine ne remet toutefois pas en cause l'unité qui s'élabore, plus généralement, au sein des universalités juridiques. Il faut évoquer les différentes étapes de cette construction doctrinale pour mesurer l'incidence de ces récentes évolutions. Dans l'approche classique développée par Aubry et Rau, le patrimoine est conçu comme un ensemble permettant d'accueillir tous les biens d'une personne. Ces auteurs proposent une analyse subjectiviste et personnaliste de la notion qui met en avant le lien qui existe entre le patrimoine et la personne. Au terme de cette construction, le patrimoine apparaît

---

[591] HIEZ (D.), *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Préf. JESTAZ (Ph.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 399, p. 15.

[592] SEVE (R.), « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : *La Théorie du patrimoine* d'Aubry et Rau », *in Les biens et les choses*, *APD.*, t. 24, 1979, p. 252

[593] *Ibid*.

d'ailleurs comme une simple « émanation de la personnalité »[594]. Cette perspective porte à concevoir que les actes de la vie juridique impliquent la personne avant même d'exposer ses biens. Le patrimoine constitue une entité où se rejoignent droits et obligations mais en rapport avec la personne. L'ensemble désigné par le patrimoine forme une universalité cohérente au lieu de demeurer à l'état de masse hétéroclite. Selon Aubry et Rau, « l'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle que soit la diversité de leur nature constitutive, ces objets, en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique, ils constituent par cela même, un tout juridique »[595].

Si on lui reconnait volontiers une valeur dogmatique[596] ou explicative[597], la théorie classique du patrimoine a aussi été l'objet de vives critiques dès la fin du 19ème siècle. Elles se sont concentrées, un temps, autour des propos de Gény qui voit un abus à la base même de cette élaboration. S'il dénonce généralement l'excès d'abstraction de la dogmatique juridique, il consacre des développements peu amènes au patrimoine[598].

---

[594] AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français …, op. cit.*, § 574 , p. 233.

[595] *Ibid.*, n°573, pp. 229-230.

[596] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n°8, p. 22.

[597] COHET-CORDEY (F.), « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD. Civ*, 1996, p. 819 et s.

[598] « Sans, indique-t-il, multiplier la série des applications, que m'offrirait en nombre chacune de nos théories générales, qu'il me suffise de signaler encore la construction juridique du Patrimoine (…). Le *substratum* de cet édifice, si laborieusement et si ingénieusement bâti, n'est autre chose qu'une pure conception de l'esprit, empruntant à la réalité un élément tout à fait simple, que le travail subjectif des interprètes a déformé et dénaturé, comme à plaisir. Assurément, il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et obligations d'une personne, comme formant un tout complexe, indépendant des objets particuliers qui le composent, et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique. Voilà la notion élémentaire du patrimoine (…). Mais, quand la conception subjective, essayant de s'élever plus haut, recherche, dans l'essence de la personnalité même, les attributs du patrimoine, (…) ne voit-on pas que son œuvre est devenue inutile et dangereuse » : in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, Paris, LGDJ, 1919, n° 67, pp. 127-128.

C'est principalement la relation que la théorie classique impose entre patrimoine et personnalité qui oppose les auteurs. On dénonce régulièrement l'extrême abstraction par laquelle le patrimoine se trouve calqué sur le concept de personnalité à laquelle il emprunte, par extension, son unité et son indivisibilité[599]. La justification donnée à l'idée d'unité du patrimoine divise. Plus largement, la doctrine juridique française s'est toujours trouvée embarrassée par « inconvénients pratiques du systématisme classique »[600]. La réception récente d'une conception objective du patrimoine a consacré un relâchement du lien qui l'attache à la personne. Comme l'indique G. Wicker, c'est dans l'idée d'affectation que cette conception trouve en France sa plus fidèle expression. Selon lui, cette notion d'affectation ou encore de destination « maintient (…) le lien entre le patrimoine et la personne. Néanmoins elle en restreint la portée, car ce n'est pas ce lien qui constitue le fondement de l'unité du patrimoine, mais la commune affectation de ses éléments à un même but »[601]. Ici, c'est, l' « unité d'intérêt »[602] qui constitue véritablement « le fondement de la cohésion patrimoniale »[603]. Désormais, on constate une certaine distance avec les principes classiques. La justification personnaliste de l'unité du patrimoine « a subi une érosion qui l'a infléchie et assouplie »[604]. Depuis longtemps

---

[599] « Ce point de vue aboutit forcément à la subtilisation des principes, et à l'outrance de la construction juridique. Les deux tendances s'exagèrent réciproquement. Plus un principe est abstrait, et plane, en quelque sorte, au dessus du droit, plus ses conséquences vont loin, et plus elles sont impérieuses ; et, de même, plus on veut grouper en systèmes larges et rigoureux les solutions extrêmes du droit, plus on est amené à chercher ses principes dans l'abstraction pure. Les deux effets désastreux de cette méthode sont dans le même caractère de réciprocité »[599] : JALLU (O.), *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, th. Paris, Rousseau, 1902, p. 93.

[600] HIEZ (D.), *Etude critique de la notion de patrimoine, op. cit*., n°4, p. 4.

[601] WICKER (G.), *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. AMIEL-DONAT (J.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 253, p. 187, n° 194 ; Bien qu'elle reprenne la conception allemande du patrimoine- but, cette théorie de l'affectation est déjà en germe chez Duguit : « dans ce que l'on appelle patrimoine d'une personne, il n'y a pas en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesse à un but déterminé », *Traité de droit constitutionnel*, t. III, p. 309.

[602] *Ibid*, n°197, p. 190.

[603] *Ibid*.

[604] CORNU (G.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n° 3, p. 8.

fustigée, elle semble aujourd'hui dépassée par l'instauration en droit français de la fiducie[605]. L'article 2011 du Code civil annonce la fiducie comme « 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 ». L'idée de destination est donc au cœur du mécanisme fiduciaire. La propriété fiduciaire devient une propriété affectée. Néanmoins, dans sa nature juridique, le patrimoine fiduciaire est une universalité de droit. L'institution fiduciaire ne remet pas en cause la définition qui consiste à attribuer au patrimoine la qualité d'universalité juridique ou de point d'ancrage de plusieurs universalités de ce type. Elle laisse intacte l'unité et la cohérence qui s'y développent. Elle n'affecte pas la définition la plus courante du patrimoine qui le désigne comme un ensemble comprenant les droits et obligations d'une personne.

Cette préservation a son importance lorsque l'on entreprend de réfléchir sur la socialisation du droit à la lumière des idées solidaristes. Le patrimoine assure la transposition dans le champ du droit des biens des aspirations qu'affiche le solidarisme. Certains traits communs permettent de mettre en relief cette proximité. D'emblée, il apparaît que les concepts de patrimoine et de solidarité partagent un même champ lexical. Dans les développements qui leur sont consacrés, on rencontre, en effet régulièrement les termes droits et obligations. La théorie de solidarité invite à installer une certaine réciprocité entre les droits et les devoirs sociaux de l'individu. Cette perspective est relayée, dans le cadre du droit des biens, par le patrimoine qui représente le siège où se rejoignent les droits de la personne et les conséquences de ses obligations. Cette connexité traduit l'apport significatif du patrimoine à la mise en œuvre d'une conception sociale du droit. C'est parce qu'il fait intervenir la figure de « l'obligé » que le patrimoine acquiert ce

[605] C'est une loi du 19 février 2007 qui consacre explicitement et dans des termes généraux le contrat de fiducie. Elle est insérée dans le Code civil au Titre que constituent les articles 2011 à 2031. Une loi du 4 août 2008 et une ordonnance en date du 30 janvier 2009 en ont élargi le domaine notamment du point de vue des personnes pouvant devenir constituant.

statut privilégié. Mikhaïl Xifaras le démontre clairement. « Le patrimoine, écrit-il, apparaît dans la science du droit civil au point où le splendide isolement du sujet de la maîtrise souveraine rencontre le sujet contractant de dettes. Cette notion est en effet la base d'où émergent les deux troncs du droit des biens, la propriété et l'obligation ; là où, dans le droit moderne, le propriétaire et l'obligé fusionnent en un seul et unique sujet de droit. Autant dire que la notion peut être considérée comme la pointe de la pyramide renversée à partir de laquelle reconsidérer toute la théorie du droit des biens en général »[606].

Cette conception donne lieu à des associations plus profondes. La rencontre qui s'organise au sein du patrimoine entre propriété et obligation révèle, en effet, une union étroite entre l'avoir et l'être. C'est parce qu'il favorise l'épanouissement de cette relation que le patrimoine participe à la construction d'un droit plus social. Dans une première approche, le patrimoine recouvre « cette notion pratique vivante de sécurité complète du créancier »[607]. « Le patrimoine, ajoute Demogue, c'est la puissance de garantie qu'offre la personne à ses créanciers actuels et futurs. C'est la mesure de sécurité qu'elle offre dans ses rapports juridiques avec autrui. C'est donc une force qu'elle présente dans ses rapports sociaux, parce qu'elle donne une puissance de développement à ces germes que sont les droits de ses créanciers contre elle »[608]. Selon une seconde idée, le patrimoine doit s'entendre de « l'avoir légitime d'une personne, physique ou morale »[609]. Il représente, comme le signalent les développements de Baudry-Lacantinerie et Chauveau, « l'aptitude à acquérir »[610]. De ce point de vue, le patrimoine cristallise une série d'expectatives. Il mêle l'avoir et l'être autour de la perspective pour l'individu d'accéder aux biens et de se

---

[606] XIFARAS (M.), *La propriété – Etude de philosophie du droit*, *op. cit*., pp. 205-206.

[607] DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales …*, *op. cit*., p. 388.

[608] *Ibid*., p. 399.

[609] SERIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine : Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD. Civ.*, 1994, p. 803.

[610] *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, *Les biens*, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 3ème éd., 1905, p. 2.

les approprier. C'est précisément dans ce sens que le patrimoine est associé à l'idée de progrès social. Si l'on considère l'inscription des théories solidaristes dans le champ de l'hypothèse de la socialisation du droit, il convient donc de voir dans le patrimoine un instrument privilégié qui participe à installer les idées socialisantes dans les contours du droit des biens. L'analyse montre que la théorie de l'immobilisation par destination participe au même projet.

B. La participation des immeubles par destination à l'élaboration d'un droit des biens socialisé

La catégorie des immeubles par destination constitue un élément de l'ordonnancement du droit des biens. Elle vise à organiser une certaine unité et une cohérence entre des biens, *a priori*, distincts. Elle propose une recomposition de la réalité matérielle pour accueillir dans la classification des biens des considérations de nature économique ou sociale. Elle atteste de l'emprise de l'économie sur la qualification des biens. Elle imprègne, par conséquent, le droit des biens d'un certain réalisme économique. Ce réalisme s'entend des caractéristiques que lui prête Savatier dans des propos dédiés aux aspects économiques du droit privé français[611]. Appliqué au droit, il suggère de « donner une forme juridique à l'ordre qui se dégage des faits économiques sous-jacents »[612]. Cette ouverture favorise l'acculturation et, partant, la socialisation du droit des biens. Elle permet d'appréhender les éléments distincts au sein d'un ensemble pour accroître l'utilité des biens assemblés pour leur propriétaire.

---

[611] « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XXème siècle », *Revue économique*, 1953, vol. 4.

[612] *Ibid*., p. 116.

Dans le Code civil, il revient à l'article 517[613] d'annoncer la catégorie des immeubles par destination. La notion est ensuite précisée aux articles 524 et 525. Les textes indiquent, qu'en raison de l'existence d'un rapport de destination économique ou matérielle, une liaison peut-être établie entre deux biens de nature différente, l'un étant un meuble et l'autre un immeuble. Par l'effet d'une fiction juridique et par application du principe : « *accessorium sequitur principale* », l'on considère que, l'objet mobilier qui se trouve au service d'un fonds reçoit, si la volonté d'affecter du propriétaire est suffisamment manifeste, la qualification d'immeuble par destination. L'évocation de cette institution du droit des biens, donnera lieu ici, à des observations dont la teneur sera d'ailleurs davantage téléologique que technique.

La pertinence de la notion d'immobilisation par destination a, parfois, été remise en cause[614] ; néanmoins, il faut retenir que son maintien dans notre système juridique fournit au droit des biens un ancrage profond dans la réalité. Si elle contredit la réalité sensible, la notion offre une présentation réaliste des biens en les présentant dans une dimension économique. Dans ce sens, le concept d'immobilisation offre une contribution significative à l'élaboration d'un droit des biens socialisé, actualisé, en prise avec un certain réalisme. Chez les auteurs on relève, en effet, « la place particulièrement importante que les instruments de production tiennent dans l'exploitation d'un fonds leur confère en effet une valeur exceptionnelle. Elle justifie, ajoutent-ils, dès lors leur assimilation à des immeubles et par suite l'application des dispositions de loi prévues pour cette catégorie de biens »[615]. C'est un esprit purement finaliste qui dicte d'y recourir. Dans

---

[613] « Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

[614] V. à ce propos PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I : *Principes généraux, Les personnes, La famille Les incapacités, Les biens*, Paris, LGDJ, 1922, 9ème éd, n°2213, p. 677 : « La classe des immeubles par destination (…) est peut-être la création la plus inutile du droit moderne. Il suffisait d'admettre que les accessoires mobiliers d'un fonds, destinés à son exploitation, ne peuvent pas en être séparés sans la volonté du propriétaire, lorsque le fonds et les accessoires appartiennent à la même personne. Il n'y avait aucune nécessité de méconnaitre la classification naturelle des choses en meubles et immeubles ».

[615] GULPHE (P.), *L'immobilisation par destination*, th. Paris, 1943, pp. 5-6.

son essence, « l'immobilisation par destination apparait, en effet, comme dominée par une donnée à caractère nettement économique. C'est une institution juridique appelée à fonctionner principalement dans un domaine déterminé, le domaine de la production »[616]. L'immobilisation par destination est analysée sous l'angle de l'utilité qu'elle procure. Elle abrite, effectivement, « une donnée objective : le meuble s'articule à l'immeuble par le service qu'il lui rend. Le résultat est la constitution d'un groupement élémentaire »[617].

L'assimilation que produit l'immobilisation par destination a un fondement assez général. Comme le souligne le Professeur Goubeaux, « l'immobilisation par destination est, en droit positif, un aspect de la règle de l'accessoire et la maxime joue un rôle éminent dans son fondement. (…) L'immobilisation par destination est un effet du rapport d'accessoire à principal résultant de l'affectation »[618]. La finalité de cette technique est particulière. La combinaison qui découle de l'immobilisation, est censée assurer à l'objet principal une certaine plénitude. Au terme de cette analyse, en effet, « l'accessoire a vocation à suivre le sort du principal en ce sens que l'on s'efforce d'éviter entre les deux termes du rapport une rupture néfaste»[619].

Une sorte d'attraction se réalise au sein de l'assemblage que forment ces éléments à la base matériellement distincts. On constate une « soumission de l'accessoire à un principal qui le domine, l' « osmose » donnant mystérieusement à l'accessoire « la coloration du principal »[620]. Il résulte de cette réunion une conséquence juridique : la « communication à l'accessoire de la nature juridique du principal ». Dans l'hypothèse qui est ici développée c'est la qualification d'immeuble qui emporte invariablement une nouvelle détermination

---

[616] *Ibid.*, p. 120.

[617] CARBONNIER (J.), *Droit civil*, *Les biens*, *op. cit.*, n° 63, p. 129.

[618] GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé …*, *op. cit.*, n° 242-243, pp. 339-340.

[619] *Ibid.*, n° 251, p. 338.

[620] *Ibid.*, n° 251, p. 337.

de la nature des meubles affectés. Il y a au-delà, une identité de traitement qui s'organise en considération d'un intérêt particulier. « L'intérêt de l'assimilation du meuble à un immeuble, explique Ch. Atias, est de respecter l'ensemble réel, l'unité concrète que forment un bien de nature mobilière, accessoire, et un bien principal de nature immobilière »[621]. Ces propos mettent en relief le caractère fonctionnel de la notion. Il apparaît, en effet, que « l'immobilisation par destination est un des procédés qui permettent de conserver sa cohérence à un ensemble de biens »[622].

L'immeuble par destination est, en somme un objet du droit des biens largement en prise avec l'évidence pratique. En effet, comme certains le relèvent, « comment ignorer le couple que forment l'immeuble de base et les meubles de rattachement qui sont à son service (…) ? Au fondement de leur unité juridique, il y a toujours la même réalité vivante »[623]. L'outil juridique que constitue l'immeuble par destination intéresse à plusieurs niveaux l'analyse des phénomènes de socialisation du droit des biens. Désigné comme un instrument, il fournit à la matière et au domaine des biens les clés d'une compréhension et d'une traduction efficace des enjeux économiques qui traversent le champ juridique. D'un autre côté, il agit comme un révélateur puissant de cette vocation à l'unité qui touche le droit des biens et qui permet à la discipline une accroche à la ligne égalitaire envisagée par le projet d'une socialisation du droit. A côté des ces objets il faut également admettre que le droit des biens applique, dans une même perspective, cette technique du rassemblement en recourant à la notion de personnalité juridique conçue à travers les possibilités qu'elle offre de s'approprier collectivement les biens.

---

[621] ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n° 52, p. 39.

[622] MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Les biens, op. cit*., n° 137, p. 39.

[623] CORNU (G.), *Les biens, op. cit*., n°10, pp. 27-28.

§ 2. Les sujets permettant la mise en œuvre d'une unité autour d'un ensemble de biens

Il peut sembler hardi de mêler la notion de subjectivité juridique à la composition et à l'organisation du droit des biens. Une telle intervention asservit le concept de personnalité. En réalité, seule la notion de personnalité morale est appelée à remplir cette fonction. Différentes analyses laissent apparaître qu'en dépit de sa subjectivité, la personne morale, est un outil au service de l'ordonnancement des biens dans la sphère juridique. La valeur instrumentale du concept de personnalité morale permet, en effet, son insertion sur le terrain du droit des biens. La théorie de la personnalité morale est imprégnée de paradoxe. Elle produit une image singulière. Elle permet de concevoir l'individualisation comme un mode d'appréhension des phénomènes collectifs (A). Ordonnée à la question de la propriété, la personnalité morale est parfois présentée comme un mode d'appropriation collective des biens (B).

A. L'individualisation : un mode d'appréhension des phénomènes collectifs

Le concept de personnalité morale permet de ramener à l'expression d'une individualité des phénomènes collectifs. Cette présentation est, en réalité, le fruit d'une évolution sociale et économique. Néanmoins, il faut retenir que c'est sans rupture avec la tradition que « le système juridique contemporain, qui reste dépositaire de l'individualisme classique, consacre cependant de façon croissante le recours à des techniques collectives »[624]. L'individualisme juridique dont il est question révèle un état particulier. Il cultive de fortes possibilités d'adaptation. Par l'entremise des personnes morales, il a

[624] GASTAUD (J.-P.), *Personnalité morale et droit subjectif – essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature et la contenu des droits des membres des groupements personnifiés* ; Préf. J.-P. Sortais, Paris, LGDJ, 1977, p. 3.

progressé de sorte à pouvoir accueillir et digérer certains mécanismes collectifs. Ainsi que le soulignent certains auteurs, cette modification a également apporté de « nouvelles définitions des notions fondamentales du droit privé classique : la personnalité et les biens »[625].

En procédant à la synthèse de manifestations d'essence collective, la personnalité morale livre une conception de l'individualisme compatible avec la socialisation du droit. Elle figure un individualisme moderne, ouvert aux idées sociales. La réflexion relative à la personnalité morale laisse apparaître un individualisme pragmatique, tourné vers les institutions à caractère collectif et ordonné à la traduction de la réalité. La personnalité morale a perturbé la perception de l'individualisme. Les auteurs relèvent, en effet, « l'approche statique et formelle (…), qui caractérisait le raisonnement juridique classique, laisse la place à une analyse plus dynamique et plus réceptive aux données du réel. (…) Ainsi, est-on passé d'un individualisme principalement « volontariste » et exclusif d'institutions véritablement collectives, à un individualisme plus « utilitariste » étroitement dépendant en revanche de ce genre d'institutions »[626]. La notion de personnalité morale s'élabore dans un climat favorable à l'expression *du collectif*. Il apparaît que les relations de type collectif servent la réalisation d'un droit plus social. Dès lors, elles « ne sont plus seulement reçues comme une limite à la plénitude du droit subjectif, mais aussi comme un moyen efficace de le réaliser »[627]. La théorie de la personnalité morale s'épanouit dans un contexte d'ouverture aux idées socialisantes. L'évolution qu'elle consacre est assurément sociale. C'est dans ce sens que vont d'ailleurs les propos de Demogue lorsqu'il indique que « l'individualisme du XIXème siècle (…),

---

[625] *Ibid*.

[626] *Ibid*., p. 2.

[627] *Ibid*., p. 4.

rétrécissait le domaine de la personnalité morale. Mais à des conceptions sociales moins étroites, il faut une technique juridique plus large »[628].

La controverse doctrinale qui a divisé les auteurs quant à la nature de la personnalité morale ne sera pas abordée[629]. Les considérations qu'elle implique ne sont pas nécessaires à la démonstration. En effet, l'extension légale et jurisprudentielle du champ d'application de la notion de personnalité morale témoigne davantage de ses bienfaits pratiques que de sa puissance théorique. Il faut d'ailleurs retenir que, lentement « la querelle de la personnalité morale s'est épuisée »[630] et que « la paix [est] faite aujourd'hui sur ce vieux champ de bataille »[631]. A côté des discussions « aujourd'hui vieillies »[632] tenant aux conditions d'attribution de la personnalité morale à un groupement, le thème du contenu de la notion apparaît plus pertinent. La synthèse qu'entreprend Durand tend, à l'évidence, à démobiliser les différences qui séparent la théorie de la fiction de celle de réalité. Elle engage à considérer la personne morale comme une réalité juridique. « La théorie de la personnalité formulée au début du XXe siècle, écrit-il, reposait sur trois propositions

---

[628] DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales …*, op. cit., p. 357.

[629] Il faut tout de même brièvement signaler que, selon les partisans de la thèse de la fiction, seules les personnes physiques seraient par leurs caractéristiques propres susceptibles d'être des sujets de droit. Dans cette conception, l'attribution de cette qualité aux groupements ne saurait donc découler que de la loi et être laissée à l'intervention du législateur. La justification réaliste est quant à elle très largement empreinte des influences de l'école allemande et des apports de la sociologie naissante. On y retrouve la trace des analyses de Durkheim concernant la notion de « conscience collective ». Selon les tenants de la théorie de la réalité, en effet, un groupement, dès lors qu'il poursuit une existence autonome, qu'il affiche une volonté collective distincte des volontés individuelles des membres qui le composent, peut acquérir la personnalité juridique. La personne morale est alors considérée comme une réalité vivante et agissante qui s'impose au droit et qu'il n'y a plus qu'à constater. V. plus précisément en ce qui concerne la qualification de fiction : MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* – Première partie : *Notion de personnalité morale – classification et création des personnes morales*, Paris, LGDJ, 3ème éd., 1932, par TROTABAS (L.), p. 17, n° 6 et 7 ; V. sur ces points la synthèse organisée par l'ouvrage fondateur de Saleilles : *De la personnalité juridique …*, *op. cit.*, spéc. leçons 16 et s.

[630] LIBCHABER (R.), « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD Civ.*, 2003, p. 166.

[631] HAMEL (J.), « La personnalité morale et ses limites », *D.*, 1949, p. 141.

[632] QUIEVY (J.-F.), *Anthropologie juridique de la personne morale*, Préf. MARTIN (D.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 510, 2009, n°4, p. 3.

étroitement liées les unes aux autres. Dans son individualité, la personnalité morale apparaissait comme un sujet de droit de même nature qu'une personne physique. Dans les rapports juridiques, elle était titulaire de droits et d'obligations identiques à ceux des personnes physiques. Elle se présentait enfin comme un être nouveau entièrement distinct des personnes physiques qui l'avaient constituée »[633].

La condition juridique des personnes morales est alignée sur celle des personnes physiques[634]. Cette vision satisfait un « anthropomorphisme instinctif »[635]. L'installation des personnes morales révèle une posture particulière. En offrant d'observer ces groupements à la lumière du modèle humain, elle empreint la science juridique d'un certain organicisme. Dans le même temps, l'intérêt porté à la question de la personnalité morale contribue à l'enracinement du droit dans la réalité. La réception de la théorie de la personnalité morale a modifié la physionomie de l'espace juridique et de l'ordre économique. Comme le souligne Ripert, en étendant à certaines organisations collectives la qualification de personne, « les hommes ont peuplé le monde d'être nouveaux qui ne sont pas comptés dans le dénombrement de la population et qui, pourtant, sont aussi vivants que les personnes physiques »[636]. Cette démarche s'inscrit précisément dans la promotion d'une conception réaliste du droit. Elle assure l'acculturation des cadres et concepts juridiques. Elle permet l'actualisation des principes qu'accueille le droit. Cette ouverture a, en effet, amené à une « marginalisation du clivage opposant les personnes physiques aux personnes morales, lesquelles ne sont que deux variétés d'une même

---

[633] *Ibid*.

[634] « L'idée profonde est que la volonté de l'homme peut faire naître à la vie juridique une nouvelle personne, ayant une existence aussi réelle que l'être physique, et soumise aux mêmes règles » : CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 1, *Les personnes : Personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris PUF, 2000, n° 176, p. 365.

[635] *Ibid*.

[636] *Ibid*., p. 52.

catégorie, celle des personnes juridiques, et à la promotion d'un binôme plus signifiant et plus contemporain »[637].

La théorie de la personnalité morale est de nature à offrir la présentation d'un droit socialisé. Elle procède d'une adaptation des principes juridiques à une réalité changeante. Elle fournit l'illustration que la pensée juridique, sans s'émanciper de ses contours traditionnels, peut accueillir des situations nouvelles. La théorie de la personnalité morale formule une proposition pour tempérer les excès de l'individualisme libéral en recourant précisément au modèle individualiste. Elle laisse l'impression d'un paradoxe. Celui-ci concerne la méthode employée pour appréhender des phénomènes proprement collectifs. Il faut, en effet, souligner que « l'avènement des groupements dans l'ordre juridique résulte de leur personnification, alors que la personnalité juridique se présente comme la manifestation la plus évoluée de l'individualisme »[638]. Cette individualisation permet d'installer une unité et de s'abstraire de la pluralité qui caractérise les groupements visés. Cette uniformité est suggérée, d'un côté, par la personnification des groupements, de l'autre, par l'alignement de la condition de la personne morale sur celle de la personne physique. Elle révèle une tendance du droit à produire une certaine identité[639].

Il y a, en réalité, derrière cette coexistence des personnes morales et des personnes physiques au sein d'une même catégorie un enjeu idéologique. L'installation de certains groupements dans le rang des personnes est de nature à entretenir la thématique égalitaire. Une telle incarnation paraît, en effet, favoriser « la libre compétition entre individu

---

[637] ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2ème éd. 2010, p. 10.

[638] *Ibid*.

[639] L'identité qui découle de cette individualisation procède d'un mouvement plus général. En effet, il convient de retenir que « dans les bilans que l'on aime à dresser des conquêtes d'un demi-siècle, on relève, comme une tendance actuelle de l'esprit scientifique, le besoin d'unir en une synthèse et de relier par une loi unique des phénomènes jusqu'alors considérés comme contradictoires, de concilier par exemple, en une théorie moderne de la mécanique ondulatoire, le continu et le discontinu, l'onde et le corpuscule. C'est un phénomène voisin que révèlent les conceptions contemporaines sur la personnalité morale » : DURAND (P.), art. préc., p. 159, n° 13.

formellement égaux »[640]. Certains auteurs soutiennent cette analyse. Selon eux, « l'intervention de la personnalité morale a permis que cette conception individualiste digère toute forme de communauté ou de société humaine. Avec la personnalité morale, toute forme d'association des individus, qu'elle soit fondée sur le partage des choses ou sur la communion de pensées, peut être érigée à son tour en individu. L'*homo juridicus* parvient ainsi à traiter le pluriel comme un singulier, le « nous » comme un « je » susceptible de commercer sur un pied d'égalité avec tous les autres individus. La clé de voûte de cet ordre humain exclusivement peuplé d'individus est un être suprême, dont on postule, (…) l'unité et l'indivisibilité »[641]. L'invention de la personnalité morale permet une nouvelle distribution dans l'ordre économique. Elle s'inscrit dans le champ du débat sur l'égalité réelle. Elle est donc censée servir des considérations de justice sociale et l'impératif de socialisation du droit. Dans des conclusions moins optimistes, Ripert a dénoncé ces groupements qui reçoivent une personnalité semblable à celle que l'on attribue à l'individu. Ces personnes morales, avertit-il, « agiront comme de simples particuliers, se mêleront aux transactions privées à égalité de jeu. N'est ce pas le meilleur moyen de dissimuler leur puissance que de les confondre dans la foule ? »[642]. Il voit dans les prérogatives qui succèdent à l'attribution de la personnalité juridique les moyens de la domination de la personne morale sur la personne humaine. En consacrant une large partie de ses développements à l'évolution des sociétés anonymes, Ripert insiste sur la part de danger qui tient à la fréquentation des personnes morales. Il met en garde contre les « monstres »[643] qu'elles sont devenues. Pour terminer, il évoque une « fausse égalité »[644]

---

[640] SUPIOT (A.), *Homo juridicus …*, *op. cit.*, p. 52.

[641] *Ibid.*, p. 53.

[642] RIPERT (G.), *Aspects juridiques …*, *op. cit.*, p. 74, n° 30.

[643] *Ibid.*, p. 89, n° 37.

[644] *Ibid.*, p. 77, n° 32.

qui résulte de ce que la personne morale « est un être surhumain. Elle veut le faire oublier pour se prévaloir du droit commun, qui lui est utile. Elle est en réalité hors de ce droit »[645].

L'installation des personnes morales sur la scène juridique, ravive la tension qui existe entre l'introduction d'une égalité formelle et l'établissement d'une égalité matérielle. Les contrariétés sont identiques lorsque l'on formule l'ambition de parvenir à un droit socialisé. Dans ce point de vue, la question de la personnalité morale s'inscrit entièrement dans la thématique de la socialisation du droit. Elle traverse, en effet, les notions qui alimentent ce projet. Pour constater la participation de la personnalité morale à la tentative égalitaire et aux idées socialisantes, il faut l'envisager dans une perspective finaliste. Si elle paraît, selon certains auteurs, s'extraire du cadre de la socialisation du droit, c'est parce qu' « à l'extérieur, la personnification a débordé sa raison d'être »[646]. Ce décalage résulte d'un individualisme intransigeant qui porte à considérer la personnalité morale comme « *une fin en soi* alors qu'elle n'est qu'un *moyen* »[647]. En réalité, la valeur du concept de personnalité morale est essentiellement instrumentale. Cet état a permis de consacrer l'installation de la personnalité morale au cœur du droit des biens en l'envisageant comme une technique d'appropriation collective des biens.

B. L'individualisation : mode d'appropriation collective des biens

Le principe de personnification de certains groupements doit être employé à raison de sa finalité fonctionnelle. Il faut, en effet, concevoir la personnalité morale comme « une technique « objectivisée » de droit »[648]. La personnalité morale est un outil de la

[645] *Ibid.*

[646] QUIEVY (J.-F.), *Anthropologie juridique de la personne morale, op. cit.*, n° 4, p. 3

[647] GASTAUD (J.-P.), *Personnalité morale et droit subjectif …, op. cit.*, n° 7, p. 7

[648] *Ibid.*, n° 12, p. 13

construction du droit socialisé. On relève, qu'elle est, avant toute chose, « un procédé juridique, ayant pour objet de transformer et d'adapter les droit subjectifs à un milieu économique et social par nature fluctuant »[649]. Cette présentation contribue à installer la personnalité morale dans le champ de la réflexion sur la socialisation du droit. Dans une conception pragmatique, elle est une technique d'appropriation qui permet l'adaptation du modèle de la propriété individuelle au contexte capitaliste. Elle concourt donc directement à la socialisation du droit des biens. La question de la personnalité morale assure l'activation du lien entre personne et patrimoine. L'apparition du concept fournirait même, selon certains auteurs, une explication à la persistance de la justification subjective du patrimoine. Ph. Malaurie et L. Aynès soutiennent, en effet, que « la théorie d'Aubry et Rau n'a pu survivre au capitalisme que parce que s'est développée la théorie de la personnalité morale, qui a fait du lien entre la personne et le patrimoine un rapport purement juridique »[650]. La personnalité morale assure l'ancrage du concept de personnalité sur le terrain de considérations essentiellement patrimoniales. On la rencontre donc dans les contours du droit des biens. La personne morale dont on consacre l'existence, a vocation à être à la tête d'un patrimoine propre et autonome. C'est cette perspective qui détermine la position de la notion de personnalité morale dans l'espace des disciplines juridiques. Carbonnier affirme, qu'effectivement, « l'existence d'un patrimoine autonome semble tellement essentielle que l'on a parfois présenté la personnalité morale comme un concept relevant du droit des biens, comme un simple mode d'appropriation collective des choses »[651].

Au terme de certaines élaborations doctrinales du début du 20ème siècle on a attribué à la personnalité morale la valeur d'un artifice. Selon ces thèses, dites négatrices, la personnalité morale ne constituerait que l'incarnation de la propriété collective. On doit

---

[649] *Ibid*.

[650] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens, op. cit*., n° 32, p. 17

[651] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les personnes, op. cit.*, n° 176, p. 365

surtout à Planiol d'avoir entrepris une telle démonstration. Selon lui, la constitution du concept de personnalité morale relève d'une « conception simple, mais superficielle, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle »[652]. L'auteur décrit la manœuvre qui vient au soutien de cette création. La personnalité morale fournit, en réalité, une raison d'être à la patrimonialité. « Sous le nom de « personnes civiles », indique Planiol, il faut entendre l'existence de *biens collectifs* à l'état de masses distinctes possédées par des groupes d'hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle. Par conséquent, ces *prétendues personnes* n'en sont pas, même d'une manière fictive (…). Il est cependant nécessaire de remplacer le *mythe de la personnalité* par une notion *positive*, et celle-ci ne peut-être que la propriété collective »[653]. Dans cette analyse, les groupements personnifiés, ne doivent pas être considérés comme des personnes juridiques, ils représentent des choses[654]. L'unité qui caractérise la personne morale dissimule en réalité une technique d'appréhension collective. Il y a donc lieu pour Planiol de procéder à l'anéantissement du concept de personnalité morale.

Dans des conclusions plus modérées, Demogue relève que derrière l'écran de la personne morale, « les biens sont possédés collectivement, c'est-à-dire par tous envisagés comme n'étant qu'un, de sorte que les personnes réunies ne forment qu'un sujet de droit et que celui-ci est semblable à une personne, mais celle-ci, loin d'être distincte des autres, n'est que les autres prises ensemble »[655]. L'expression « biens personnifiés »[656] que privilégie

---

[652] PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1 : *Principes généraux, Les personnes, La famille Les incapacités, Les biens*, Paris, LGDJ, 1922, 9ème éd., n° 3017, p. 952.

[653] *Ibid.*

[654] On constate d'ailleurs que Planiol mène la démonstration jusqu'à son terme logique. Reprenant cette classification particulière, il entreprend, depuis la 3ème édition de son traité, d'aborder la question de la personnalité morale dans la partie du volume qu'il consacre aux biens.

[655] DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales…*, *op. cit.*, p. 353.

[656] *Ibid.*

Demogue est une association riche de sens. Elle installe l'étude de la personnalité morale sur le terrain du droit des biens. Elle suggère également « la relativité des découpages du droit civil et la nécessité de se prémunir contre les mécomptes du cloisonnement du droit civil »[657]. Elle emporte, en effet, la démonstration d'une étroite dépendance et d'une profonde connexité entre deux disciplines : le droit des biens et le droit des personnes. Cette approche révèle que le concept de personnalité morale est au cœur de la réflexion relative à l'appropriation des biens. F. Zenati et Th. Revet ont montré l'actualité de cette conception. « Les progrès de la science du droit, écrivent-ils, ont permis de découvrir que la personnalité juridique est une technique d'appropriation (…). Moins que jamais, on ne peut comprendre les personnes sans les choses ni les choses sans les personnes. La raison en est que ni les unes ni les autres ne peuvent être cantonnés à une région du droit civil, dont, autant les unes que les autres, elles constituent, au contraire, un mécanisme transcendantal »[658]. Plus généralement cette posture permet de donner du relief « la dimension d'appropriation de la personnalité juridique »[659] et conduit « à rechercher directement dans la propriété le ferment d'une théorie de la personnalité juridique »[660].

La permanence des liens qui unissent le couple personne – biens, s'explique, en définitive, par la découverte du « pouvoir d'appropriation que recèle la subjectivité juridique »[661]. C'est certainement l'ultime étape du projet de socialisation du droit que de faire mariage de ces deux éléments. L'idée de socialisation du droit des biens mobilise incontestablement un espace plus vaste que celui des contours académiques que l'on assigne généralement à la matière. Pour parvenir à l'élaboration d'un droit socialisé, il faut adopter une position scientifique originale et nécessairement se représenter l'interface

---

[657] ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, p. 11.

[658] *Ibid*.

[659] *Ibid*., n° 108, p. 114.

[660] *Ibid.*

[661] *Ibid.*

personne – biens. Le succès de la socialisation se joue pour une large mesure dans la sphère patrimoniale. Elle s'accomplit dans l'ordre matériel et comptable à destination des personnes.

Conclusion du chapitre 2.

Le droit des biens a développé les techniques et les outils nécessaires à sa socialisation. Les mécanismes qu'il met en œuvre et les instruments qu'il accueille, tendent tous à fournir les clés pour appréhender les manifestations d'essence collective. Ils procurent également un sens particulier au réalisme qui imprègne nécessairement le droit contemporain.

L'étude a révélé une compatibilité évidente entre les notions d'abstraction et de socialisation. On admet, en effet, que l'état de perfection du droit se mesure en référence à un certain degré d'abstraction. Elle seule permet de faire le départ entre ce qui se perçoit immédiatement et ce qu'il est opportun de consacrer au stade de l'élaboration juridique. Marqué par l'abstraction, le droit des biens s'élabore dans une certaine distance certaine par rapport aux composantes de la réalité tangible et matérielle. C'est précisément cette position qui lui assure d'être en conformité avec un ordre changeant. Le droit des biens se présente sous des traits métaphoriques. Cette perspective lui procure la hauteur nécessaire pour assimiler les éléments d'une réalité mouvante. Elle lui permet de suivre le cours de l'évolution du donné social.

Conclusion du titre 2.

Le droit des biens est un terrain de projection des perspectives égalitaires et solidaristes. Il soutient la tentative égalitaire puisque c'est l'installation de l'égalité matérielle qui reste la question sociale fondamentale. Il faut, en effet, établir l'égalité réelle des conditions, égalité par principe, plus fragile, plus précaire que l'égalité civile puisqu'elle ne relève pas de l'idéologie ou de la pétition de principe mais qu'elle s'inscrit dans la contingence des

faits. Dans ce sens, le droit des biens constitue un cadre de réflexion privilégié pour organiser les modalités concrètes de mise en œuvre de la justice et du progrès social. Par ailleurs, la discipline cultive une logique profondément socialisante en accueillant les institutions et les techniques qui permettent de faire fonctionner les mécaniques égalitaire et solidariste. Elle y parvient en plaçant les biens dans une relation de correspondance, de dépendance ainsi qu'en entreprenant de les considérer sous l'angle de l'équivalence et de l'identité. Ces deux aspects tendent à mettre en relief l'intime compatibilité qu'entretient le droit des biens avec les idées sociales et l'étroite proximité qui l'unit au projet de socialiser le droit.

Conclusion de la première partie :

Avant même que l'idée ne soit clairement dite ou exprimée, la thématique de la socialisation avait déjà pénétré les contours du droit des biens et affecté la notion de propriété. On en décèle les premières manifestations dans les principes du droit romain des biens qui a, plus ou moins régulièrement, opposé à l'exercice de son droit par le propriétaire des limites tenant à la considération des intérêts des propriétaires voisins ou à l'expression de l'intérêt de la collectivité. La présentation d'un droit des biens ouvert aux conceptions socialisantes se maintient d'ailleurs, antérieurement à la naissance conceptuelle de l'objet « socialisation du droit », jusqu'à intégrer le discours des rédacteurs du Code civil. Les propos de Portalis évoquant la discipline sont d'ailleurs particulièrement révélateurs de ce que la socialisation, contrairement à ce que l'on retient des préceptes de l'époque, est au cœur de la notion de propriété. Les signes d'ouverture aux conceptions sociales qui sont apparus au cours de l'histoire du droit des biens montrent que, quand bien même la thématique n'a bénéficié de références explicites qu'à la fin du 19ème siècle, la socialisation a toujours été dans le droit des biens. On ne peut donc aborder la discipline sans relever que cette socialisation lui est constitutive. Par ailleurs la permanence de la question de la propriété, de ses formes, son contenu et sa destination, dans les développements touchant à la socialisation du droit atteste que celle-ci passe nécessairement par le droit des biens. C'est d'ailleurs dans ses contours que la socialisation s'est développée puisque, par les techniques et les objets qu'il accueille, le droit des biens peut être employé à mettre en œuvre l'égalité réelle et la justice qui restent les enjeux d'un droit social.

SECONDE PARTIE : Le droit des biens, terrain d'expansion de la socialisation du droit

Dématérialisation et intellectualisation de la propriété ont marqué depuis quelques années l'évolution du droit des biens pour lui donner une allure plus actuelle. Cette modification dans la trajectoire de la propriété a largement servi l'hypothèse de la socialisation du droit des biens, laquelle doit se concevoir autant en termes d'acculturation et d'adaptation que d'ouverture de la discipline aux conceptions sociales. Animé par cette tendance socialisante, le droit des biens contemporain est pris entre deux mouvements. Cette contrariété affecte tout particulièrement le développement de la propriété. Le concept de propriété qui s'est enrichi de nouveaux domaines semble « avoir perdu en intensité ce qu'il a gagné en étendue »[662], puisque le droit subjectif de propriété apparaît de plus en plus limité. Ces deux idées ont présidé à la rénovation du droit des biens. Le domaine de la propriété s'est développé à mesure que l'intensité du droit s'est atténuée.

Les concepteurs du Code civil, attachés à une certaine forme d'individualisme, ont présenté le droit de propriété comme un droit absolu dans son principe et lui ont donné pour domaine, les choses corporelles. L'évolution de la propriété s'est, en réalité accomplie, à la faveur d'un renversement de ces deux propositions[663]. Il faut, en effet,

[662] TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n° 97, p. 103

[663] PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, op.cit.,* pp. 8-9.

relever que « l'intérêt général a conduit le législateur à *limiter* de plus en plus le droit lui-même, tandis que le développement des forces économiques l'obligeait à l'*étendre*, sous des formes nouvelles, à des biens qui, apparaissant sur la scène économique, demandaient à être juridiquement protégées»[664]. Chacune de ces tendances met en œuvre, d'une manière singulière, les rapports qu'entretiennent *l'individuel* et *le collectif*. L'acte d'appropriation suggère un mouvement du *collectif* vers *l'individuel*, tandis que l'exercice de la propriété, qui s'accomplit en société, impose un mouvement qui va de *l'individuel* vers *le collectif*.

Ces bouleversements laissent apparaître que la socialisation du droit des biens doit être examinée sous l'angle de « deux composantes d'ordre sociologique soumises à des variations spécifiques – l'appropriation et l'utilisation »[665]. La socialisation du droit des biens met essentiellement en cause la notion de propriété. L'analyse suppose de constater que la recomposition du droit des biens passe par le renouvellement du domaine de l'appropriation (Titre 1.). Elle nécessite également d'apporter un éclairage sur l'évolution qui marque la manière dont la propriété s'exerce (Titre 2.).

---

[664] *Ibid.*

[665] TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 97, p. 103.

Titre 1er : La socialisation du droit des biens révélée par la recomposition du domaine de l'appropriation

Réduite à la considération des seuls objets corporels, l'analyse révèle avec évidence « l'épuisement du monde moderne »[666]. Pourtant, l'affirmation du droit de chacun à la propriété amène à s'interroger sur les moyens de développer le domaine des choses appropriables[667]. Elle invite à porter un regard neuf sur les objets possibles du droit de propriété et sur la notion de bien. La réflexion relative à la composition du domaine de l'appropriation doit permettre d'assurer l'actualisation du droit des biens.

Pour en prendre la mesure il faut attribuer deux sens au terme « composition ». Le renouvellement du droit des biens passe d'abord par une « mise à jour » de ses composantes. C'est essentiellement l'entrée de certaines valeurs nouvelles, incorporelles dans le champ des choses susceptibles d'appropriation qui est visée. Certains auteurs présentent cette assimilation des choses incorporelles comme réellement à même d'assurer la « relance »[668] du droit des biens. Il est de la composition d'un droit des biens socialisé que de se révéler amène à l'endroit des réalités nouvelles. Egalement, l'accueil des richesses incorporelles, doit conduire à s'interroger sur les solutions qui vont permettre leur intégration, aux côtés des choses concrètes, dans l'ensemble que constituent les biens juridiques. Dans un second sens, la composition du droit des biens doit s'entendre d'un certain agencement des catégories et des cadres en charge de recevoir les biens. Il faut que

---

[666] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil : 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, n° 48, p. 349 ; l'auteur ajoute « il est très apparent que le monde des choses est exténué, puisqu'il en est peu sur lesquelles le droit des biens n'exerce pas son empire » : *Ibid*.

[667] « Ce qui est proclamé, c'est le droit de chacun à la propriété, comme de justice ; mais y aura-t-il jamais assez de propriétés pour les rassasier tous » : CARBONNIER (J.), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, p. 202.

[668] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art.préc., n° 8, p. 301.

cet ordonnancement ne trahisse pas l'idée que les biens croissent, évoluent et qu'ils « relèvent de la grande règle du vivant »[669]. Le droit des biens peut-il s'imprégner de cette vie sans bouleversement pour ses catégories séculaires ? C'est sa souplesse qui est ici à l'épreuve. Le principal obstacle au renouveau du droit des biens pourrait, à première vue, tenir à l'étroitesse des délimitations académiques et à une absence de communication avec d'autres disciplines. L'aspect contemporain du droit des biens dément l'hypothèse d'un tel repli de la matière. Une approche intégrale des transformations de la discipline permet de noter que l'acculturation, la socialisation du droit des biens relève tant de la nouveauté que de la continuité. La nouveauté qui frappe l'allure et la forme des biens juridiques à permis d'étendre à des objets inédits le domaine de l'appropriation (Chapitre 1.). L'absence de rupture dans l'évolution du droit des biens résulte de certaines régularités dans l'insertion des choses dans le droit mais également de l'installation d'une certaine collaboration de la matière avec des domaines voisins. Cette continuité n'est possible qu'en raison de la souplesse et de l'ouverture qui caractérisent le droit des biens et facilitent l'adaptation de ses principes (Chapitre 2.).

[669] *Ibid.*, n° 22, p. 325.

Chapitre 1 : L'extension du champ de l'appropriation

La rénovation du droit des biens passe par la consécration d'objets nouveaux de propriété. L'extension du domaine de l'appropriation est une des étapes de l'actualisation de la discipline[670]. Longtemps, « l'évidence des choses corporelles »[671] a restreint les possibilités d'un tel élargissement. Aujourd'hui la considération des choses incorporelles qui sont, par principe, en nombre illimité doit fournir une piste solide pour assurer le renouvellement du droit des biens[672]. On sait qu'il n'existe aucune liste arrêtée des biens juridiques. La catégorie des biens juridiques est ouverte. Elle ne saurait être fermée sur les choses pourvues de *corpus*.

Toute réflexion relative à la socialisation amène à considérer ce que doit être le droit au regard des faits. Un droit réaliste ne saurait désormais méconnaitre les valeurs nouvelles. Socialisé, le droit des biens devient peu à peu le droit des valeurs et de la valeur. L'expansion du domaine des biens est dominée par la rencontre des valeurs. Le droit des biens est une pièce essentielle dans la liaison des valeurs humaines, morales et des valeurs comptables. Sa centralité tient à ce qu'il forme l'assise théorique et matérielle de leur mise en relation, de leur compénétration. Empreint à la fois, du « matérialisme des valeurs comptables » et du « spiritualisme des valeurs morales »[673], il place concrètement « la personne humaine en face du dynamisme économique »[674]. On en déduit que le droit des

---

[670] « La lutte que les hommes ont sans doute livrée de tout temps pour la possession des biens et la défense des intérêts prend un nouvel aspect et une âpreté plus grande quand un régime démocratique affirme le droit égal de tous à la propriété privée et quand la civilisation multiplie les biens convoités » : RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit, op. cit.*, n° 77, p. 191.

[671] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 39, p. 341.

[672] *Ibid.*, n° 4, p. 301.

[673] SAVATIER (R.), « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs », *Mél. Gothot*, Liège, Université de Liège, 1962, p. 592.

[674] *Ibid.*, p. 595.

biens est bien une discipline centrale pour la découverte des principes directeurs d'un droit économique. C'est proprement parce que « les biens sont résolument entrés dans l'orbite économique »[675] que ses nouvelles dimensions se profilent. Il n'existe de biens qu'en fonction des désirs individuels. Les biens juridiques ont toujours été convoités par les hommes pour leur valeur[676]. Le droit consacre une telle inclination pour placer la valeur au cœur de la notion de bien (Section 1.). Il est, ensuite, naturel que la propriété, qui forme relation privilégiée par laquelle les individus assouvissent juridiquement leurs désirs, apparaisse à l'heure actuelle dans des dimensions élargies (Section 2.).

Section 1 : La valeur au cœur d'une présentation renouvelée de la notion de bien

L'abstraction qui touche le droit des biens a favorisé l'éclosion de la valeur comme élément premier du concept de bien. La valeur apparaît désormais comme le trait commun aux objets que le droit envisage[677]. C'est elle qui détermine aujourd'hui les contours de la notion de bien juridique. L'installation de la valeur au centre de la conception contemporaine de la notion de bien fait de la perception de la corporéité du bien un élément secondaire voire indifférent. L'abandon progressif du critère de l'enveloppe corporelle[678] a permis au droit des biens de gagner de nouveaux objets. La valeur confère à

[675] ZENATI (F.), « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *in L'évolution contemporaine du droit des biens, op. cit.*, p. 15

[676] C'est en effet une conception subjective : « par définition, parler de valeur n'a de sens que subjectivement, dans un rapport à l'homme » : DROSS (W.), « La valeur, moteur des nouveaux biens de l'entreprise », Communication prononcée à Lille, le 5 avril 2012, à l'occasion de la quatrième séance du cycle : *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?*, Centre de recherches Droits et perspectives du droit en collaboration avec la MESH, p. 5.

[677] « Il n'est pas contesté que le mouvement vers l'accroissement de l'abstraction dans le système du droit des biens tend à mettre en relief l'importance de la *valeur* comme dénominateur commun » : TERRE (F.) et SIMLER (P.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 43, p. 49.

[678] « La notion de chose matérielle tend à passer au second plan et même à s'effacer derrière celle de bien pris comme synonyme de « valeur ». La réalité économique prend le pas sur la structure juridique

la notion de bien une ampleur sans précédent essentiellement parce qu'elle autorise à concevoir le bien juridique dans sa dimension immatérielle.

La valeur investit entièrement le concept de bien juridique[679]. Le bien, à la fois, est une valeur et possède une valeur. Il faut, en effet, relever que « le schème de bien est ontologiquement une valeur au sens métaphysique »[680] et, dans le même temps, que le bien est le support d'une valeur vénale au point qu'il parait s'assimiler à sa valeur pécuniaire[681]. La valeur forme l'essence des biens. Cette affirmation lui assure de participer à la définition actuelle ou actualisée de la notion de bien (§ 1). Dès lors que l'on place l'essence du bien dans sa valeur, il paraît naturel de soutenir que, toutes les fois qu'une valeur vient au jour, il est légitime de revendiquer un droit de propriété sur celle-ci. Le mouvement est alors descendant. De la valeur se dégage l'existence d'un bien, c'est-à-dire, à la fois, d'une relation de propriété et d'un objet particulier du droit des biens[682]. Aujourd'hui, on admet plus aisément que la valeur puisse être considérée comme un bien (§ 2.)

---

traditionnelle » : MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, Sirey, 1965, n°3, p. 10.

[679] En effet, « le terme bien entretient des liens très étroits, sinon consubstantiels, avec l'idée de valeur. Sur le terrain éthique, le bien est une valeur morale. Sur le terrain économique (…) le bien est une valeur d'échange » : DROSS (W.), *Droit des biens, op. cit*., 2012, n° 1, p. 1.

[680] PIEDELIEVRE (A.), « Le matériel et l'immatériel, Essai d'approche de la notion de bien » in *Aspects du droit privé en fin du 20e siècle*, Paris, LGDJ, éd. Montchrestien, p. 61.

[681] AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français…, op. cit*,, § 573.

[682] V. à ce propos : DROSS (W.), « La valeur, moteur des nouveaux biens de l'entreprise », Communication prononcée à Lille, le 5 avril 2012, préc., pp. 1 et s.

§ 1 : Une tendance actuelle à définir le bien juridique par la valeur

L'institution de la valeur comme pièce essentielle d'une présentation rénovée de la notion de bien a induit un rapport particulier entre l'homme et les objets qu'il convoite. Le droit de propriété est désormais davantage tourné vers la réservation d'une valeur et l'exploitation des utilités du bien que sur la détention matérielle de la chose. Il n'est plus tant question d'avoir la mainmise sur une chose que de s'en réserver la valeur et les utilités et, donc, d'en appréhender le caractère « utile »[683]. L'utilité que l'on attribue à un bien développe l'intérêt que l'individu peut lui porter. En retour, elle est la condition de sa mise en valeur (A.). Les choses utiles existent en nombre limité. L'idée d'insuffisance et de finitude qui empreint le domaine des choses physiques, a agi comme un profond stimulant de la propriété. La rareté des biens matériels accroit leur valeur et la nécessité de leur appropriation (B.). Elle détermine également l'importance de la valeur dans la découverte des biens nouveaux.

A. L'utilité : condition de la valorisation de la notion de bien

L'opinion commune tend à considérer les biens comme l'ensemble des richesses d'une personne. On relève un ancrage profond de la notion de bien dans le domaine de la patrimonialité. L'expression « avoir du bien » semble d'ailleurs suggérer une telle posture. Cette relation met au jour une acception économique du bien juridique. Elle révèle l'importance du concept de valeur dans la tentative de définition du terme bien. Une lecture actuelle de la théorie des biens suppose donc l'éclairage des données de

[683] ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, n° 12 et s.

l'économie. Comme l'affirme Josserand, « *le juridique est fonction de l'économique* »[684] et il en ressort que « *les biens véritables*, dans l'acception juridique de cette expression » ne sont autres que « les *valeurs économiques* »[685]. Le droit contemporain des biens accueille des considérations d'ordre économique et social[686]. Cette conception renouvelée de la notion de biens est de nature à offrir la présentation d'un droit des biens socialisé et acculturé. Le droit et l'économie partagent certaines finalités. On constate une correspondance entre les disciplines qui porte à envisager les biens comme des objets de l'économie. Il faut ainsi considérer que « le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle richesses »[687].

La valorisation croissante de la notion de bien est favorisée par l'intervention de l'idée d'utilité. Elle détermine l'insertion des choses dans le droit des biens. L'utilité est l'élément distinctif qui sépare le bien juridique de la chose communément entendue. Les biens et les choses sont aisément assimilés dans le langage courant[688]. Néanmoins, un examen rationnel des termes invalide rapidement cette apparente équivalence. Ainsi que le souligne Ch. Grzegorczyk, « si la pensée moderne a introduit une notion distincte de « bien juridique », il est loisible de penser que le concept classique de « chose » - y

---

[684] JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français…, op. cit.,* n° 1317.

[685] *Ibid*.

[686] « Dans notre société, tout ce droit des biens se tourne vers le service d'une économie dont il épouse les fins » : SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ème série, Dalloz, 1959, n° 497, p. 171.

[687] SIMLER (P.), *Les biens*, *op. cit*., p. 1. ; v. également SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ème série, Dalloz, 1959, n° 497, p. 171 [*Ibid*], qui développe la même idée sous une formule plus pressante : « le « bien » des juristes doit rejoindre, aussi exactement que possible, la « richesse » des « économistes » ».

[688] *Dictionnaire Larousse*, éd. 2013, v° « Chose » : « Bien susceptible d'appropriation », *Dictionnaire Littré*, éd. 2012, v° « Chose » : « Bien, propriété, possession » Littré. Cette équivalence est confirmée par l'approche historique, v. PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit*., n° 84, p. 100.

compris la chose incorporelle – ne suffisait pas »[689]. Le « bien », pour recevoir cette dénomination, doit, dès lors posséder des caractéristiques qui le différencient de la chose.

« Bien » et « chose » se trouvent dans un rapport de proximité filiale. Ils appartiennent à la même famille de notions mais ne couvrent pas des réalités identiques puisque « toutes les choses ne sont pas des biens »[690]. Selon le professeur Jarrosson, une famille de notions est une « entité hiérarchisée avec au sommet une et une seule notion dite résiduelle et avec à la base des notions semi-résiduelles et des notions étroites »[691]. En appliquant les éléments de cette distribution on constate qu'au regard du bien, la notion résiduelle, par principe plus extensive, est celle de chose[692]. Selon ces principes, « la *chose* est le genre ; le *bien* est une espèce »[693]. La parenté des notions ne doit donc pas masquer le particularisme de chaque élément. La « chose » n'accède au statut juridique de « bien » que si elle est portée par la possibilité d'une appropriation. C'est le déterminant proprement juridique de l'opération. En effet, le bien est « une chose ayant accédé à la vie juridique par la voie de la propriété »[694]. L'existence d'un bien juridique suppose pour ainsi dire une « assomption du fait par le droit »[695]. L'utilité, élément contingent, détermine la nécessité de s'approprier les choses. Dans cette analyse, les « deux mots, chose et bien, ne sont donc

---

[689] GRZEGORCZYK (Ch.), « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *in Les biens et les choses*, *op.cit*., p. 259.

[690] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n° 45, p. 93

[691] JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, Préf. OPPETIT (B.), Bibl. dr. privé, t. 198, Paris LGDJ, 1987, n° 474, pp. 229-230.

[692] V. à propos de ces conclusions : BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, Préf. AYNES (L.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 489, 2007, n° 29, p. 13.

[693] DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code civil* – t. 9 : *De la distinction des biens, de la propriété*, Livre 2 : *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, Paris, Durand, 1852, n° 9, p. 6.

[694] BERLIOZ (P.), *La notion de bien, op. cit*., n° 57, p. 25.

[695] TERRE (F.) et SIMLER (P.), *Droit civil, Les biens*, op. cit., p. 2.

pas synonymes. La qualification de biens doit être réservée aux choses qui par le biais de l'appropriation vont permettre à une personne d'en tirer une utilité quelconque »[696].

C'est un critère économique qui joue le rôle de « convertisseur »[697] et qui conditionne la qualification de bien. L'intervention des notions d'utilité et de valeur donne lieu à une « conception rénovée de la notion de bien »[698]. Elle donne au droit des biens des perspectives nouvelles et lui assure d'être en correspondance avec la réalité. Cette référence à l'utilité permet d'ordonner les biens à la réalisation des besoins matériels de l'homme. L'insertion des choses dans le domaine juridique fournit une information sur l'essence de la discipline qui accueille les biens. En effet, il apparaît que « le droit des biens est celui des richesses servant à l'usage des hommes »[699]. Cette appréciation porte à considérer l'approche philosophique de la notion de bien. Elle invite à envisager tous les objets susceptibles d'apporter à l'homme une satisfaction matérielle ou morale. Elle désigne « tout ce que vers quoi l'homme aspire, tout ce qui l'épanouit et l'achève dans sa personne »[700]. Le bien juridique oscille donc entre valeur morale et valeur économique. Certains auteurs classiques ont déjà livré une telle présentation. Selon Demolombe notamment, un « bien » est « tout ce qui peut procurer à l'homme une utilité quelconque, non pas seulement une utilité matérielle, appréciable en argent et vénale, mais même aussi

---

[696] PIEDELIEVRE (A.), *Droit des biens – Les biens, la publicité foncière, les sûretés réelles*, Paris, Masson, 1977, n° 3, pp. 15-16 ; l'auteur poursuit : « Autrement dit, et ce n'est là qu'un paradoxe apparent, la notion de personne est fondamentale pour la qualification d'une chose en bien puisque la règle de droit ne s'occupe des choses que sous le rapport de leur utilité exclusive pour les personnes. Du point de vue économique le bien est donc une chose appropriée, l'appropriation permettant à une personne d'en tirer l'utilité ».

[697] BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, *op. cit.*, n° 60, p. 25.

[698] *Ibid.*, pp. 147 et s.

[699] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, *op. cit.*, n° 4, p. 3.

[700] SAVATIER (R.), *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, Dalloz, 1969, p. 19.

une utilité morale, susceptible d'augmenter, sous quelque rapport que ce soit, son bien-être »[701].

On doit à la notion d'utilité de révéler une coïncidence entre le sens moral et le sens juridique du mot bien[702]. Son intervention permet la valorisation de la notion de bien. Elle accroît l'intérêt que présente le bien juridique pour l'accomplissement matériel de la personne[703]. L'expression « *beati possidentes* » que Savatier développe à l'occasion d'une de ses chroniques[704] est significative de cette représentation. Dans cette perspective, le droit des biens a encore été décrit comme « le droit du bien »[705]. C'est un aspect de la socialisation du droit que de mettre les ressources matérielles disponibles au service de l'homme. Le droit des biens affiche une « aspiration constante et toujours inaccomplie de mettre la richesse matérielle au service de la richesse humaine »[706]. Cette composition laisse constater un état du droit socialisé. Elle dévoile les fondements économiques, les fins réalistes et la finalité sociale du droit des biens. Savatier a largement mis en évidence cette fonction sociale. « L'âge des techniques, écrit-il, (…) a mis, à disposition de l'homme, pour son corps et son esprit, une gamme de richesses sans précédent. Nous sommes légitimement fiers de leur inventaire sans cesse élargi. Mais qui peut prétendre que socialement, nous ayons acquis la science et réalisé l'art de les utiliser au mieux des hommes d'aujourd'hui ? Connaître, dominer et coordonner ces richesses, pour les mettre à

---

[701] DEMOLOMBE (C.), op. cit., n° 10, p. 7 ; v. également AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, op. cit., § 162 : « On entend par bien, dans le sens large du mot, tout ce qui a pour l'homme une valeur matérielle ou morale ».

[702] « Pour la plupart des gens, ces deux sens se confondent. Pour eux, il est bon d'avoir du bien ; c'est un bien moral que de posséder de la richesse. Les avantages qu'elle procure doivent être encouragés et approuvés » : MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens, op. cit.*, n°1, p. 2.

[703] « Les biens, c'est bon » : CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 829, p. 373.

[704] SAVATIER (R.), « *Beati possidentes* », *D.*, 1937, Chron., p. 61.

[705] CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op.cit.*, n° 829, p. 373 ; l'auteur écrit précisément : « voilà, dirait-on, l'objet du droit des biens. Le droit du bien, du terrestre de notre paradis ».

[706] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens, op. cit.*, Avant propos.

leur service, est une tâche commune pour l'économie politique et le droit. Elle exige le concours de leurs deux techniques et développe leurs deux cultures. Vainement, l'une de ces disciplines tenterait de parvenir à un tel but sans l'appui de l'autre. Car les « biens », dont l'économiste décrit la production, la circulation et la répartition, sont les mêmes que ceux dont le juriste analyse le statut légal, jurisprudentiel et conventionnel. Ce sont ces « biens » qu'il s'agit de mettre au service général du corps et de l'esprit des hommes »[707].

On admet donc au rang de bien juridique, toute chose dont l'homme peut tirer une certaine utilité. La « chose » n'advient comme bien que si elle est ordonnée à la satisfaction des besoins humains[708]. La notion d'utilité est la condition première de l'entrée des choses dans les catégories juridiques. Il faut, en effet, concevoir que les choses « n'ont juridiquement de sens que pour l'utilité des personnes »[709]. Cette référence à l'utilité assure à la discipline juridique d'être la gardienne d'une hiérarchie entre les personnes et les choses. Elle maintient la transcendance des valeurs humaines[710]. On relève entre les personnes et les choses une distinction fondamentale mais aussi un ordre de prévalence. Ainsi, « l'univers du droit a l'homme pour principe, pour centre et pour fin »[711]. Cette posture est suggérée par la structure même du Code civil. Les personnes y sont évoquées en premier lieu comme sujets de droit et à leur suite les biens comme objets de droit[712].

---

[707] SAVATIER (R.), « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, 1961, Chron., p. 117.

[708] « Les biens sont au service des personnes (et ne sont dits biens, bienfaits, que relativement aux personnes) l'avoir étant, en somme, ordonné au bien-être et à l'épanouissement de la personnalité ; d'un autre côté que les personnes sont, par leur valeur, à la source des biens » : CORNU (G.), *Droit civil Introduction, Les personnes, Les biens, op.cit.*, n° 832, p. 374.

[709] ZENATI (F.), « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *in L'évolution contemporaine du droit des biens, op. cit.*, p. 14.

[710] En effet, « le critère de l'utilité n'est pas donné a priori mais toujours relativement par rapport à un certain sujet » : KNAPP (V.), « Le rôle de l'intérêt dans le droit socialiste », in *Droit et intérêt*, Vol. 3 : *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 440.

[711] GOYARD-FABRE (S.), « La chose dans « La prose de la vie » selon Hegel », *in Les biens et les choses, op. cit*, p. 175.

[712] V. sur ce point : BATIFFOL (H.), « Problèmes contemporains de la notion de biens », *in Les biens et les choses, op. cit.*, pp. 9 et s.

Cette architecture figure une représentation particulière de la notion de bien. Il apparaît ainsi que sur le plan juridique, « la chose n'est chose que dans une perspective d'*altérité* »[713]. Le droit doit permettre l'emploi des biens au service de la personne. Le droit des biens est donc conçu dans sa dimension finaliste et réaliste[714]. Cette perspective mêle intimement les notions d'utilité et de valeur.

L'insertion des droits dans la catégorie des biens est encore de nature à assigner au droit des biens contemporain des fins utilitaristes. Comme l'explique Dabin, « tout droit quelconque existe pour le service, pour l'utilité de l'homme ; toujours il a pour contenu un bien, de nature morale ou économique, qui objectivement, représente une valeur et, subjectivement au regard de l'individu bénéficiaire, un intérêt »[715]. Cet « entrelacement du droit et de l'intérêt »[716] est au fondement même de la théorie du droit subjectif. Le droit subjectif apparaît, en effet, comme un dérivé de la notion d'utilité. Cette caractéristique invite à développer une conception purement utilitaire et sociale de la propriété[717]. Ce sont les droits que supporte la chose qui participent à sa valorisation. Certains auteurs ont décrit cette relation. « Ordinairement, écrivent-ils, les « biens » désignent en premier lieu les

---

[713] GOYARD-FABRE (S.), art. préc., p. 175 ; l'auteur ajoute d'ailleurs « qu'il n'y a d'objet que pour un sujet ».

[714] « Un droit réaliste ne peut méconnaître le caractère mixte : à la fois *humain* et *économique* de beaucoup d'opérations auxquelles il est appelé à donner une forme juridique. Tout se compénètre dans notre monde. Mais tout ne s'y confond pas. Et les valeurs morales sont toujours dans l'ordre juridique, au-dessus des valeurs comptables. L'échange des unes contre les autres est, dans la vie humaine et sociale, sans cesse imposé. Mais le droit, quand il l'homologue, doit toujours prendre garde de réserver, *au-dessus* de l'équivalence comptable, un reste essentiel qui domine de haut l'échange, et qui est le respect imposé de la prééminence des valeurs morales » : SAVATIER (R.), « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs », *Mél. Gothot*, Liège, Université de Liège, 1962, p. 605.

[715] DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 65.

[716] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), GERARD (P.) (dir.), *Droit et intérêt*, Volume 2 : *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 29.

[717] « Le droit subjectif est simultanément appartenance et maîtrise. L'élément appartenance bénéficie cependant de la prévalence. Disposer d'un droit, c'est toujours de quelque façon « avoir » quelque chose ; les idées de « propriété » et d' « appropriation » sont de l'essence même du droit subjectif. Dans cette optique, il revient à l'Etat et au droit objectif d'attribuer à chacun ce qui lui revient » : *Ibid*., p. 28.

choses, c'est-à-dire les choses matérielles. Mais tout lien entre les personnes et les choses implique une idée d'attribution, ou d'appropriation, et de pouvoirs. Les choses ne sont utiles à l'homme que lorsqu'il peut s'en servir, en profiter et exercer sur elles certains pouvoirs. Elles ne sont des biens que si elles sont des objets de droits exprimant les pouvoirs que des personnes détiennent sur elles. Ce sont les droits portant sur les choses qui leur confèrent leur utilité et leur valeur économique, leur aptitude à des échanges au sens économiques, autrement dit leur prix. La notion de bien est ainsi dominée par celle de droits relatifs aux choses et désigne en réalité surtout les droits qui portent sur les choses, plutôt que les choses elles-mêmes […] »[718].

La notion d'utilité a fréquemment amené à tenir pour synonymes les termes « biens » et « droits »[719]. Elle porte à considérer les biens sous l'angle du résultat utilitaire des droits[720] dont ils sont l'objet. Cette conception est relayée par l'état des dispositions du Code civil consacrées aux biens. Le livre II est, en effet, essentiellement dédié aux droits relatifs aux choses. Au-delà de la chose elle-même, la notion de « bien » désigne avant tout les droits qui portent sur la chose[721]. Les choses n'offrent un intérêt, au plan juridique, qu'en raison des droits dont elles sont l'objet. Ces droits représentent pour leur titulaire une utilité économique, une valeur. C'est précisément cette utilité et cette valeur qui se révèlent constitutives de la nature du bien juridique. Ihering a mis en relief cette correspondance en

---

[718] BERGEL (J.-L), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, Les biens*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 2010, n°1, p. 1.

[719] « En définitive, comme les choses ne sont juridiquement des biens que par les droits auxquelles elles servent de support, les mots « biens » et « droits » peuvent être considérés comme synonymes » : BEUDANT (C.) et LEREBOURG-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, 2ème éd., Paris, Rousseau, 1938, n° 5, p. 4. ; v. également : MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Les biens, op. cit.*, n°8, pp. 6-7 ; BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.),*Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n°1, p. 1 ; WEILL (A.), *Les biens, op. cit.*, p. 2.

[720] BERLIOZ (P.), *La notion de bien, op. cit.*, n° 506, p. 162.

[721] L'idée a déjà été développée par Aubry et Rau selon lesquels : « l'expression biens désigne l'utilité qu'une personne peut retirer des objets sur lesquels elle a des droits à exercer, et par conséquent, une simple qualité de ces objets, ou, si l'on veut, le résultat des droits dont ils sont la matière » : *Cours de droit civil français…, op. cit.*, § 162.

indiquant que « les droits n'existent point pour réaliser l'idée de volonté juridique abstraite ; ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider ses besoins, à réaliser ses buts »[722]. Les choses n'intéressent le droit des biens qu'à raison des perspectives d'appropriation qu'elles soutiennent. La notion de valeur qui consacre l'insertion des choses dans le droit contribue à l'élaboration d'un droit des biens socialisé. La valeur pécuniaire qui désigne la substance du bien juridique participe à l'installation de ce dernier dans les ressorts collectifs de l'appropriation. Employé au pluriel le terme « biens » évoque ce qui valorise matériellement celui qui en a la maitrise[723]. Les biens revêtent une dimension éminemment sociale. Ils assurent la participation à la vie collective. Le phénomène de rareté qui affecte l'ordre matériel reflète encore cette conception.

B. La rareté : condition de la valorisation de la notion de bien

Les biens qui constituent « la projection de la personnalité sur le terrain des intérêts matériels »[724] contribuent immédiatement à installer l'individu dans des relations marchandes, dans des rapports de droit privé[725]. C'est également dans cette perspective que le concept de valeur, comme élément de définition du bien, prend son importance. Le professeur Mousseron a explicitement caractérisé la portée sociale de l'idée de valeur qui investit la notion de bien juridique. « Le concept de valeur, explique-t-il, n'acquiert, tout

---

[722] IHERING (R. Von), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O de Meulenaere, Paris, 1886-1888, § 70, p. 327

[723] V. sur ce point PATAULT (A.-M.), *Dictionnaire de la culture juridique*, v° « Biens ».

[724] TERRE (F.), « Variation de sociologie juridique sur les biens », *in Les biens et les choses, op. cit.*, p. 25.

[725] « Les biens apparaissent comme les « mises » dont disposent les individus, considérés comme joueurs, pour participer au jeu de la vie juridique » : ZENATI (F.), « Le droit français des biens entre jeu et providence », *in Les biens et les choses, op. cit.*, p. 215.

son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation ; il suppose, donc, une vie à plusieurs. Aussi comprenons-nous que ce concept intéresse la vie collective, l'organisation de la société et, corrélativement, son instrument : le Droit »[726]. Cette association est de nature à révéler les mécanismes collectifs qui dominent le champ de l'appropriation. Elle met en évidence la dynamique sociale qui soutient la notion de bien et qui anime profondément le droit des biens. L'intervention de la valeur dans la détermination du bien paraît, dès lors, porter le projet de la socialisation du droit des biens.

La rareté qui frappe le domaine des biens développe la valeur objective des choses appropriées. Elle implique l'échange, la circulation, la répartition des ressources disponibles et de leurs utilités. L'état de rareté des choses indique la direction que doit prendre l'entreprise de socialisation du droit. Elle suppose de mettre en œuvre des considérations de nature sociale et économique. La socialisation du droit des biens repose, en effet, sur une collaboration entre *l'économique* et *le social*. Même admise l'idée que ces deux éléments renvoient à des réalités scientifiques distinctes[727], l'ambition de socialiser le droit des biens leur offre l'occasion d'un rapprochement. Cette question de la socialisation constitue un champ d'intersection puisqu'elle oblige à combiner les expressions qui relèvent de l'essence de *l'économique* et du *social*. Pour mesurer ces interactions, il faut considérer comme appartenant à *l'économique*, « « tout ce qui concerne la production, la circulation et la consommation des richesses »[728] et comme ressortissant au *social*, « ce qui est relatif à l'organisation des classes de la société, en y ajoutant le plus souvent les idées d'équité dans la répartition des richesses, et celle de promotion de la personne humaine en général »[729]. La rareté précipite la synthèse de ces deux éléments. Elle apparaît, en effet, comme une référence fondamentale de l'économie

---

[726] MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, Biens, Droits », *Mél. Breton- Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 279.

[727] ALFANDARI (E.), « Le droit au sein des rapports entre l' « économique » et le « social » », *in Les orientations sociales du droit contemporain*, *op. cit.*, p. 31.

[728] *Ibid.*

[729] *Ibid.*

et détermine également, d'un point de vue social, la position de l'homme par rapport aux richesses et aux biens.

Il faut concevoir que la chose ou le bien, alors même qu'il est affecté par une « pauvreté essentielle immédiate »[730], acquiert, par l'effet de la rareté un relief particulier. La rareté pousse les individus à se partager la jouissance de ressources, par principe, « finies et limitées »[731]. Elle suppose un désir d'appropriation. La nécessité de s'emparer des biens conduit à des rapports fondés sur l'altérité. Le phénomène de rareté des biens amène à déterminer certaines compositions dans l'ordre matériel pour « concilier l'étendue considérable de nos besoins et de nos désirs, avec la limitation forcée »[732]. L'état de pénurie associé à la permanence des besoins place l'homme dans une relation de dépendance vis-à-vis des choses et « autres sujets désirants »[733]. La rareté porte l'individu à considérer l'étendue de ses besoins comme « un manque »[734], « une privation »[735] et provoque « une tension vers l'extérieur, vers ce qui lui fait défaut »[736]. Elle assure la vitalité du droit des biens. Ces différentes observations permettent, en effet, de concevoir que « la rareté, en tant qu'élément du concept de bien, donne tout de suite à celui-ci une dimension sociale »[737].

---

[730] GOYARD-FABRE (S.), « La chose dans « La prose de la vie » selon Hegel », art. préc., p. 174.

[731]MIGNOT (M.), « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ*, 2006-4, n° 35, p. 1822

[732] DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales …*, op. cit., p. 111

[733] DE MIJOLLA-MELLOR (S.), « Donner et retenir ne vaut », citée par MIGNOT (M.), « La notion de bien… », art. préc., p. 1822.

[734] POULANTZAS (N.), *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965, p. 140

[735] *Ibid.*

[736] *Ibid.*

[737] STOYANOVITCH (K.), « Les biens selon Marx », *in Les biens et les choses, op. cit.*, p. 201.

La rareté des biens met en scène les ressorts collectifs de l'appropriation dans une perspective concurrentielle. Elle installe une certaine rivalité dans les relations qui s'établissent en vue d'appréhender les biens. C'est la concurrence qui distingue la rareté de l'utilité en ce qui concerne l'approche de la notion de bien. Le professeur Mignot s'attache à la souligner. « La concurrence, indique-t-il, est ce qui différencie la rareté de l'utilité. L'utilité est une relation objective entre l'homme et la chose. La rareté d'une chose – que l'on suppose utile – fait qu'elle intéresse plusieurs personnes en même temps »[738]. C'est donc la rareté qui commande, en dernier lieu, l'exclusivité du rapport à la chose. Le phénomène de rareté anime juridiquement la chose. Il induit les différents événements dont elle est l'objet. Il active également les mécanismes et les institutions qui portent juridiquement la chose. La rareté maintient, en effet, dans le « monde socialisé des choses »[739], la vigueur d'un ordre patrimonial fondé sur la coexistence des droits et obligations. C'est ainsi que « la rareté explique non seulement la propriété, mais encore le contrat, car l'échange est devenu nécessaire par la rareté des choses »[740]. Etroitement mêlée à la notion d'utilité, la rareté participe à l'élaboration d'une définition du bien fondée sur la valeur. La rareté valorise les choses utiles. Cette relation a été évoquée par le professeur Zenati selon lequel, « la rareté des choses utiles conduit à se les procurer par le commerce puis, de proche en proche, par l'argent, lorsque l'échange devient monétaire. Devenant aliénable, la chose acquiert une valeur qui la mesure par rapport à l'objet contre lequel elle est échangée et qui n'est autre que celle de son utilité »[741].

Il se trouve que la notion de bien « se situe au carrefour de l'utilité et de la rareté, c'est-à-dire qu'elle est définie par l'idée de valeur »[742]. Cette consécration de la valeur a provoqué

---

[738] MIGNOT (M.), « La notion de bien… », art. préc., n° 35, p. 1822.

[739] POULANTZAS (N.), *Nature des choses et droit…, op. cit*., p. 144.

[740] MIGNOT (M.), « La notion de bien… », art. préc., n° 35, p. 1822

[741] ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », *in Le droit et l'immatériel, APD*., t. 43, 1999, p. 91

[742] LIBCHABER, *Répertoire civil Dalloz*, v° « Biens ».

un changement de paradigme. Le terme « bien » affiche de nouvelles dimensions. Le retour sur la valeur a participé à l'émancipation du bien des contours de la corporéité. Dans cette perspective, la chose n'a pas besoin d'une substance matérielle pour advenir comme un objet du monde juridique. Si la valeur constitue un élément de définition du bien, elle semble désormais tout autant pouvoir recevoir une telle qualification. La conception contemporaine qui tend à l'assimilation du bien et de la valeur porte, aujourd'hui, à considérer la valeur comme un bien. Ce qui, dans le même sens, participe significativement à faire évoluer le droit des biens et à lui imprimer un réalisme certain.

§ 2 : Une tendance actuelle à concevoir la valeur comme un bien juridique

La valeur est immatérielle par essence. Son installation au cœur du droit des biens a amené une évolution de la notion de bien. Affranchi des contraintes du support, le concept de bien s'épanouit. Il se développe hors des frontières de la matérialité. La qualification de bien ne s'applique pas aux seuls objets corporels susceptibles d'appropriation. Dans l'analyse contemporaine, le bien se distingue assez nettement de la chose. Ce n'est plus, en effet, de la chose que sort le bien[743]. La valeur a offert d'abolir le clivage matériel – immatériel qui affectait la conception du bien juridique (A.). Elle a ainsi levé l'obstacle tenant à l'immatérialité croissante qui touche le droit des biens et permis de découvrir des supports inédits de l'appropriation. Cette dématérialisation, dans la mesure où elle permet d'insérer réalités nouvelles au sein du droit des biens et d'étendre le champ de l'appropriation est en rapport avec sa socialisation (B.).

---

[743] « Dans la définition traditionnelle, c'était de la chose que sortait le bien. Or puisque c'est principalement la définition de la chose appropriable, et notamment la matérialité qui est censée la caractériser, qui constitue un obstacle à une conception moderne du bien, il paraît en effet nécessaire de déplacer le centre de gravité de la notion vers un élément qui en permettra l'extension. C'est donc sur une contestation de cette importance de la chose que prend appui la mise en cause de la notion traditionnelle » : BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, *op. cit*., n° 476, p. 152.

A. L'abolition du clivage matériel – immatériel

Il ressort des développements précédents que la valeur est un élément de la composition du bien. Il faut même aller plus loin pour affirmer qu'elle forme l'essence constitutive, « la substance de la notion de bien »[744]. Cet enracinement de la valeur dans le bien porte, certains auteurs à considérer ces deux éléments sur le mode de l'équivalence. La valeur participe désormais à l'ordonnancement contemporain du droit des biens. Selon A. Piédelièvre notamment, « la notion de valeur est essentielle, toute valeur doit être considérée comme un bien »[745]. Le professeur Catala, quant à lui, établit de manière plus significative encore la centralité de la valeur en écrivant, à propos de l'information, qu' « à travers la valeur qui la révèle, l'information est un bien en soi, distinct à la fois de son support matériel et de la prestation qui la délivre »[746]. La notion de valeur est ainsi susceptible d'écarter dans la qualification la référence à une quelconque représentation ou assise matérielle du bien. La constatation de l'existence d'une valeur permet, aujourd'hui, la découverte d'un nouveau bien. Dans cette analyse, la chose « n'est pas une véritable valeur, mais seulement son porteur, son substrat matériel, son prétexte, pour ainsi dire »[747]. Les prévisions du Doyen Savatier semblent donc vérifiées, la valeur est désormais un bien[748]. Comme l'indique, en effet, le professeur Zenati, « la prémonition de

---

[744] MERCIER (V.), *L'apport des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, préf. PORRACHIA (D.), PUAM, 2005, n° 188, p. 97.

[745] PIEDELIEVRE (A.), « Le matériel et l'immatériel, Essai d'approche de la notion de bien », *Mél. M. De Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, p. 57 ; v. également LE TOURNEAU (Ph.), « Le parasitisme dans tous ses états », *D.*, 1993, 310, qui développe à propos de « cette notion de valeur économique ou, ce qui revient au même, de bien juridique (…) ».

[746] CATALA (P.), « La « propriété » de l'information », *Mél. Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 98.

[747] GRZEGORCZYK (C.), *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982, p. 55

[748] *Les métamorphoses du droit privé d'aujourd'hui,* 3ème série, *op. cit.*, n° 494, p. 166 : « le bien patrimonial le plus pleinement incorporel s'appellera finalement « valeur » » ; n° 497, p. 170 : « Ainsi se dessine, dominant le patrimoine, - et analysant en unités de richesses propres au calcul, tous ses autres biens, - un bien technique incorporel par excellence : la *valeur patrimoniale* ».

Savatier annonçant que la valeur sera un jour elle-même un bien est déjà, dans une certaine mesure réalisée. A des degrés variables, la valeur est acquise, possédée, transmise pour elle-même. La chose qui en est le support n'intéresse pas son propriétaire en elle-même mais pour le gain qu'elle peut lui procurer. S'ensuit une aliénation au sens philosophique, non pas tant de la personne que de la chose : la chose n'est plus elle-même, elle s'identifie à sa représentation abstraite »[749].

Cette distance prise par rapport à la chose, au support, à la matière introduit de nouvelles perspectives dans le domaine de l'appropriation[750]. On constate une certaine évolution de la forme du bien. La considération de la valeur n'est pas étrangère à l'éclosion des biens immatériels ou incorporels[751]. Elle a facilité l'installation et l'ancrage de ces réalités dans le champ juridique[752]. Ayant relevé que la « valeur ne réside pas dans l'épaisseur rassurante de la matière »[753], il faut également constater que « le paradigme de la « chose », c'est-à-dire de la matérialité, tend à être supplanté par le paradigme de la « valeur », ouvrant ainsi la porte à l'immatériel dans le statut des choses »[754]. Dans ce contexte contingent, la valeur parait propre à révéler certaines alliances naturelles. La valeur est une réalité juridique puisqu'elle investit largement le monde des objets dont on organise l'appropriation. Sa réception assure la présentation d'un droit des biens acculturé et disposé à accueillir les phénomènes immatériels. Cette maturation des catégories du

---

[749] ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », art. préc., p. 92

[750] « Autrefois réservée dans l'opinion commune et dans la doctrine aux objets corporels, la propriété a conquis des formes inédites d'assiette avec le développement des biens immatériels », ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD. Civ.*, 1993, p. 305.

[751] « la nature corporelle ou incorporelle de la *res* importe peu, pourvu qu'il y ait *res*, c'est-à-dire *valeur économique* », MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », *in Mél. A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, n° 14, p. 286.

[752] En elle-même d'ailleurs, la valeur est une « chose immatérielle par essence » : TERRE (F.), « Avant propos », *in Le droit et l'immatériel, op. cit.*,p. 10.

[753] CATALA (P.), « Exposé de synthèse » *in L'évolution contemporaine du droit des biens, op. cit.*, p. 189.

[754] SIIRAIAINEN (F.), « Les « réalités immatérielles » et le droit » *in Immatériel, nouveaux concepts*, Paris, Economica, 2001, p. 33

droit des biens a permis de dévoiler une évidence plus générale. Elle invite à découvrir que « la valeur gisait dans le droit depuis toujours sans qu'on s'en aperçut, révélant entre lui et l'immatériel l'existence d'une complicité structurelle »[755].

La valeur, plus précisément la valeur économique que recèle la chose a facilité la transition vers la reconnaissance juridique des biens immatériels. La valeur pécuniaire forme la substance de tout bien juridique. C'est cette approche essentiellement économique de la notion de bien qui a favorisé l'ouverture du domaine de l'appropriation aux réalités immatérielles. La valeur expose le bien à la nécessité d'une évaluation monétaire. Elle l'attrait, dès lors, vers l'abstraction[756]. L'aspect économique développé par la valeur est capital. Il introduit une certaine indifférence quant à la forme du bien. La valeur efface, donc, théoriquement les réserves liées à la prise en charge de l'immatériel par le droit. Selon les observations du Professeur Piédelièvre en effet, « la valeur économique est fondamentale : comme elle se réduit à une abstraction le clivage entre matériel et immatériel devient indifférent »[757]. Dans le prolongement de cette analyse, Monsieur Husson conclut qu' « en devenant l'étalon de toutes les richesses et le moyen universel de se les procurer, la valeur comptable et la monnaie qui la matérialise, prennent figure de valeurs suprêmes, enveloppant toutes les autres »[758].

Il faut constater, à l'heure actuelle, l' « irrésistible essor des valeurs immatérielles »[759]. Cette progression de l'immatériel a suscité une réflexion assez neuve. Elle a fourni l'occasion de repenser les rapports qui existent entre l'*économique* et le *juridique*. Elle pousse à dépasser les contours désignés pour chacune des spécialités. Ainsi que l'indique

---

[755] ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », art. préc., p. 79

[756] « C'est, croit-on, une singularité française de plus : *l'argent*, qui est le nom d'une matière, désigne couramment quelque chose d'immatériel », CARBONNIER (J.), *Flexible droit…*, op. cit., p. 386.

[757] « Le matériel et l'immatériel … », art. préc., p. 61.

[758] HUSSON (L.), *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974, p. 383

[759]CATALA (P.), *Famille et patrimoine*, Paris, PUF, 2000, p. 7

M. Vivant, le juriste est nécessairement amené à concevoir l'immatériel puisque « l'immatériel est, à n'en pas douter, la « nouvelle frontière » »[760]. L'émergence de l'immatériel est à l'interface du droit et de l'économie. Un mouvement de dématérialisation a affecté l'économie. Il semble qu'il en ait ébranlé les bases. Il apparaît aujourd'hui que « la logique de la dématérialisation dégage l'économie des contraintes traditionnelles de la géographie et de la rareté des ressources. Le défi désormais, écrit M. Goldfinger, n'est plus la gestion de la distance et de la rareté, mais celui du temps et de l'abondance. L'économie de l'immatériel est une économie d'abondance »[761]. Cet état porte à évaluer les effets d'une telle profusion d'objets sur les institutions juridiques. Le droit ne saurait être tenu à l'écart d'une telle évolution car « l'immatérialité est bien une réalité économique et donc juridique »[762].

Socialisé, le droit doit être ouvert aux adaptations que réclame cette économie de l'immatériel. L'avènement de l'immatériel est de nature à insuffler aux disciplines économiques et juridiques une nouvelle dynamique. L'intensité avec laquelle l'immatériel gagne le droit[763] conduit, en effet, à élargir les bornes que l'on assignait traditionnellement au droit des biens. Pour autant, il ne faut exagérer ni la verdeur[764] ni l'originalité[765] ni

---

[760] VIVANT (M.), « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G.*, 2000, 193.10

[761] GOLDFINGER (Ch.), *L'utile et le futile. L'économie de l'immatériel*, Paris, Odile Jacob, 1994, p. 14.

[762] GAUTHIER (P.-Y.), « Rapport de synthèse », *in Le droit et l'immatériel*, *op. cit.*, p. 234.

[763] « L'immatériel envahit nos vies. Le droit, tout le droit, est alors forcément concerné. Comment réagir ? Avant d'adopter un comportement réactif, positif ou négatif et peut-être se remettre en question, il faut comprendre le phénomène de propagation dans le réel par ce qui n'est point palpable par certains de nos sens, comme le toucher. Tout est alors dans la connaissance et la perception du phénomène par notre entendement. Alors on s'aperçoit qu'il s'agit d'une aube et point d'un crépuscule » : *Ibid*, p. 233.

[764] « Contrairement à ce que pensent beaucoup de juristes, il n'a pas fallu attendre le XXe siècle pour voir surgir un droit dématérialisé. L'idéalisme, qui est à l'origine de l'intellectualisation du droit, naît déjà avec le commencement de la modernité. La conception des choses comme des entités incorporelles est encore moins récente ». Toutefois, « la tendance des biens vers l'immatériel n'est pas nouvelle, mais elle connaît dans la période contemporaine une sensible accélération. C'est l'intensité inédite du mouvement qui le rend plus perceptible que jamais », ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », art. préc., pp. 80-81.

[765] « Il n'y a pas de dématérialisation du droit mais tout au plus une tendance de celui-ci à être de plus en plus immatériel », *Ibid*.

même peut-être l'ampleur[766] du phénomène de dématérialisation des biens. En réalité il semble s'apparenter, plus simplement, à l'une des manifestations de l'attraction du droit vers l'abstraction. Dans cet axe, il apparaît naturel que le thème de l'immatérialité s'installe sur un des terrains où se pratique manifestement l'abstraction. La question du traitement juridique de l'immatériel réaffirme l'importance du droit des biens[767]. « Les biens, écrivent les professeurs Caron et Lécuyer, constituent un domaine privilégié pour une réflexion sur l'immatériel. D'abord parce qu'ontologiquement, le droit a partie liée avec les choses, dont la répartition est considérée classiquement comme sa raison d'être. Ensuite, parce que dans la plupart des matières où s'éclot et s'épanouit l'immatériel, les biens sont peu ou prou en cause. C'est à travers elle que semble se manifester de la manière la plus évidente la tendance du droit à l'immatériel »[768].

Cette insertion de l'immatériel dans le droit des biens met à l'épreuve la conception matérialiste de la propriété. Elle impose une actualisation de la catégorie juridique des biens. La réception des choses immatérielles dans les cadres juridiques traditionnels a donné lieu à certaines objections doctrinales. On s'interroge, en effet, sur l'opportunité d'organiser l'entrée de l'immatériel dans le champ des hypothèses de l'article 544 du Code civil alors même que ce dernier semble « édifié sur la matière et pour la matière »[769].

---

[766] « La vérité est que nos sens sont aveugles et sourds à côté des instruments de détection et de mesure dont la science dispose. La matérialité des choses ne cesse pas aux frontières de l'invisible, de l'inaudible et de l'impalpable. Dans la délimitation du monde sensible, il faut intégrer les machines qui relaient et décuplent nos propres capteurs. C'est pourquoi les propos actuels des juristes sur l'immatériel et la dématérialisation des biens souffrent sans doute d'un anthropomorphisme anachronique. Ce que l'on nomme immatériel est un au-delà de nos sens, que des appareils plus subtils imposent à notre entendement et dont on peut constater les effets, sinon l'essence. Il s'agit encore de phénomènes et non de pures idées », CATALA (P.), « La matière et l'énergie », *in L'avenir du droit, Mél. F. Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 557.

[767] « Il est vrai, également, que les défis du droit des biens sont redoutables. Il ne doit par ignorer la technique (…), l'économie (…), la politique (…) et surtout l'irruption de l'immatériel », CARON (Ch.) et LECUYER (H.), *Le droit des biens*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2002, p. 3.

[768] *Ibid.*, p. 79.

[769] CARBONNIER (J.), *Flexible Droit…*, *op. cit.*, p. 317

Pour certains auteurs, il s'agit là d'une intrusion, d'une exagération[770]. On entend donc mettre en garde contre « l'hypertrophie du droit de propriété »[771]. Selon cette analyse la propriété repose sur des objets corporels. D'autres soulignent l'existence d'un abus de langage ou, à tout le moins, d'une imprécision à faire usage de l'expression « propriété » en ce qui les choses incorporelles[772]. Ces réserves s'attachent, en réalité, aux vestiges d'une conception matérialiste et moniste de la propriété. Cette dernière a pu prospérer sous l'effet d'une confusion entre le pouvoir sur la chose que consacre le droit de propriété et, la chose elle-même[773]. Dans cette conception, la propriété est réduite à l'emprise sur la chose. L'homme entretient une relation exclusive[774] avec la matière. Cette représentation de l'appropriation suppose d'établir le caractère corporel de la chose. La notion de bien semble alors « infectée de *matérialisme* »[775].

L' « attraction du Droit par le Fait »[776] a longtemps maintenu un lien instinctif entre propriété, possession ou encore occupation[777]. Le recul de cette alliance a régulièrement

---

[770] « Classiquement, le droit de propriété proprement dit porte avant tout sur des objets corporels et non sur des objets immatériels qui ne s'y identifient pas. La reconnaissance contemporaine de propriétés incorporelles par le droit positif n'en traduit que des extrapolations spécifiques qu'on ne peut généraliser », BERGEL (J.-L.), *La propriété*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1994, p. 20.

[771] ROUAST (A.), *L'évolution du droit de propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, T. I, 1945, p. 47 ; l'auteur poursuit en indiquant que « « débarrassé de ses excroissances et assoupli dans son fonctionnement, le droit de propriété demeurera un des fondements de notre édifice juridique ».

[772] « Il n'y a peut-être rien à gagner à l'emprunt de la terminologie anglo-saxonne qui donne un sens très large à l'expression « droit de propriété ». En droit français, toute propriété est une valeur patrimoniale ; mais toute valeur patrimoniale est-elle pour autant une propriété » : ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 641, p. 429.

[773] Opposé à cette réification de la propriété : JOSSERAND (L.), « Configuration de la propriété dans l'ordre juridique nouveau », *Mél. Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 97 : « le droit de propriété, à l'instar de toutes les autres prérogatives juridiques, présente un caractère immatériel, incorporel, et qu'il s'établit sur la chose sans être absorbé, annexé par elle ».

[774] V. sur ce point : ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc. ; ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Th. Lyon 3, 1981 ; FABRE-MAGNAN (M.), « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ*., 1997, p. 583 et s.

[775] VILLEY (M.), « Préface historique », *in Les biens et les choses, op. cit*., p. 2.

[776] *Ibid*.

été constaté. Il a été favorisé, notamment, par la possibilité de revendication des meubles incorporels. Il faut, ainsi que l'indique le Professeur Zenati, y voir le signe d'un progrès du droit. « Il est vrai, indique-t-il, que l'appréhension matérielle d'un objet en facilite l'appropriation. La meilleure protection de l'exclusivité est assurément la main mise sur la chose. Mais, seule une mentalité archaïque impose d'écarter l'idée que l'appropriation puisse être assurée d'une autre manière »[778]. La limitation de la propriété au domaine des choses corporelles relève d'une conception dépassée. Les valeurs immatérielles ont aboli les contraintes tenant à la corporéité des biens. On envisage aujourd'hui, comme le préconisait Dabin, que « les biens ou valeurs que l'on peut « avoir comme sien » ne se limitent pas aux choses extérieures, telles les choses matérielles »[779]. L'avènement de l'immatériel a donné une allure nouvelle à la notion juridique de bien. Cette évolution livre l'image d'un droit des biens actualisé. La dématérialisation croissante de la propriété est donc une manifestation de la socialisation du droit des biens.

B. Dématérialisation de la propriété et socialisation du droit des biens

Une étape décisive de la socialisation du droit des biens est franchie avec la dématérialisation et l'intellectualisation de la propriété. En se désincarnant, la propriété prend des dimensions nouvelles. Elle s'élargit pour assurer la satisfaction des besoins matériels d'un plus grand nombre d'individus désireux d'appréhender les choses. Surtout, sa configuration contemporaine paraît encourager la découverte de nouveaux biens. Elle

---

[777] « Les biens immatériels, dit-on, sont insusceptibles de propriété parce qu'il est impossible de les appréhender matériellement. Cette objection procède de l'*a priori* que la propriété repose sur la possession », ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc., p. 310.

[778] *Ibid*.

[779] DABIN (J.), *Le droit subjectif*, *op. cit*., p. 83.

invite à envisager, au-delà du monde réel et sensible, les supports inédits de l'appropriation. Le domaine de la propriété est désormais crédité d'objets et de valeurs dont le droit assure la réservation et la commercialisation. Cette posture engage à faciliter l'accès aux richesses les plus variées. La disponibilité qui s'organise autour de l'immatériel offre de nouveaux contours à la propriété[780]. L'établissement des réalités immatérielles sur le terrain du droit des biens est un indicateur du degré de maturité et de perfection de la discipline. Affranchi des limites de la matérialité, le droit des biens apparaît socialisé[781]. Le réalisme qu'il affiche dans la description des biens juridiques lui permet de révéler que « le domaine du droit est plus vaste que celui de la réalité matérielle »[782]. D'un autre côté, l'abstraction qu'il développe quand il appréhende le bien comme une valeur, lui assure de pouvoir opérer « une réinterprétation constructive de l'essence des concepts élaborés en considérations des seules réalités matérielles »[783]. En accueillant des objets non tangibles, plus ou moins nouveaux par rapport aux choses corporelles, le droit des biens présente des facultés d'adaptation aux réalités nouvelles. La discipline prend des traits essentiellement contemporains.

---

[780] « Le cercle des objets appropriables n'est pas nécessairement déterminé par leur constitution naturelle, mais par le droit de chaque peuple. C'est l'opinion de chaque société qui fait que tels objets sont considérés comme susceptibles d'appropriation, tels autres non. Ce ne sont pas leurs caractères objectifs, tels que les sciences naturelles peuvent les déterminer, c'est la façon dont ils sont représentés dans l'esprit public. Telle chose qui hier ne pouvait être appropriée, l'est aujourd'hui et inversement. D'où il suit que la nature de l'être approprié ne peut pas entrer dans notre définition. Nous ne pouvons même pas dire qu'il doit consister en une chose corporelle, saisissable aux sens. Il n'y a pas de raison pour que des choses incorporelles ne soient pas capables d'être appropriées. *A priori*, aucune limite ne peut être assignée au pouvoir dont dispose la collectivité pour conférer ou retirer à tout ce qui est les caractères nécessaires pour en rendre l'appropriation juridiquement possible » : DURKHEIM (E.), *Leçons de sociologie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 5ème éd., 2010, pp. 167-168.

[781] En effet, « « les progrès techniques d'une civilisation juridique plus raffinée apportent, à ce tableau primitif, des transformations essentielles. L'abstrait se substitue au concret, en modifiant la substance même des concepts » : SAVATIER (R.), « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD. Civ*, 1958, n° 2, p. 332.

[782] LOUIS-LUCAS (P.), « Vérité matérielle et vérité juridique », *Mél. R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 594.

[783] GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *in Le droit et l'immatériel, op. cit.*, p. 78.

Aujourd'hui, on admet largement que le droit de propriété puisse s'accommoder d'un prolongement vers l'immatériel. L'idée est validée par une majorité de la doctrine[784]. La propriété constitue un « modèle obligé »[785], indépendamment de toute considération relative à la consistance de l'objet auquel elle s'applique. On conçoit donc que la propriété a vocation à s'étendre. Cette évolution est de nature à modifier la physionomie du droit des biens. On lui découvre des contours très différents de ceux établis au moment de l'élaboration du Code civil. La multiplication des valeurs immatérielles a déterminé le nouveau déploiement de la propriété[786]. C'est une vue moderne du droit des biens qui succède à la présentation surannée d'un droit de la propriété terrienne. Comme le souligne F. Zenati, « La discipline des biens ne se [réduit] pas à l'immeuble foncier ou bâti, si cher à l'esprit français ; elle intéresse tout l'univers oh, combien croissant, dans une ère marchande de l'appropriation. Sa technique (…) est la clé de l'entrée dans le commerce juridique des richesses immatérielles les plus variées »[787].

L'intégration des réalités immatérielles dans le système du droit des biens est facilitée par la rénovation de la notion de bien. Le bien, lorsqu'il est dégagé de ses déterminants matériels, peut être conçu comme une valeur économique[788]. L'universalité de la notion de

---

[784] V. not. : ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc., pp. 305 et s. ; SAVATIER (R.), « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », art. préc., p. 332 ; FABRE-MAGNAN (M.), « Propriété, patrimoine et lien social », art. préc., pp. 583 et s.

[785] MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », art. préc., n° 56, p. 305

[786] « Comme la modernité sécréta une nouvelle forme d'individualisme corrélativement à la mobilité croissante des richesses, notre époque est appelée à dépasser le modèle du terrien et du commerçant pour structurer les formes nouvelles de la contingence » : GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », art. préc., p. 68.

[787] ZENATI (F.), « Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen Savatier », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, *op. cit*., p. 13.

[788] Ainsi, « la propriété embrasse tout le champ patrimonial, même dans ce qu'il a de plus immatériel, imprègne les biens entendus comme autant de valeurs, et s'identifiant aux biens eux-mêmes, elle devient une simple valeur économique » : BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Préf. CATALA (P.), Bibl. dr. privé, t. 313, Paris, LGDJ, 1999, n° IV, p. 8.

valeur impose l'idée qu'il faut réserver un traitement unitaire aux objets. La corporéité devient une qualité indifférente. On conçoit un rapprochement entre richesses matérielles et valeurs immatérielles car « il ne saurait raisonnablement y avoir deux définitions de la propriété »[789]. Le modèle de la propriété se révèle adapté aux réalités immatérielles. Il faut admettre, comme l'indique A. Pélissier, « qu'au sein même de l'institution de la propriété cœxistent deux réalités : un droit de propriété ayant pour objet des biens corporels, fidèle à la conception matérialiste, et un droit de propriété dont l'objet serait les biens incorporels, adapté aux contingences de la dématérialisation »[790].

Le droit, en envisageant la valeur comme un bien suit l'évolution qui affecte l'économie moderne[791]. L'incursion de l'immatériel dans le champ juridique a assis de nouvelles conceptions[792]. Elle a favorisé l'installation de la propriété dans une nouvelle dimension. Elle permet l'accueil d'objets inédits. L'extension de la propriété est une des manifestations de l'adaptation du droit des biens à la réalité économique et sociale.

Section 2 : Les dimensions contemporaines de la propriété

La propriété est, selon le mot de Durkheim, « contagieuse »[793]. La référence à la propriété s'est répandue. L'emploi du terme couvre désormais des réalités très variées. L'expansion

---

[789] *Ibid*.

[790] PELISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, Préf. CABRILLAC (R.), Paris, Dalloz, Nlle Bibl. th., 2001, n° 14, p. 10.

[791] « L'économie a perçu très tôt la valeur dans les choses immatérielles, le Droit les a alors reconnues comme des biens » : *Ibid*., p. 110.

[792] « D'une société archaïque fondée sur les sens, on est passé en quelques décennies à une société moderne essentiellement conceptuelle. L'esprit permet d'élever la matière jusqu'à remettre en cause les lois de la gravitation universelle. Nous entrons dans l'ère de la société virtuelle, les choses comme les biens devenant des concepts purs », VERBAERE (C.), « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, Application au droit de rétention », *RRJ*, 1999-3, n° 22, p. 701.

[793] DURKHEIM (E.), *Leçons de sociologie*, *op. cit*., p. 177.

contemporaine de la propriété est essentiellement le résultat de l'assimilation des choses immatérielles. Le concept de propriété s'est enrichi d'hypothèses nouvelles. La tentation est constante de confondre sous la notion de propriété toutes les modalités juridiques des relations entre hommes et choses. Ainsi que l'indiquent certains auteurs, « le terme de « propriété privée », dans le monde d'aujourd'hui, [est] devenu un terme générique qui recouvre un univers extrêmement complexe où l'ensemble des droits afférents à la jouissance, l'usage et la disposition des biens peut se combiner et se recombiner selon une infinité de cas de figure »[794]. Cette position a sans doute affecté la substance de la notion. A l'évidence, l'altérité des concepts ne couve, en effet, pas sous l'identité des mots[795].

L'analyse « moderne »[796] livre une présentation élargie des contours de la propriété. La découverte de droits nouveaux auxquels on attribue un caractère privatif a favorisé la généralisation de l'emploi du terme propriété[797]. Qu'elle paraisse abusive ou non, cette extension a, à tout le moins, le mérite de suggérer quelque interrogation à propos des dimensions contemporaines de la propriété. Pour saisir le contenu actuel de la propriété, il convient de relever que celle-ci s'est développée tant si l'on considère son assiette que les modalités d'accès aux biens. Le renouvellement des formes de l'appropriation permet d'observer une certaine diversification des objets de la propriété (§ 1.). De nouvelles considérations doctrinales sur la notion de bien ont pareillement orienté la réflexion vers la nécessité de favoriser la multiplication des choses appropriables (§ 2.).

---

[794] LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété ?*, *op. cit*., p. 104.

[795] V. sur ce point DROSS (W.), « Une approche structurale de la propriété », *RTD. Civ*., 2012, n° 3, p. 419.

[796] *Ibid*.

[797] RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, *op. cit*., n° 77, p. 191.

§ 1 : La diversification des objets de la propriété

On insiste régulièrement sur l'abondance des valeurs nouvelles. Leur importance, a même amené à proposer de les rassembler sous une catégorie particulière et inédite : les « biens nouveaux » (A.). Leur dissemblance constitutive empêche de les décrire avec complétude. Néanmoins, la qualité de bien qu'on leur accorde suggère leur appréhension par le droit. La qualification de bien renvoie à une réalité juridique précise. Si l'intégration des ces objets se réalise sans outrances conceptuelles, c'est que la notion de bien a évolué. Si l'on débat à propos de l'organisation de la réception des choses nouvelles (B.) par le canal de la propriété, c'est que les concepts traditionnels du droit des biens présentent un intérêt certain. La discussion sur la capacité du droit des biens à se plier à l'allure particulière des « biens nouveaux », enrichit encore la discussion touchant à l'état de socialisation de la discipline.

A. Le développement des « nouveaux biens »

Le système juridique connait un profond renouvellement des objets de la propriété. Le phénomène s'impose avec évidence. Il était déjà apparu à Josserand que « c'est une vérité banale que le nombre des objets comportant une appropriation privative est en augmentation constante »[798]. Un tel développement révèle l'aptitude du droit des biens à prendre en compte des richesses nouvelles. Elle offre une présentation contemporaine de

[798] JOSSERAND (L.), « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », art. préc., n° 9, p. 101.

la matière. Le droit des biens est, *a priori*, désigné pour observer cette nouvelle réalité. L'inventaire des choses nouvelles qui s'offrent à l'appropriation est délicat. Déjà longue dans l'énoncé de certains auteurs[799], la liste des « biens nouveaux » est toujours inachevée. Même s'il est difficile d'appréhender avec exhaustivité cette catégorie, on constate tout de même l'existence d'une nouvelle génération de biens. Elle est marquée par une extrême diversité. Cette variété porte à réévaluer l'étendue de l'espace conceptuel et technique que mobilise désormais la notion de bien. En réalité, l'élargissement du domaine des biens n'a de bornes, au plan éthique, que les impératifs liés au respect de la personne humaine. Au plan scientifique, il ne connait que les limites de l'imagination humaine[800]. La conception des « nouveaux biens » est encore soutenue par le désir de satisfaire une quantité illimitée de besoins. Cet état donne un relief particulier à l'intervention de l'homme sur son environnement. Il faut, en effet, envisager, selon les prévisions du Professeur Revet, que la « production de nouvelles choses va devenir l'un des axiomes de base de l'activité humaine »[801]. Cette perspective met en relief la centralité du droit des biens. Par principe, c'est en considération de ses catégories que s'organise la conception des choses nouvelles.

C'est l'évolution du droit des biens qui a favorisé le renouvellement des biens. L'ouverture du droit aux nouvelles richesses résulte de la décomposition des repères

---

[799] V. not. : REVET (Th.), « Les nouveaux biens », *in La propriété - Travaux de l'association H Capitant*, Pairs, Dalloz, 2006, n° 1, p. 271, qui dénombre parmi les nouveaux biens les « topographies de semi-conducteur, obtentions végétales et animales, logiciels, banques de données et autres savoir-faire, noms de domaine, instruments financiers, numéro de carte de crédit, portefeuille de valeurs mobilières, fonds artisanal, fonds libéral et autres licences de taxis, quotas laitiers, quotas betteraviers, droits de plantation et de replantation, appellation d'origine contrôlée, position contractuelle, patrimoine fiduciaire, recettes de cuisine, sang, cellules, plasma, cornée, rein, moelle osseuse et autres organes et produits du corps humain, image des personnes et des choses, informations génétiques, nom patronymique, vie privée et autre renommée, quotas d'émission de gaz à effet de serre et autre permis de polluer … » ; v. encore : PERINET-MARQUET (H.), « Regard sur les nouveaux biens », *JCP. G.*, 2010, 1100, selon lequel les « nouveaux biens » sont « les nanoparticules, les OGM, la fibre optique, les quotas, l'information, les téléphones mobiles et les droits à la retraite ».

[800] On relève en effet « l'importance, tant qualitative que quantitative, de l'avènement, dans tous les domaines, de nouvelles valeurs. Cette situation s'inscrit dans le mouvement né avec la libération de l'énergie créatrice de l'homme consécutive au retournement fondamental qui est à la base de la modernité » : *Ibid.*, n° 2

[801] *Ibid.*, p. 272.

classiques du droit des biens. Elle découle, en somme, de sa socialisation. La catégorie immobilière a longtemps dominé le droit des biens. Cette suprématie de l'immeuble a laissé croire que l'immobilisme était de la constitution même du droit des biens[802]. Elle a, pendant un temps, figé l'examen des biens. L'arrivée des « nouveaux biens » annonce l'importance du modèle mobilier. Les « nouveaux biens » ont, en effet, en commun d'être des objets mobiliers au sens du droit. Plus précisément, par analogie, ils ont pour la plupart la qualité de meubles incorporels. Désormais, la catégorie juridique des meubles incorporels conçue initialement comme une catégorie résiduelle au regard des biens meubles corporels tend à devenir une catégorie majeure dont le champ d'application s'étend en raison de l'apparition croissante de « nouveaux biens » issus des techniques et des sciences. L'éloignement de l'immeuble a provoqué, par la découverte des « nouveaux biens », produit un effet stimulant. Il assure la pleine vitalité du droit des biens. Les vertus de cette évolution ont été développées par le Professeur Libchaber. « L'immeuble, explique-t-il, c'est d'abord une portion concrète de terrain, aussi immortelle que la section d'écorce terrestre abstraite qu'elle représente. Réalité impossible à transposer aux biens en général, qui relèvent de la règle du vivant : ils sont mortels, naissent un jour au droit et peuvent se transformer au cours de leur vie. Contrairement à l'immeuble, les biens croissent et évoluent : au cours d'une existence aventureuse, ils changent de cap comme de peau. Avec l'abandon de l'immeuble, c'est le flux de la vie qui les fait soudain palpiter. C'est à cette vie qu'il faut s'intéresser, en considérant le monde entier des biens dans sa variété »[803].

Le domaine des biens s'épanouit tant en considération du volume que de la diversité des choses qu'il accueille. C'est le signe d'une certaine acculturation du droit des biens. On remarque l'empreinte d'un certain réalisme sur la discipline. Comme le souligne le Professeur Libchaber, « des choses nouvelles frappent à notre porte, qui demandent leur

---

[802] V. sur ce point : LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 1 à 6, pp. 297 et s.

[803] *Ibid*., n° 22, p. 325.

consécration par le droit. Rien d'étonnant à cela : le droit change avec le monde qui l'entoure, et le renouvellement des biens est une revendication de tous les temps »[804]. Derrière la multiplicité des formes qui affecte les choses nouvelles, il existe tout de même une unité de genre. En effet, tous ces biens ont pour trait commun d'être des « biens nouveaux ». A ce titre, ils présentent des caractéristiques qui les distinguent des choses déjà connues par le droit. L'éclosion des « nouveaux biens » suggère le déploiement d'une organisation juridique inédite car « les nouveaux biens désignent (…) des catégories ou des sous-catégories nouvelles, non des exemplaires nouveaux de catégories anciennes »[805]. Les choses nouvelles développement une certaine vocation à l'appropriation. Abstraction faite de leur nouveauté, c'est la dénomination de « bien » qui, instinctivement, suggère cette association. Pourtant, il faut se garder de conclure trop hâtivement à la propriété des « nouveaux biens ». La question de leur sort, de leur réservation, appelle une interrogation plus approfondie sur le degré de leur insertion juridique. On se demande, en effet, s'il faut « accepter de consacrer tout désir d'appropriation, ou admettre à l'inverse qu'il y a des bornes à la reconnaissance des biens ? »[806]. Il faut dès lors essayer de voir par le canal de quels concepts juridiques s'organise la réception des nouveaux biens.

B. La réception juridique des nouveaux biens

On peut se demander si le terme « bien » qui sert à désigner les nouvelles choses suggère une possibilité d'appropriation. Si tel est le cas, le droit des biens est directement concerné

---

[804] *Ibid*., n° 26, p. 329.

[805] REVET (Th.), « Les nouveaux biens », art. préc, n° 3, p. 272 ; l'auteur poursuit : les nouveaux biens sont « des choses qui sont (ou qui paraissent) nouvelles en espèce ou en genre au regard des catégories reçues par l'ordre positif, et dont l'utilité et la rareté appellent une admission parmi les objets de la propriété ».

[806] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 26, p. 329.

par l'accueil de ces objets nouveaux. Ce serait le signe de son adaptabilité que de concevoir ces réalités nouvelles[807].

On a d'abord constaté une certaine mise à l'écart de ces objets nouveaux. Cet ostracisme porte à remarquer que les « nouveaux biens » sont en quelque sorte des éléments périphériques au Code civil. La précarité du statut juridique des « biens nouveaux » est patente. En effet, ces biens ne bénéficient, dans le meilleur des cas que d'un régime de réservation amoindri par rapport au droit commun de la propriété. Dans d'autres hypothèses, l'admission des « biens nouveaux » se réalise en dehors de ce socle commun. Leur réception est seulement indirecte et s'élabore sous la protection des principes de la responsabilité civile délictuelle, du droit pénal ou relève en dernier lieu de l'intervention de législations spéciales[808].

Cette marginalisation ne compromet toutefois pas leur intégration[809]. Les choses nouvelles ont une valeur patrimoniale. Leur développement invite à réviser le modèle que consacre le Code civil pour lui substituer une conception rénovée de la notion de bien. Il amène à dépasser les représentations terriennes et corporalistes qui avaient inspiré la rédaction du Code civil. La diversité des modes de réception des choses nouvelles tient à ce que le Code a été élaboré dans une fermeture certaine à la perspective des richesses immatérielles. Désormais, les données de l'économie contemporaine reposent davantage sur les bases *du construit* que sur *celles du donné*. A l'heure actuelle, l'homme, aidé par les progrès de la technique, maitrise la création et la production de richesses nouvelles. A

---

[807] « Les biens nouveaux émergent d'une certaine demande économique et sociale dont la satisfaction va déterminer les traits initiaux du régime de réservation qui s'élabore à leur propos » : REVET (Th.), « Les nouveaux biens », art. préc, n° 17, p. 283

[808] Pour de plus amples développements, v. REVET (Th.), « Les nouveaux biens », art. préc., n ° 5 à 18.

[809] « L'absence d'ancienneté vaut absence de cette expérience qui, seule, permet d'éprouver et d'adapter le régime de base de la réservation aux caractéristiques particulières des choses nouvelles. (…). Cet état ne saurait donc constituer l'expression d'une situation définitive : il est le reflet de la nouveauté des biens nouveaux lorsqu'ils demeurent dans un état de jeunesse au cours duquel se réalise leur intégration progressive dans le corpus existant. Une pleine réception des choses nouvelles est toujours lente, parce que le droit évolue lentement » : *Ibid*., n° 17, p. 283.

terme, ce renversement doit déplacer « l'épicentre des biens du code civil à l'opposé de ce qui pourrait constituer l'épicentre des biens de la société post-industrielle »[810]. L'archétype du bien a évolué. Les « nouveaux biens » sont issus de l'intervention créatrice de l'homme. Ils ne relèvent d'aucun bien préexistant. Ils apparaissent, au sens courant du terme, comme les produits de l'industrie humaine. Comme l'indique le Professeur Revet, le « produit » envisagé dans le sens que lui attribuent les dispositions légales récentes[811] constitue le nouveau paradigme du bien. Le modèle du bien a donc profondément évolué pour livrer une présentation contemporaine du droit des biens. Il faut en effet retenir que « cette figure nouvelle du produit marque un renversement total de perspective par rapport à la modélisation antérieure des biens, puisqu'elle consacre le remplacement du donné par le construit, dans la cause première des choses »[812].

Même si elle s'est construite en contemplation du modèle corporel, la catégorie des biens, est certainement apte à évoluer pour recevoir ces réalités, pour la plupart virtuelles, qui se développent en dehors de toute extériorité sensible. Admettre l'hypothèse de « biens nouveaux », revient, en effet, à prendre le parti d'une certaine indifférence de la qualification à l'idée de matérialité. La multiplication des « biens nouveaux », rend délicat le maintient du critère de la corporalité comme élément discriminant. L'accueil des « nouveaux biens » dans les contours et les cadres classiques du droit des biens affecte nécessairement la consistance des notions fondamentales. La réception de nouvelles formes de biens assure la pleine vitalité de la discipline[813]. En effet, « les nouveaux biens

---

[810] *Ibid.*, n° 3, p. 272.

[811] Il cite, à ce titre, un texte significatif issu de la législation relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, le nouvel article 1386-3 du Code civil : « Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit ».

[812] *Ibid.*

[813] Il faut, en effet, considérer qu' « « un droit régénéré des biens se présente sous les auspices d'une triple nouveauté : nouveaux concepts, nouveaux objets, nouvelles techniques » : LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 5, p. 302.

impliquent un renouvellement du concept même de « biens » et de droit des biens »[814]. L'insertion des créations nouvelles au cœur de la notion de bien offre l'image d'un droit des biens enrichi d'objets inédits et adapté à la réalité de l'économie moderne.

Les « nouveaux biens » pourraient aisément être qualifiés de *biens sui generis*[815]. Cette qualification reflète un certain état de perfection des catégories. L'hospitalité qu'elle affiche à l'égard des hypothèses nouvelles est le signe de la maturité de la notion de bien[816]. Acculturé, le concept de bien est propre à déployer de nouvelles déclinaisons. Ainsi, il faut admettre que les « nouveaux biens » sont « des « biens spéciaux », comme de nouveaux contrats constituent des « contrats spéciaux »[817]. On constate un certain éclatement de la notion de bien[818]. La variété des biens nouveaux remet en cause l'idée de finitude du domaine des biens. Elle paraît de nature à bouleverser les repères et la structure du droit des biens. La réception de ces objets permet le renouvellement des concepts qu'il abrite[819]. L'adaptation du droit des biens aux richesses nouvelles est le signe profond de sa socialisation. Il faut, en effet, rappeler que socialiser le droit c'est l'étendre, c'est en élargir le domaine. L'accomplissement de la socialisation du droit suppose donc de

---

[814] BERGEL (J.-L.), « Rapport général », *in La propriété - Travaux de l'association H Capitant, op. cit*., p. 216 ; l'auteur ajoute : « Ils en imposent une métamorphose par la prise en considération du virtuel et de l'immatériel et par l'affirmation de la valeur économique qui s'attache à la circulation des produits de l'activité humaine et des créations de l'esprit. Les « nouveaux biens » semblent surtout « nouveaux » en ce qu'ils ne sont que de nouvelles formes de biens dont l'acception s'en trouve transformée ».

[815] *Ibid*., p. 215.

[816] « Il ne faut pas limiter cette qualification « sui generis » à un constat d'échec auquel on ne se soumet que par résignation. Elle est inhérente à toute œuvre de qualification, dès lors qu'on tente de l'affiner davantage. Il arrive forcément un moment où la spécificité d'une situation la différencie de celles auxquelles on peut la rattacher à un niveau plus grand de généralité », *Ibid*.

[817] *Ibid*.

[818] Ainsi, « devant l'importance que prennent ces « nouveaux biens », il est permis de penser qu'ils constituent une catégorie particulière de biens, de même que les biens corporels classiques constituent, eux-mêmes, une autre catégorie de biens », *Ibid*.

[819] A terme, « « il n'y aurait plus que des droits spéciaux des biens et le droit de propriété, au-delà de critères et de traits communs, se diversifierait selon les biens considérés. Or, on sait que, dans la dynamique du droit, les droits spéciaux finissent par innerver le droit commun et le faire évoluer » , *Ibid*.

rappeler les objets possibles de la propriété mais aussi de voir quels sont les objets de l'économie moderne susceptibles d'entrer dans le domaine de l'appropriation.

L'admission au titre des biens de certaines choses nouvelles introduit nécessairement une réflexion à propos de leur appropriation. L'ampleur des modifications que connait le droit des biens se mesure à l'intensité de la protection qu'il accorde aux valeurs nouvelles. C'est, en effet, la perspective de la propriété qui stimule et conditionne la participation de l'homme à une quelconque entreprise de création. Cette attente provoque sa détermination à l'action. C'est donc l'expectative de l'appropriation qui détermine la production des « biens nouveaux ». Th. Revet a mis en relief cette corrélation. « La considération du droit de propriété sous l'angle de son caractère fondamental, écrit-il, révèle qu'en tant que droit subjectif, il constitue le pendant, dans l'ordre du droit, de la puissance créatrice de l'homme à l'égard de la Nature : l'homme moderne est créateur ; il crée des choses et ne cesse même de s'adonner à cette activité ; pour s'en assurer la maîtrise et l'exploitation, il s'est doté, par le droit subjectif, d'une *puissance créatrice de liens de droit*. Le droit de propriété de la société industrielle, c'est la capacité de la personne juridique à établir des relations avec les choses afin de s'assurer la maîtrise juridique des créations humaines. Le pouvoir créateur de lien d'appropriation est proportionné au pouvoir créateur de choses nouvelles que l'homme a identifié en lui »[820].

L'assimilation des valeurs nouvelles par le droit des biens s'est accompagnée d'une variation des contours du champ de l'appropriation et du contenu de la propriété. L'extension du droit de propriété tient à l'originalité et à la variété des choses qu'il faut appréhender juridiquement. La relation est évidente, « les catégories de choses appropriables prolifèrent et les droits de propriété, plus ou moins affectés dans leur réglementation par l'objet sur lequel ils portent, [sont] en conséquence multipliés »[821].

---

[820] *Ibid*., n° 22, p. 288.

[821] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, *op. cit*., p. 760

L'avènement des « nouveaux biens » est la source de « nouveaux droits, de nouvelles emprises du droit de propriété »[822]. Il offre une nouvelle figure au concept de propriété. Le décuplement de ces objets a entraîné une certaine décomposition de la propriété selon ses prérogatives, attributs. Il lui procure une physionomie nouvelle, laquelle peut parfois rendre relative la portée de ses éléments constitutifs traditionnels. C'est ainsi que, d'un point de vue pratique, l'exercice du droit de jouissance semble connaître quelques limites. La nature incorporelle des « biens nouveaux » constituant, en effet, un obstacle à leur maîtrise concrète. La possession des choses immatérielles est, par principe, plus équivoque. Le droit de disposer de la chose, parait lui aussi affecté. Appliqué aux valeurs nouvelles, il s'articule, en raison même de leur immatérialité, autour des notions d'échange et de circulation[823]. Ce bouleversement du rapport à la chose a introduit de nouvelles perspectives qui consacrent la notion de « propriété dynamique » développée par Josserand. Appliquée aux objets issus de l'industrie humaine, la propriété apparaît plus légitime. L'auteur affirme, en effet, que « la propriété, envisagée sous la forme statique, souffre actuellement d'un préjugé défavorable, au lieu que, considérée dans sa fonction dynamique, elle bénéficie de la faveur de l'opinion et des pouvoirs publics : l'action triomphe de l'immobilité »[824]. C'est de cette même conception du dynamisme que procède le mouvement de multiplication qui touche la propriété et le domaine des choses appropriables.

---

[822] *Ibid*.

[823] « contrairement aux choses *quae tangit possunt*, les créations de l'esprit ne sont, elles-mêmes, que des vues de l'esprit. Elles ne mobilisent donc le droit qu'à partir du moment où elles donnent prises à une relation inter-individuelle car à compter de cet évènement, leur existence devient réellement susceptible d'être perçue par le système juridique. Le fait d'accorder un droit de propriété avant la circulation, volontaire ou forcée, de la création, n'emporte donc guère de conséquence pour son titulaire : il pourrait tout aussi bien accéder aux utilités intellectuelles de sa création sans être propriétaire, du moment qu'il est maître de fait. S'il y a des avantages indéniables à faire naître le droit de propriété dès l'achèvement du processus de création, l'intérêt d'une réservation privative ne s'exprime vraiment qu'avec le placement de la valeur nouvelle dans la sphère du commerce juridique » : REVET (Th.), « Les nouveaux biens », art. préc., n° 23, p. 289.

[824] JOSSERAND (L.), « Configuration du droit de propriété », art. préc., n° 10, p. 102.

§ 2 : la multiplication des choses appropriables

Au plan sociologique l'attrait pour la propriété est un trait permanent des sociétés modernes. L'intérêt que suscite la propriété pour l'homme ne cesse de se développer (B.). Dans sa composition, le patrimoine moderne amène à miser sur la valeur travail, pour assurer largement la promotion de la propriété. Cette mise en valeur de la force de travail amène à porter un regard neuf sur le domaine de l'avoir. Celui qui n'a rien possède tout de même sa force de travail, laquelle est, *a minima*, conçue comme un mode dérivé d'acquisition d'un bien[825]. La valorisation de la force de travail (A.) est un élément de l'analyse dynamique de la notion de patrimoine. Les développements juridiques qui s'y rapportent portent à considérer qu'elle est de la composition de la socialisation du droit des biens.

A. Une valorisation de la force de travail

Le contexte social a permis de donner un certain relief à la force de travail. Avec la généralisation du salariat stable[826], sa protection est en vue. L'importance de la force de travail semble consacrée par le développement du système assurantiel qui, progressivement, va jusqu'à couvrir « la totalité des catégories sociales dont le destin est lié à l'ordre de travail »[827]. Comme le remarquait le Professeur Catala, dans l'ordre actuel,

---

[825] Les développements sur la force detravil sont inspirés de l'étude de Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. ZENATI (F.), Paris, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 28, 1992.

[826] « C'est bien à partir de la généralisation du salariat que l'assurance s'est imposée et étendue comme la technologie privilégiée de l'affranchissement à l'égard de la pauvreté absolue et de l'insécurité sociale. Plus précisément, la solidité de la couverture assurantielle dépend étroitement d'un salariat stable, c'est-à-dire d'une condition salariale qui ne se réduit pas au contrat de louage ponctuel et révocable de la force de travail, mais à laquelle sont attachés des droits sociaux qui font du travailleur un membre à part entière de la collectivité nationale », CASTEL (R.) et LAE (J.-F.), « La diagonale du pauvre » *in Le revenu minimum d'insertion, une dette sociale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1992, pp. 11-12.

[827] *Ibid*.

« une double tendance va s'affirmant, d'une part, à valoriser l'activité humaine, d'autre part, à assurer la sécurité de ceux qui en vivent »[828]. La socialisation du droit passe par la promotion du travail et de la dimension sociale de sa rémunération. Cette relation a été explicitement établie par Durand[829]. Une conception sociale du salaire se substitue à la représentation purement économique de la rémunération de la prestation de travail. Les auteurs associent volontiers, dans le domaine du travail, le mouvement de socialisation du droit à l'avènement de la notion de « salaire social »[830]. Il y a, par ailleurs, un lien évident entre travail et propriété. L'adaptation du droit de propriété à l'évolution du salariat révèle la propension du droit des biens à se socialiser sous l'effet d'une certaine valorisation de la force de travail. Le travail permet de développer une certaine aptitude à la propriété. Un tel constat amène rapidement à s'interroger sur le seuil de son insertion juridique.

Selon certains auteurs, la force de travail bénéficie désormais d'un ancrage patrimonial. Ainsi, relèvent-ils, que « dans le processus de production des biens et des services qui caractérise la société contemporaine, le droit de propriété des salariés se réduit de plus en plus à leur seule force de travail et aux créances individuelles qui découlent de son exploitation par autrui ou au service d'autrui. Dès lors tout litige afférent à un conflit du travail ou afférent à la protection sociale est de nature à porter atteinte au droit de propriété du salarié sur sa force de travail (…). Il s'opère inexorablement une adaptation du droit de propriété au phénomène du salariat »[831]. Cette analyse, donne un éclairage plus précis aux

---

[828] CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., n° 14, p. 20.

[829] DURAND (P.), « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Droit social*, n° 3, juin 1942, pp. 83-85.

[830] « Le salaire social apparaît à un moment donné comme une transformation du salaire individuel, destiné à suppléer celui-ci compte tenu de son impuissance à résoudre le problème social. Le salaire individuel considère l'homme comme une machine, comme un moyen au service de la production. Le salaire social, par sa fonction extra-économique, repose sur l'idée que la rémunération constitue pour le travailleur la mesure de son droit à la vie. Il annonce déjà que le travail, c'est l'homme même, dans son corps et son esprit (…) » : PIPPI (F.), *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, Paris, LGDJ, 1966, coll « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », T. VIII, p. 302.

[831] SAINT-JOURS (Y.), Note sous CA Paris, 21e Ch., 7 février 1989, *JCP G.*, n° 46, 1989, II, 21360

rapports qu'entretiennent propriété et travail. Promouvoir le travail équivaut à favoriser l'accès à la propriété. Il ne paraît, en effet, pas contesté que la force de travail puisse être une source de richesse et d'appropriation. Il apparaît également qu'elle doive être considérée comme l'objet possible d'un droit de propriété. C'est alors, que dans le domaine des créations immatérielles, on a entrepris de montrer l'intimité des liens qui s'établissent entre propriété et travail. En cette matière purement intellectuelle, il n'est pas besoin de l'entremise d'une chose pour pouvoir être propriétaire. En effet, « si le travail peut être une source d'acquisition, il ne l'est plus ici par combinaison avec une chose et devient une source exclusive de propriété »[832].

Le travail conduit à la propriété d'une manière directe ou indirecte. Cette intégration patrimoniale produit certaines conséquences. On considère que celui qui n'a rien doit, au moins, pouvoir voir figurer à l'actif de son patrimoine sa force de travail. La force de travail est l'unique substance nourricière[833] du patrimoine de celui qui ne possède pas. Dans cet ordre, « il faut bien reconnaître que la valorisation (…) de la force de travail correspond pour le prolétaire à une réalité, à savoir qu'il n'a que cela pour tout patrimoine »[834]. On a pu trouver à cet argument la seule vertu de satisfaire aux exigences de la théorie classique, en ce qu'elle prévoit que toute personne, quel que soit son état de fortune, est nécessairement titulaire d'un patrimoine[835]. En réalité, qu'il inclue ou non la force de travail, le patrimoine n'en resterait pas moins à l'état purement végétatif. L'intérêt que l'on attribue à l'insertion patrimoniale de la force de travail résulte de la

---

[832] ZENATI (F.), *Préface, in La force de travail (étude juridique)*, th. préc.

[833] Ainsi, « c'est le travail qui doit maintenant constituer, pour tout être humain en état de travailler, ou qui l'a été dans le passé, la source première d'aliments » : SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, I, n° 222, p. 268.

[834] CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., n° 27, p. 210.

[835] « Reconnaître avec la thèse objective que celui qui n'a pas de biens actuels n'a pas de patrimoine est certainement plus réaliste que d'affirmer qu'il en a un parce que toute personne doit en avoir. Mais quelle que soit la bonne théorie, le malheureux n'en sera guère avancé », CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 8, p. 24.

socialisation du droit de l'emploi. La société, l'Etat providence[836] procure, par une série d'aides à caractère social, à celui qui en est dépourvu les moyens nécessaires à sa subsistance. Cette socialisation permet de développer l'idée que le travail donne une créance d'allocation contre la société. En outre, la socialisation progressive du salaire a amené à admettre au titre de sa définition l'idée de revenu d'inactivité[837]. Cette évolution a participé a installer des liens fermes entre les notions de travail, de socialisation et de propriété. Elle met en œuvre une conception dynamique de la propriété.

Sur un plan théorique, l'admission de la patrimonialité de la force de travail semble encore susciter quelques réserves[838]. On soutient, en effet, qu'intimement attachée à la personne, la force de travail relèverait exclusivement de la sphère extra-patrimoniale. Aujourd'hui, la stricte opposition entre le domaine patrimonial et le domaine extra-patrimonial doit toutefois être relativisée. D'une manière générale on constate une perméabilité, pour ne pas dire une érosion des frontières entre patrimonialité et extra-patrimonialité. Il convient de relever, comme le souligne Cornu, qu' « il existe de nombreuses interférences entre le droit extrapatrimonial. Ces interférences, écrit-il, empêchent d'établir une séparation radicale entre les deux ensembles, non plus qu'entre personnes et biens »[839]. La tendance est au rapprochement des deux catégories. Il faut remarquer une certaine infiltration de la vénalité dans le champ extra-patrimonial[840]. On assiste dans le même temps à « une certaine patrimonialisation des valeurs personnelles »[841] et à une « personnalisation du patrimoine »[842]. Le statut de la force de travail emprunte à ce mouvement. En effet,

---

[836] V. encore sur ce point : CASTEL (R.) et LAE (J.-F.), « La diagonale du pauvre », art. préc., pp. 9 et s.

[837] DURAND (P.), « Rémunération du travail et socialisation du droit », art. préc., pp. 83 et s.

[838] Pour une vue synthétique v. REVET (Th.), *La force de travail (étude juridique)*, th. préc., n° 334 et s.

[839] CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit*., n° 832, p. 372.

[840] CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., n° 27, p. 210.

[841] CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit*., n° 877, p. 384.

[842] *Ibid*., n° 893, p. 388.

comme l'indique le Professeur Revet, elle est « à mi-chemin entre la sphère patrimoniale et la sphère extra-patrimoniale »[843]. Il en ressort que « le droit patrimonial régit aussi les relations pécuniaires qui naissent de l'emploi, de la fourniture de travail »[844]. Aujourd'hui, l'hypothèse de la patrimonialisation de la force de travail est confirmée. Ainsi, « le droit patrimonial (…) gouverne aussi la valeur-travail »[845]. L'objectivation que suppose cette patrimonialisation est d'ailleurs pleinement réalisée depuis que le travail est entré dans le champ contractuel. Le contrat de travail permet d'assurer une telle réification. Dans la relation qu'il décrit, c'est la force de travail qui est l'objet du contrat et non la personne. Il faut donc que la force de travail soit entendue comme une chose. Soumis à la commercialité, le travail humain prend une certaine distance avec la personne[846]. Ainsi objectivée, la force de travail affiche, selon quelques auteurs, une certaine extériorité par rapport à la personne. Pour d'autres, elle forme au moins une réalité personnelle ancrée dans le champ patrimonial. La valorisation de la force de travail laisse apparaître qu'elle forme désormais une réalité supra-corporelle[847]. Cette perspective porte à considérer que le droit des biens est directement concerné par la réception de l'objet que constitue la force de travail.

La qualification juridique de bien est fondamentale si l'on veut constater que la force de travail emporte sur le terrain du droit des biens les considérations sociales qu'elle suscite. La patrimonialité de la force de travail impose l'idée qu'elle est une espèce de bien. Elle est au minimum un bien virtuel[848], qui, potentiellement est à l'origine de l'acquisition

---

[843] *La force de travail (étude juridique)*, th. préc.., n° 338, p. 375.

[844] CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, *op. cit*., n° 834, p. 372.

[845] *Ibid*.

[846] A l'inverse, « si la force de travail n'est pas un élément du patrimoine, mais de la personnalité, comment admettre qu'elle puisse faire l'objet d'un contrat ? », SUPIOT (A.), *Le juge et le droit du travail*, Th., Bordeaux I, 1979, p. 73.

[847] V. sur ce point : REVET (Th.), *La force de travail (étude juridique)*, th. préc., n° 70, p. 76.

[848]*Ibid*., n° 337, p. 374.

d'autres richesses, d'autres valeurs. En effet, comme l'indique Th. Revet, « cette qualification correspond à sa qualité de source de valeur. La force de travail est, poursuit-il, une réalité frugifère : expression de l'aptitude de l'homme à travailler, à produire des richesses, elle n'a de valeur qu'à travers sa mise en œuvre – elle est un capital dynamique -. Elle n'est pas un « bien » réalisable, mais un « bien » exploitable : elle est une valeur en tant que source de valeur »[849]. Cette analyse suggère que la force de travail constitue un mode d'acquisition de la propriété. Son incursion dans la sphère de la propriété nécessite, néanmoins, l'intervention du concept original de « quasi-propriété »[850]. Une telle conception de la force de travail permet l'appréhension juridique des valeurs issues du travail[851].

Ces réflexions sur la force de travail contribuent à dégager la nature des relations qui unissent travail et propriété. Les deux éléments se trouvent, en réalité, dans un certain rapport de filiation. L'analyse laisse apparaître l'importance et la prédominance du travail dans un contexte industriel et capitaliste[852]. Elle invite également à un regard nouveau sur la légitimité de la propriété privée. On sait qu'un des principes de mise en œuvre de la socialisation du droit est d'étendre au plus grand nombre le droit et la propriété. Socialisée, la propriété se développe. Etant entendu qu' « une valorisation du travail par rapport au capital pur répond (…), en soi, à une idée de justice », il apparaît largement justifié que « l'élément travail soit aujourd'hui réhabilité (…) par la reconnaissance, au

---

[849] *Ibid.*, p. 375.

[850] *Ibid.*, pp. 393 et s.

[851] Ainsi, « l'appréhension de la force de travail comme instrument de réservation de la force de travail à titre de « quasi-propriété » justifie l'attribution, au titulaire de la force de travail, des valeurs qu'elle produit (…). Les valeurs nouvelles étant objets de droits dérivés de ceux dont leur source est l'objet, la propriété dont les produits du travail sont objet confirme la « quasi-propriété » de la force de travail : *Ibid*.

[852] « Ainsi se dégage un des traits les plus significatifs et les plus permanents de l'histoire du capitalisme (…). L'accumulation continue suppose, à quelques niveaux qu'on la prenne, à l'origine du capitalisme comme aujourd'hui, le travail humain. Toute mise en cause du travail, dans sa durée, son intensité, sa valeur morale est une atteinte au plus intime du système capitalisme », COTTA (A.), *Le capitalisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3ème éd., 1983.

premier rang des fortunes, de biens nouveaux »[853]. La vigueur du lien entre travail et propriété féconde et stimule une conception au terme de laquelle la propriété prend l'allure d'un droit dynamique. Comme l'indique Savatier, cette conception déploie une dimension profondément sociale. « Ce qui reste sûr, relève-t-il, c'est que toute l'évolution actuelle du droit civil tend à minimiser la vieille fortune acquise, dont le statut était la grande préoccupation de notre droit traditionnel. L'ensemble de nos institutions est traversé par un courant qui, valorisant, contre elle, le travail actuel, crée dans notre droit un climat nouveau »[854].

Les Révolutions industrielle et immatérielle ont provoqué les mêmes secousses. Elles ont participé à faire émerger la force de travail comme un élément central. Elles ont également eu une certaine incidence sur les représentations juridiques. Carbonnier a mis en avant ces liens et montré l'influence de la valeur travail sur la conception sociale du droit contemporain. « Le Droit civil, affirme-t-il, s'est *prolétarisé*. En revanche, il a été renouvelé par une promotion de la personne, force de travail ou roseau pensant, ce capital le plus précieux de l'humanité »[855]. On tient souvent pour équivalents les termes socialisation et prolétarisation du droit. La valorisation de la force de travail installe donc au sein du droit civil la réflexion relative à sa socialisation. Plus précisément elle a affermi le lien entre travail et appropriation. Elle laisse apparaître que le désir de propriété, qui ne se dément pas, peut être satisfait par l'industrie et le travail.

---

[853] SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, I, *op. cit.*, n° 350, p. 415.

[854] *Ibid.*, n° 355, pp. 425-426.

[855] CARBONNIER (J.), *Flexible droit …*, *op. cit.*, p. 353.

A. La dimension sociale de l'accès à la propriété

Quelle que soit l'issue des discussions relatives à sa légitimité, la propriété est un fait dont on ne saurait se passer[856]. Le désir de propriété ne s'épuise pas. Il s'affirme même avec une certaine permanence. Comme le signalait déjà Thiers, « la propriété est un fait constant, (…) dans tous les temps et dans tous les pays »[857]. Le désir de propriété, ne s'épuise pas, il s'affirme même avec une certaine permanence. La propriété est un fait nécessaire, indéfectiblement ordonné à l'évolution et à la satisfaction des besoins humains[858]. La propriété apparaît alors sous l'angle de sa dimension sociologique. De ce point de vue, elle demeure l'objet d'un attrait constant[859]. Comme il a déjà été souligné, en effet, « si nous levons les yeux de nos manuels de droit pour regarder la vie, force est de constater qu'être propriétaire n'est pas un fait tellement dépourvu d'intérêt, à preuve que

---

[856] « Instinct ou conquête de l'homme, tour à tour fantasme et aiguillon, pour les uns, et facteur d'oppression, pour les autres, la propriété a déchaîné les passions, divisé la pensée, aiguisé les convoitises, attisé les rancoeurs, provoqué des Révolutions … Mais il n'y a pas de société humaine sans propriété » : BERGEL (J.-L.), *La propriété, op. cit.*, Avant-propos, p. 1.

[857] *De la propriété*, Paris, Paulin, Lheureux et Cie, 1848, p. 20 ; l'auteur ajoute qu'elle est « un fait général, universel, croissant et non décroissant », pp. 26-27 et que l'idée « se règle, se précise, et s'affermit loin de s'affaiblir » parce qu' « à mesure que l'homme se développe, il devient plus attaché à ce qu'il possède, plus propriétaire », p. 25

[858] C'est ainsi, qu' « après avoir vu dans tous les temps, dans tous les pays, l'homme s'approprier tout ce qu'il touche, d'abord son arc et ses flèches, puis sa terre, sa maison, son palais, instituer constamment la propriété comme prix nécessaire du travail (…), on n'hésiterait pas à déclarer, après avoir observé une manière d'être si générale que la propriété est une loi nécessaire de son espèce » : Ibid., p. 28

[859] « Ce siècle est dominé par l'idée de la propriété. S'il est traversé de tan de revendications c'est les non-possédants aspirent à devenir des possédants » : RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, op. cit., n° 83, p. 208.

ceux qui ne le sont pas cherchent luttent âprement pour le devenir, et que ceux qui le sont ne cherchent guère à s'en démettre »[860].

L'évènement que constitue l'appropriation assure, dans la représentation actuelle, la participation de l'individu à la vie sociale. La propriété est un droit fondamental. Elle permet également la socialisation de l'individu. Elle permet donc l'ancrage de la socialisation au sein du droit des biens. Il convient de retenir, selon le Professeur Libchaber, que « la propriété individuelle est nécessaire à l'homme pour accomplir sa destinée sociale. Loin que l'appropriation s'opère au détriment d'une collectivité frustrée, poursuit-il, elle constitue le cap avancé de la pénétration de l'individu dans l'espace social »[861]. C'est ainsi, en effet, que « l' « accès à la propriété » est perçu comme un degré de promotion sociale et de sécurité »[862]. Dans l'hypothèse d'une socialisation, la propriété doit atteindre, effectivement, le seuil décrit, au terme duquel elle advient comme « un fait général, universel, croissant et non décroissant »[863]. Elle doit s'étendre. Cette tentative passe par l'élaboration du cadre social nécessaire à cette entrée en propriété. Comme il a déjà été avancé, l'élargissement de cet accès à la propriété, participe, dans une certaine mesure, d'une tentative égalitaire et donc à la socialisation du droit. Carbonnier le souligne. En « réconciliant, dit-il, la propriété avec l'égalité dont elle semblait d'abord la négation, [il faut tenter], en multipliant les propriétaires d'universaliser la liberté qu'elle garantit »[864]. Dans cette perspective, et pour satisfaire à cette quête, il parait nécessaire que les choses appropriables se multiplient mais également que l'accès aux biens classiques soit facilité. Toute discussion autour de l'accession à la propriété des derniers biens évoqués implique une interrogation sur leur répartition.

---

[860] CARBONNIER (J.), *Flexible droit…*, op. cit., , p. 353

[861] LIBCHABER (R.), « La propriété, droit fondamental », in CABRILLAC (R.), M.-A. FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (Th.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 16e ed., 2010, p. 663.

[862] CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., pp. 1 et s.

[863] *Ibid*., pp. 26-27

[864] CARBONNIER (J.), *Flexible droit…*, *op. cit*., p. 346.

En réalité, la stabilité de l'idée de propriété démontre le « caractère instinctif et fondamental de la tendance à l'appropriation »[865]. L'attrait pour la propriété se justifie et s'amplifie en raison des conceptions que l'on attache à l'institution prise « comme instrument et condition du bonheur national »[866]. La propriété reste le rapport privilégié de l'individu aux richesses. Elle forme un mécanisme fondamental permettant l'emprise de l'homme sur les choses. La promotion de la propriété est donc un élément de la socialisation du droit des biens dans la mesure où elle constitue toujours le paradigme de la relation aux biens[867]. Ainsi qu'en témoignait Carbonnier, « le veau d'or est toujours debout – et le droit de propriété demeure comme à l'aube de l'individualisme, la relation essentielle de l'homme aux choses »[868]. L'ambition de s'approprier les choses est un désir toujours actuel. Développer le domaine propriété revient donc à livrer une conception socialisée du droit des biens. Elle assure, en effet, l'actualisation des contours de la discipline.

La notion propriété demeure attachée à l'idée de liberté[869]. Cette association marque déjà les conceptions révolutionnaires. Elle trouve bonne place au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Au terme de son article 2, on peut, en effet, lire que « Le but de toute association politique est la conservation ces droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Dans l'énumération, c'est la complémentarité des premiers

---

[865] DE LANVERSIN (J.), *La propriété, une nouvelle règle du jeu ?*, Paris, PUF, coll. « Droit d'aujourd'hui », 1975, p. 10

[866] *Ibid.*, p. 54

[867] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., p. 311 ; « A la subjectivité de la notion de personne répond le caractère objectif de celle de biens ; le lien tendu entre les deux n'est autre que la propriété, relation privilégiée par laquelle les individus assouvissent juridiquement leurs désirs », *Ibid.*, n° 21, p. 324.

[868] CARBONNIER (J.), *Flexible droit…, op. cit.*, p. 344.

[869] Evoquant la propriété, Hegel affirme d'ailleurs qu' « Afin d'être en tant qu'idée, il faut que la personne se donne une sphère externe de sa liberté » : *Principes de la philosophie du droit*, paris, PUF, coll. « Fondements de la politique », 1998, § 41, p. 131.

termes qui semble saisissante. Les rédacteurs du Code civil se sont par suite attachés à assurer la réalité de cette combinaison en organisant la protection de la propriété individuelle. La propriété apparaît dès lors au fondement de l'organisation politique, sociale et juridique[870].

Cette conception a imprégné les consciences. Il est acquis que l'accès à la propriété privée garantit un certain degré d'accomplissement personnel[871]. Comme l'indique Monsieur Libchaber, « la propriété apparaît, comme un mode de réalisation de l'individu, comme l'expression de sa souveraineté sur les choses du monde, c'est-à-dire comme une défense avancée de son for intérieur. La propriété recouvre l'homme d'une enveloppe protectrice, où s'exprime son être même : la terre, les richesses mobilières, les idées économiquement exploitables, le corps peut-être, ne sont pas les étapes successives d'une propriété conquérante qui détruirait sur son passage les droits de la collectivité, mais les moyens d'une réalisation individuelle qui passe notamment par l'appropriation »[872].

Dans le droit des biens contemporain, ce désir de propriété peut être comblé de différentes manières. Le sentiment de conquête qui s'attache à l'acte d'appropriation n'est pas fonction de la taille ou des dimensions de la propriété[873]. On relève, d'ailleurs, dans une

---

[870] « L'omniprésence de la notion de propriété dans le Code n'est pas un résidu de phraséologie révolutionnaire ni le souvenir d'un prurit passager de propriétarisme. Elle est le produit de l'art législatif légendaire des membres de la commission du gouvernement du consulat, dont on connaît l'esprit modéré. Ses travaux préparatoires, dès la période intermédiaire montrent que les codificateurs ont voulu construire un système autour de la propriété » : ZENATI – CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamental », *RTD. Civ.*, 2006, pp. 445-446.

[871] « La propriété établit un lien presque mystique entre la personne et la chose, prolongeant et épanouissant la personnalité humaine » : MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, op. cit., n° 412, p. 214

[872]LIBCHABER (R.), « La propriété, droit fondamental », art. préc., p. 680.

[873] « C'est, en tout cas, une loi – ou presque – de psychologie sociale que l'attachement à la propriété n'est pas proportionnel à la dimension de celle-ci, qu'il est aussi intense, sinon plus, sur une petite propriété que sur une grande » : CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 71, p. 149.

Dans cet axe, l'intérêt actuel pour la petite propriété a fait l'objet de certaines études à caractère partiellement juridique. On y découvre la description d'une valorisation tant patrimoniale qu'affective qui s'attache à l'accession à la propriété immobilière : BARRE (M.), *L'accession à la propriété d'une maison individuelle, Etude socio-juridique du contrat*, Préf. FOUCHARD (P.), Paris, LGDJ, Pichon et Durand-Auzias, 1986, Bibl. dr. privé, T. CXCI ; dans le même sens : TERRE (F.), « Variation de sociologie juridique sur les biens », art. préc., pp. 17 et s.

perspective extrême, que « la propriété est définie pour l'atome de matière »[874]. Il convient, pourtant, d'évaluer quels sont les biens sur lesquels se porte principalement ce désir d'appropriation. Dans la conception moderne du patrimoine, l'importance du logement réhabilite l'immeuble et semble restaurer un certain penchant, révolutionnaire à l'origine, pour la catégorie juridique qui l'accueille. Il convient, autrement dit, de permettre « l'acquisition d'un minimum de propriété, spécialement de propriété immobilière »[875]. L'évolution s'est progressivement dessinée au cours du 20ème siècle. Il faut ainsi suivre le constat que « l'immeuble-logement occupe une place croissante dans les patrimoines et dans les préoccupations des français »[876]. Dans une approche contemporaine, en effet, la substance du capital doit reprendre la détention de l'immeuble. On perçoit les nouvelles perspectives qui animent la propriété mobilière et notamment l'essor qu'elle connaît avec le développement des nouveaux biens. Il faut également rendre compte des nouveaux aspects de la propriété immobilière et évoquer rapidement les transformations qui l'affectent[877]. On assiste à une définition de l'immeuble par la valeur qui en renouvelle l'intérêt, « la valeur économique du bien immeuble a gardé tout son prestige, ou l'a même accru »[878].

Dans une présentation contemporaine, on assiste à un certain morcellement et à une dématérialisation de l'immeuble. Cette conquête de la propriété engage, en effet, une nouvelle formule. Monsieur Savatier, dans ses travaux, en décrit les étapes. « Dans les villes, relève-t-il, le sol sur lequel on spécule, et sur lequel on bâtit, se vend au mètre carré,

---

[874] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 74, p. 151.

[875] *Ibid.*, p. 152.

[876] CATALA (P.), « La transformation du patrimoine… », art. préc., p. 4.

[877] « Le développement rapide de la civilisation urbaine, la démocratisation de la propriété et la montée en puissance de la copropriété ont fait de l'immeuble urbain, surtout s'il est à usage d'habitation, un enjeu majeur de société » : PERINET – MARQUET (H.), « L'immeuble et le Code civil », *in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 397.

[878] CATALA (P.), « La transformation du patrimoine… », art. préc., n° 5, p. 189.

indépendamment de sa configuration (…). Ainsi prend solidement corps une conception dématérialisée et en quelque sorte stylisée de la propriété foncière »[879]. Il convient, en effet, de relever que l'immeuble par nature dont l'image semblait devoir être figée par la présentation qu'en offrait le Code civil, apparaît, à l'heure actuelle sous des traits nouveaux. La vue qui en est désormais donnée semble assez éloignée de la seule évocation des fonds de terre et des bâtiments que propose l'article 518[880]. La période contemporaine a été l'occasion d'un dépassement et les nécessités sociales liées au logement n'y semblent pas étrangères. Savatier poursuit la démonstration en soulignant que cette dématérialisation de l'immeuble par nature a été favorisée par la généralisation d'une organisation cadastrée de la propriété foncière. Cette systématisation a eu pour effet de produire une représentation assez singulière de la propriété immobilière et de rendre l'immeuble indifférent à ses particularités d'ordre physique. Cette planification a effectivement ouvert « une nouvelle conception de l'immeuble dont elle organise le classement. C'est sur des biens ainsi assimilés à une surface, délimitée sur plan, et numérotée, qu'a pu être établi l'impôt foncier, par une méthode pour ainsi dire mécanique. La tâche a simplement consisté à y faire jouer des formules »[881]. Il faut encore indiquer qu'à cette « dématérialisation juridique de la terre »[882] s'ajoute l'effet d'une certaine modélisation de l'espace immobilier provoquée par une urbanisation grandissante[883]. Aujourd'hui, c'est davantage autour de la valeur abstraite représentée par la surface que

---

[879] SAVATIER (R.), *Les métamorphoses …*, Troisième série, « *Approfondissement d'un droit renouvelé* », *op. cit.*, n° 442-443, pp. 114-115.

[880] « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature ».

[881] SAVATIER (R.), « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD. Civ.*, 1958, n° 3, p. 3.

[882] *Ibid*.

[883] « L'immeuble se confond également avec une surface dans les lotissements. C'est à l'approbation préalable d'un plan de parcelles vouées à des destinations ultérieures que se résume cette législation. Sans doute ces destinations seront concrètes. Mais pour y parvenir, on confond d'abord l'immeuble à lotir avec des superficies abstraites. Plus tard, ce sont des « immeubles nus », c'est-à-dire encore des surfaces », *Ibid*., n° 4, p. 5.

s’oriente le désir de propriété. On constate un transfert, également observable, en ce qui concerne la propriété immobilière, du concret vers l’abstraction. L’ambition de développer le champ de l’appropriation et de multiplier les choses appropriables est une revendication éminemment sociale. Les modifications qui affectent le droit des biens contemporain sont de nature à traduire l’importance de ces aspirations. La nécessité sociale d’étendre le domaine de la propriété a bouleversé le droit des biens et la physionomie générale de ses concepts. La valeur s’insère au cœur des différents objets qui suscitent la convoitise des propriétaires. C’est enfin la caractéristique d’un droit des biens socialisé et acculturé que d’accueillir jusque dans ses catégories les plus anciennes une conception dématérialisée de la propriété.

Conclusion du chapitre 1 :

La valeur est au centre d'une recomposition de la notion de bien et du droit des biens. Elle a permis de dépasser la dimension essentiellement corporelle pour développer une conception plus abstraite du bien juridique. Il est maintenant permis d'appliquer le droit de propriété à des biens dénués de *corpus*. Le matérialisme qui caractérise le droit contemporain amène à chercher de nouveaux objets susceptibles d'être appropriés. Pourtant, l'immatérialité au cœur du droit des biens contemporain. Le paradoxe est saisissant le matérialisme, au sens courant du terme, qui se caractérise par un gout immodéré et constant pour la propriété est comblé par une certaine dématérialisation dans le domaine de l'appropriation. La dématérialisation du droit des biens est la condition de sa vitalité, de son dynamisme et de la découverte des dimensions contemporaines de la propriété. Cet élargissement ne se limite pas aux contours du domaine de l'appropriation. Plus généralement, c'est un esprit neuf qui guide à l'organisation du domaine du droit civil des biens.

Chapitre 2 : L'ouverture du droit civil des biens

Le droit civil des biens est un espace ouvert. Cette affirmation est, en elle-même, assez peu explicite. Le terme « ouverture » revêt, en effet, une pluralité de sens. Cette polysémie est, toutefois, porteuse d'enseignements quand il s'agit de mesurer la disposition qu'affiche le droit des biens à admettre, dans ses contours, des transformations redues nécessaires par l'évolution de la forme des biens ou de la composition du patrimoine. Parmi les significations qu'on lui prête, l'ouverture, peut s'entendre d'une certaine tolérance à la nouveauté. Elle se conçoit également comme l'aptitude à recevoir sans prévention certains éléments, à être accueillant, engageant ou sociable[884].

Appliqué au droit des biens, le thème de l'ouverture, se révèle proche de l'idée de socialisation. On relève, en effet, que la discussion est ouverte quant à la possibilité de procéder à un réagencement des grandes catégories de la discipline, sans pour autant modifier le périmètre qu'on lui attribue généralement, pour recevoir dans ses cadres les biens nouveaux. L'acculturation du droit des biens passe par la conception d'une nouvelle organisation interne à la matière (Section 1). Il s'agit de découvrir quelles sont les ressources qu'offre, à l'heure actuelle, le droit des biens, pour soumettre à des facteurs juridiques des réalités immatérielles. Par ailleurs, une conception contemporaine du droit des biens se développe. Elle tend à révéler que le domaine de la discipline ne saurait se concevoir de manière étroite. Au contraire, le renouvellement de la réflexion sur la notion de bien nourrit la nécessité de redéfinir les contours du droit civil des biens. L'examen de la forme et de la fonction des biens actuels invite à considérer que la dénomination « droit des biens » couvre un large terrain. Le droit des biens déborde désormais largement le domaine qui lui ont donné les livres II et III du Code civil[885] (Section 2.).

---

[884] *Dictionnaire Larousse*, éd. 2013, V° « Ouverture », « Ouvert ».

[885] « Resté à l'écart du mouvement, le Code civil a laissé le droit des biens évoluer en dehors de lui » : SEUBE (J.-B.), « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, 15 juin 2005, p. 4.

Section 1 : Une ouverture du droit des biens aux transformations internes

La réflexion sur la diversité des biens interroge sur la possibilité de parvenir à une classification adéquate des biens. Il est évident qu'un regard sur la composition des catégories juridiques élaborées pour accueillir l'ensemble des biens semble bien inapte à saisir la singularité des richesses actuelles. La rénovation du droit des biens passe certainement par une réorganisation des cadres destinés à abriter les choses susceptibles d'appropriation.

Pour diviser les biens, les rédacteurs du Code civil ont considéré la forme matérielle des objets, la forme la plus aisément perceptible. Ils ont donc fait coïncider réalité sensible et réalité juridique. Néanmoins, la nature physique des choses ne permet pas d'embrasser toute la réalité et ses diverses composantes virtuelles. Les biens immatériels s'insèrent assez mal dans ce schéma. L'ordonnancement des biens doit donc tenir compte de la multiplicité des régimes concrets qui actualisent la notion de bien. Il faut pouvoir saisir plus intimement les modalités d'appropriation et de production des choses pour obtenir une sorte d'analytique des biens, adaptée tant aux besoins de notre époque qu'aux techniques du droit civil[886].

Le monde moderne offre de découvrir des biens sous des formes les plus variées. Sans faire table rase des distinctions anciennes, il convient de voir si un cumul des critères peut permettre d'aboutir à une organisation plus réaliste du domaine des biens. Une telle conjugaison aurait pour effet de bouleverser l'ordre établi dans la classification pour placer les biens dans les cadres existants (§ 1.). Par ailleurs, en marge des catégories fondamentales certaines distinctions s'accommodent plus facilement de la configuration particulière des biens nouveaux. D'élaboration doctrinale, ces catégories émergentes paraissent suggérer de réviser les références que l'on tenait pour essentielles dans l'ordonnancement des biens (§ 2.).

---

[886] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 27 et s.

§ 1 : Eléments d'une hiérarchie des biens : la place des distinctions anciennes.

Le Code civil a divisé ou séparé les biens, plus qu'il ne les a classés. C'est principalement autour de la distinction des meubles et des immeubles que s'articulent encore aujourd'hui les réflexions relatives à l'agencement juridique des biens (A.). La distinction est fort ancienne mais son maintien n'est pas un indicateur de ses qualités. Le temps a, en effet, fourni les éléments démontrant ses quelques imperfections[887] ; sa pertinence est donc en cause (B.). Elle pêche essentiellement par son anachronisme. Elle pourrait toutefois revêtir une certaine actualité si, par une meilleure considération du sort des biens mobiliers, elle trouvait à s'adapter aux valeurs nouvelles.

A. Permanence dans la classification des biens de la distinction des meubles et des immeubles

L'article 516 du Code civil annonce, dans une formule simple : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». C'est en entrant dans l'une ou l'autre des catégories de cette rubrique que les choses et les droits trouvent, après leur insertion dans le système juridique, une place déterminée. Cette opération présente un caractère impératif. La généralité de la proposition prescrit, en effet, la soumission de la totalité des biens à un tel classement. On constate donc, à plusieurs niveaux, l'empire qu'exerce la distinction sur l'univers des objets qu'appréhende le droit des biens. Il faut, non seulement, en relever la prééminence : elle s'impose de manière préalable à toute autre. Il convient encore, d'en indiquer l'importance : elle est nécessaire et commande à la poursuite d'une qualification

---

[887] « Le temps ne parait donc avoir eu aucun impact sur la distinction des meubles et immeubles. Cet immobilisme n'est cependant pas le signe absolu de la perfection des dispositions en cause » : PERINET-MARQUET (H.), « Evolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil », *in Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Paris, Litec, 2005, p. 643.

plus affinée. En réalité, cette distinction n'est pas une innovation du Code civil. Elle afficherait à la fois des origines romaines et germaniques[888]. Elle doit peut-être la légitimité de son installation à l'ancienneté de ses racines. Il faut pourtant souligner que dans la tradition romaine, la division meuble – immeuble n'était que secondaire dans le classement des biens. Elle présentait un intérêt bien moins capital que la classification qui permettait de distinguer, sur la base du critère de valeur économique, les *res mancipi* regroupant les biens présentant un certain intérêt économique, qui bénéficiaient d'un encadrement juridique en matière de transfert de propriété (formalisme appuyé) et les *res nec mancipi* dont l'aliénation était possible par simple *traditio*[889]. .

Progressivement elle émerge en qualité de *summa divisio*, mais cet avènement est plus tardif. Elle acquiert cette position sous l'Ancien Droit où l'on relève, dans une société rurale, une certaine prévalence de l'immeuble, une idée de faveur attachée à la possession de la terre. On y repère, par correspondance un dédain certain vis-à-vis des biens mobiliers. C'est d'ailleurs durant cette période que les adages : *res mobilis, res vilis* et *vilis mobilium possessio* paraissent avoir pénétré le discours au point de suggérer une posture juridique particulière à l'égard des meubles. Cette stigmatisation semble en réalité découler de l'instabilité qui caractérise la valeur que recèlent les biens mobiliers.

Il en ressort, qu'au terme même d'une division pourtant essentiellement physique, des considérations liées à la valeur et à la productivité réapparaissent. C'est ainsi qu'ont été insérés, dans la catégorie des immeubles, des droits incorporels susceptibles de procurer un intérêt patrimonial, en raison même de leur stabilité et de leur caractère frugifère. La

---

[888] Ainsi, « la division *meubles – immeubles* des droits civils modernes (…) résulte du *placage* d'une distinction conceptuelle romaine mineure sur une division germanique coutumière infiniment plus complexe et plus conforme à la réalité du monde extérieur » : DUFOUR (A.), « Notion et division des choses en droit germanique », in *Les biens et les choses, op. cit.*, p. 123. Egalement, « La classification meuble – immeuble est un bon exemple de la « fabrication » du droit foncier dans le face à face du matériau coutumier et de la technique romaine (…). On retrouve là un phénomène qui fait la trame de notre droit des biens : l'habillage artificiel par une technique romaine, d'une réalité coutumière irréductible au droit romain » : PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, n° 74, pp. 88-89.

[889] V. sur ce point OURLIAC (J.) et DE MALAFOSSE (J.), *Droit romain et ancien droit, op. cit.*, PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, n° 42 et s.

démarche pourtant semble quelque peu artificielle. Aujourd'hui la distribution repose encore officiellement sur la nature des choses. Le critère, toujours physique, vise à opposer mobilité et sédentarité dans l'agencement juridique des biens.

Si l'ensemble s'est maintenu autour de la distinction des meubles et des immeubles, c'est peut-être, en raison de la promotion, au plan politique, de la propriété foncière. On trouve encore à l'origine des idées qui ont pu nourrir notre système juridique, une « corrélation entre l'immobilier et la richesse »[890]. La relation aux biens que décrit le Code civil repose partant sur un repli instinctif sur la valeur par excellence que représente l'immeuble par nature. Cette perspective justifie donc que juridiquement l'intérêt se porte sur l'organisation d'un régime de protection qui soit spécifique à l'immeuble. L'attribution de la qualité immobilière devient dès lors prioritaire dans l'enchaînement qui consiste à doter un bien d'une qualification juridique. Un autre phénomène a pu participer à l'installation de la distinction à la place qu'elle continue d'occuper. Le postulat de la corporalité expliquerait, en effet, que le Code civil ait négligé une autre division, que les romains considéraient pourtant comme fondamentale, celle qui oppose les biens corporels et les biens incorporels. Il faut donc s'interroger quant à savoir s'il est pertinent de maintenir un système ordonné autour de cette distinction entre meuble et immeuble. Le principe d'un droit des biens actualisé, socialisé nécessite que l'on opte, en effet pour une présentation des biens en accord avec leur forme nouvelle.

---

[890] *Ibid*.

B. Pertinence d'un système de distinction des biens ordonné autour de la distinction des meubles et des immeubles

Il existe un paradoxe, à constater cette permanence dans ce qui touche aux bases de la division principale qui permet de distinguer meubles et immeubles et à envisager les transformations actuelles du paysage juridique et économique qui atteignent la physionomie des biens. Cette constance amène donc quelques interrogations quant à l'économie interne de la distinction, à la place à lui accorder dans l'ordre d'une classification des biens et quant à la pertinence du critère à l'œuvre. On développe donc souvent à propos de son inadaptation à la réalité contemporaine. La discussion sur l'opportunité de son maintien en tant que *summa divisio* est donc en rapport avec les principes relatifs à la socialisation du droit des biens.

Il faut, en effet, percevoir qu'en réalité, la distinction ne met pas en œuvre la neutralité que paraît indiquer l'article 516. La répartition qu'indique le Code donne encore un certain privilège à l'immeuble. La catégorie mobilière, dans le système considéré, est l'objet d'une appréhension négative. Elle parait être désignée comme la catégorie par défaut, destinée à accueillir les objets qui ne satisfont aux conditions posées pour intégrer le groupe des immeubles. Elle se présente, par conséquent, sous les traits d'une rubrique hétéroclite et résiduelle sur laquelle il conviendrait, à première vue, de porter un regard rapide[891]. Cette analyse relègue au second plan, la classe mobilière. L'intention du législateur semble ici perceptible. Il apparaît que « le code civil n'a pas classé les biens : il les a divisés. Entre une catégorie favorisée par sa réglementation, celle des immeubles, et une autre abandonnée aux hasards de la fortune : les meubles »[892]. L'évolution a pourtant offert un autre point de vue. L'effet d'une pareille organisation a été d'accroître

---

[891] « La méthode est très élaborée ; tout se passe comme si l'ensemble des immeubles, le premier rempli et le plus exigeant, comportait un réservoir vers la catégorie des meubles, destinée à recevoir tous les laissés-pour-compte » : ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n° 46, pp. 32-33.

[892] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 27, p. 329.

l'importance de la catégorie mobilière. Le groupe des meubles, dans ses contours actuels, a acquis une certaine ampleur numérique et économique. Il se trouve naturellement augmenté de nombreux nouveaux objets mobiliers corporels[893]. Il a également, par vocation, recueilli toutes les créations liées à l'activité de l'esprit et tous les nouveaux biens dont l'industrie humaine a favorisé l'éclosion. La classe mobilière a donc connu un essor assez inattendu. C'est à la souplesse qui la caractérise que la *summa divisio* parait devoir son salut. En effet, c'est par son canal, que s'organise, dans la plus large mesure, la réception juridique de l'immatériel. C'est encore à elle qu'il appartient de relever le défi de la construction du droit des valeurs mobilières. L'économie moderne a donc permis de mettre en relief l'importance d'une catégorie antérieurement discriminée : celle des biens meubles. Le F. Terré le relève en précisant que « cette large ouverture du côté de l'incorporel était appelée à une grande destinée puisque cela a permis d'accorder droit de cité dans les catégories, même assouplies et élargies, du droit des biens, à toutes sortes de créations de l'esprit et de « propriétés intellectuelles » (…) au prix, peu coûteux tout compte fait, d'un élargissement du domaine des meubles, appelé à s'élargir encore sous l'influence des progrès de la science et de la technique en matière d'information et de communication »[894].

En réalité cette nouvelle disproportion au sein même de la classification des meubles et des immeubles semble, selon certains[895], remettre en cause la distinction en sa qualité de division majeure. L'évolution de la composition des fortunes a consacré, parfois au

---

[893] « Depuis le Code civil, l'éventail des meubles corporels, offerts à la technique juridique, s'est, à travers le développement des autres techniques, étonnamment ouvert. Si le monde de Pascal, allant de l'infiniment grand à l'infiniment petit, présente toujours à l'homme des limites inaccessibles, une étape a néanmoins été faite en direction de ces limites », SAVATIER (R.), « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD. Civ.*, 1958, n° 11, p. 10.

[894] « Meubles et immeubles », *in Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Lexis-Nexis, 2004, p. 281.

[895] V. not. : VOIRIN (P.), « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », *Revue générale de droit*, 1930, p. 102.

détriment de l'immeuble, une certaine ascension de la part mobilière[896]. On a relevé un glissement qui permet d'affirmer que « ce que gagne la fortune mobilière, la fortune immobilière le perd »[897]. Cette situation n'est pas sans emporter des conséquences au plan juridique. Le constat de la stabilité et la pérennité de certains meubles a parfois poussé à étendre, au profit de certains éléments de la catégorie mobilière, une part du régime protecteur élaboré en considération exclusive de l'immeuble. Ce rapprochement dans le traitement pourrait compromettre l'intérêt de la classification. Cette tendance à l'assimilation parait entamer la consistance de la division et, dans le même temps, atteindre le principe même d'une distinction reposant sur la détermination de la nature mobilière ou immobilière des biens. On peut, en effet, lire dans ce sens que « l'évolution qu'a connu la distinction des biens en meubles et immeubles depuis 1804 a consisté, si ce n'est à saper, du moins à fortement ébranler les fondations des deux piliers sur lesquels elle avait été assise »[898].

Régulièrement on revient donc sur la pertinence de la distinction meuble / immeuble[899]. L'analyse amène à considérer son inadaptation et à se demander si elle est encore réellement de droit positif[900]. Certains juristes[901] invitent donc à envisager son

---

[896] De multiples facteurs ont été avancés : une explication juridique qui tient dans le caractère limitatif de la liste des droits réels immobiliers dressée à l'article 543 du Code civil, une explication politique qui détermine une volonté d'établir la propriété mobilière pour qu'elle puisse faire contrepoids à une certaine forme de domination immobilière et une explication économique qui tient dans la nécessité de produire des nouveaux biens au sein d'une société essentiellement industrielle : v. sur ces points : TERRE (F.), *Les biens*, op. cit., p. 282.

[897] VOIRIN (P.), « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », art. préc., p. 107

[898] BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 11, p. 11.

[899] Rares sont les auteurs qui la défendent encore, et plaident pour son maintien au rang de distinction essentielle. Voir toutefois dans le sens des opinions favorables : CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 47, p. 96 : « C'est la division fondamentale, la plus riche en conséquences pratiques, au point que, par la suite, nous la retiendrons pour base de notre étude du droit des biens ».

[900] « L'évolution ultérieure des richesses en révélera, et en accusera, les limites initiales, au point qu'aujourd'hui la première question est de savoir si la *summa divisio* des biens établie par le Code civil est seulement de droit positif » : REVET (Th.), « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.*, n° 124, mars 2004, p. 21.

[901] LIBCHABER (R.), *Répertoire Civil Dalloz*, v° « Biens », n° 1.

renouvellement. « Notre division des biens n'est plus adaptée à nos besoins, indiquent-ils. (…) A quoi sert une division des biens que l'on force à l'arrivée de chaque bien nouveau, et qui n'est plus porteuse d'un véritable régime juridique pour les biens qui y sont intégrés»[902]. On souligne encore que ce système de classement des biens, est, semble-t-il, plus adapté à un pays d'économie agricole qu'il n'apparaît en correspondance avec les bases de la production actuelle. La taxinomie proposée parait dès lors dépassée[903] par les nouvelles données et contraintes issues du contexte économique et social. Elle est envisagée dans la présentation comme le reflet d'une société rurale et se révèle, dans la réalité, impropre à relayer, au plan juridique, les bouleversements provoqués par les révolutions industrielle et immatérielle. Le domaine de l'appropriation s'est largement diversifié et complexifié. Il semble aujourd'hui que la distinction se maintienne artificiellement en qualité de première étape de classification des biens. On avance ainsi que « cette typologie – celle de la *summa divisio* – implique une économie de nature agricole : dès que celle-ci sera supplantée par l'industrie et le commerce, il faudra tout revoir, encore que le juriste ait préféré maintenir ses anciens cadres et tenté de loger en eux, coûte que coûte, le « nouveau » »[904].

On peut donc douter sur son avenir et sur l'importance du rôle qu'elle tient dans l'inventaire juridique des biens actuels[905]. L'évolution qui affecte la forme des biens est

---

[902] *Ibid.*, n° 2.

[903] D'une manière plus générale c'est le Code civil qui s'affiche sous les traits d'un support vieillissant : v. PERINET – MARQUET (H.), « L'immeuble et le Code civil », art. préc., p. 397 : « Apparaît donc, à l'heure actuelle, un contraste saisissant entre un Code civil resté égal à lui-même, mais déconnecté des évolutions, et un grouillement de textes qui lui restent extérieurs et dans lesquels se sont concrétisés toutes les richesses mais aussi toutes les ambiguïtés du droit nouveau ».

[904] DAGOGNET (F.), *Philosophie de la propriété, L'avoir*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1992, p. 30.

[905] « La division des biens que nous avons en usage n'est pas promise à un avenir favorable. Elle a connu son âge d'or dans un état de la société française où l'appropriation foncière était décisive parce que les composantes de base de l'économie étaient agricoles, où les immeubles l'emportaient sur les meubles par le rôle politique dont ils étaient le moyen, où la détention de biens frugifères enfin était essentielle parce que le travail n'avait pas acquis de statut privilégié. Tout cela n'est plus à l'ordre du jour, car les bouleversements des structures économiques depuis 1804 ont emporté de nombreuses traductions concrètes dans le domaine des biens » : LIBCHABER (R.), *Répertoire Civil Dalloz*, v° « Biens », n° 1.

proprement de nature à remettre en cause l'intérêt accordé à l'origine à cette opération de distinction dans la qualification. On imagine que le critère physique de partage qu'on lui associe est tout à fait efficace en ce qu'il s'agit d'appréhender la situation des biens corporels. Il est, en effet, concevable que la possibilité de leur déplacement puisse être déterminante de l'attribution d'un régime juridique. Néanmoins, il est permis de s'interroger sur le caractère opérant de cette référence à la mobilité en qui concerne la classification des biens incorporels et immatériels. On remarque que la division générale « ne s'exposerait pas à la critique si elle n'avait vocation qu'à couvrir les choses corporelles. Le critère physique ne suffit plus à expliquer la distinction légale dès lors que celle-ci appréhende l'objet des droits tant incorporel que corporel et les droits eux-mêmes »[906].

L'argument a toujours valu en ce qui concerne la classification des droits mais il réapparaît avec une certaine autorité dans le contexte actuel qui voit l'arrivée de nombreux biens que l'on ne saurait saisir concrètement. On sait que l'intégration des objets incorporels dans la classe mobilière se réalise au mépris du critère physique[907] qui se révèle insuffisant à organiser l'agencement juridique des richesses. Comme il a pu être relevé, dans ce cadre, « le rattachement à la catégorie est alors forcé. Enfermé dans sa vision dualiste des biens, nécessairement meubles ou immeubles, le Code civil ouvre la catégorie des meubles par défaut, négligeant alors, et inéluctablement, le critère physique. Il fallait bien intégrer le monde incorporel »[908]. En remarquant cette incapacité à prendre en compte l'incorporel, si ce n'est au prix d'un tour de force, certains ont souhaité la

---

[906] CARON (C.) et LECUYER (H.), *Le droit des biens*, *op. cit*, p. 29.

[907] On relève même une certaine tension entre le critère proclamé physique et celui qui commande régulièrement dans l'ordre contemporain l'attribution d'un régime juridique : la valeur. Cette incursion de la valeur rend le système « boiteux » : MALAURIE (Ph.), *Les biens, La publicité foncière*, *op. cit.*, n° 116, p. 36.

[908] *Ibid.*, p. 32.

suppression de la distinction dans l'ordonnancement des biens indiquant que « plutôt que nocive ou simplement archaïque, elle est bien davantage inutile »[909].

Selon des thèses plus modérées, on relève que l'option offerte pour cette classification des choses devrait immédiatement ouvrir en complément un autre choix : celui de la nature corporelle ou incorporelle des biens[910]. Puisque c'est l'entrée de l'incorporel qui semble être à l'origine d'une certaine déstabilisation de la distinction envisagée[911], il convient peut-être d'imaginer un système qui reposerait sur les bases d'une correspondance avec l'état actuel de l'économie et de la production. Ce qui est observable dans le monde contemporain, c'est que si les choses corporelles se multiplient, la catégorie des objets incorporels a elle aussi acquis une importance croissante. Il faut donc développer une présentation réaliste qui soit susceptible d'en apporter la traduction. Il a été proposé de revenir sur la hiérarchie qu'établit le Code civil en matière de classement des biens. En partant du constat que l'alternative qui découle de la distinction des biens meubles et des immeubles n'est plus adaptée aux formes nouvelles de l'appropriation et que désormais « le Code civil est prisonnier de son postulat de la nature forcément mobilière ou immobilière de tous les biens »[912], certains auteurs affirment, qu'à l'heure actuelle, « la

---

[909] LIBCHABER (R.), *Répertoire Civil Dalloz*, v° « Biens », n° 108 ; « (…) L'est-elle devenue, ou l'était-elle déjà dans le Code civil ? La question est trop incertaine pour qu'on y réponde aisément ; mais si la distinction avait autrefois plus d'intérêts qu'aujourd'hui, elle était out de même critiquable, ce qui s'est rapidement vu. Il semble en tout cas que l'on conserve en usage une division fondamentale dont on pourrait se passer sans mal. Peut-être n'y substituerait-on pas grand-chose, en l'état actuel de la réflexion juridique ; mais il n'est pas certain que l'on ait besoin d'une division bipartite des biens », *Ibid*., n° 127.

[910] On sait que le Code aborde déjà cette dichotomie en envisageant les biens sous l'angle de leur nature ou de leur objet mais il faudrait souligner plus fermement le caractère fondamental de ce complément d'information se rapportant à la forme du bien considéré : v. not. ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens, op. cit*., n° 27, p. 34 : « Tout se passe comme s'il y avait en droit français on pas deux mais quatre catégories de biens : les meubles corporels et incorporels ; les immeubles corporels et incorporels » .

[911] « Il est permis d'estimer que l'artifice et l'inanité, comme opposition primordiale des meubles et des immeubles, complétés par l'irréductibilité à ces deux catégories de très nombreux biens, ont mis fin au caractère fondamental de la distinction de l'article 516. Elle ne serait plus qu'une distinction secondaire, intéressant les biens corporels, fondée sur leur fixité et ouvrant sur les éléments de leur régime directement tributaires de cette caractéristique physique » : REVET (Th.), « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », art. préc., p. 23.

[912] ZENATI (F.) et REVET (Th.), *Les biens, op. cit*., n° 96, p. 153.

véritable *summa divisio* est la distinction des biens corporels et des biens incorporels »[913]. Selon eux, « substituer la distinction corporel/incorporel à celle meuble/immeuble présenterait l'avantage de donner plus de hauteur à la *summa divisio* et serait sans doute plus conforme à la réalité »[914].

On ne saurait enregistrer des modifications qui touchent à la physionomie même de la propriété sans qu'elles n'amènent à une réévaluation du critère retenu pour distinguer entre les différents biens. Ainsi que l'affirmait déjà Gény, « la *classification juridique* doit tendre à devenir *naturelle*, en ce sens qu'elle manifeste les caractères vraiment décisifs des règles, d'après les réalités morales, politiques, économiques, ou sociales qu'elles gouvernent. (…) Ces indications, forcément sommaires, trouveraient une illustration instructive dans l'examen critique, qu'on pourrait faire, à ce point de vue, (…) des principales divisions des choses, en corporelles et incorporelles, meubles et immeubles »[915]. On sait la part qu'ont laissé les concepteurs du Code à l'idée de nature dans l'élaboration d'un système d'ordonnancement des biens. Portalis en fait explicitement mention dans son *Discours préliminaire*[916]. Néanmoins, en raison des diverses acceptions que connaît le terme nature[917], la référence parait autoriser un certain affranchissement par rapport au critère physique. Pour l'instant cette analyse n'a rencontré que l'écho doctrinal. Il apparaît même, en dépit des évolutions relevées, que l'avant-projet

---

[913] *Ibid*., n° 88, p. 146 ; v. également MALLET-BRICOUT (N.) et DROSS (W.), « Avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D*., 2009, n° 8, p. 510, lesquels indiquent que « sans doute la distinction du corporel et de l'incorporel aurait pu s'imposer aujourd'hui pour constituer la ligne de fracture entre les biens ».

[914] SEUBE (J.-B.), « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, art. préc., n° 118

[915] GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Première partie, *position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 2ème éd., 1922, n° 52, p. 155.

[916] « Discours préliminaire… », préc., p. 53

[917] V. à ce propos TERRE (F.), « Meubles et immeubles », art. préc., p. 281

de réforme du droit des biens[918] consacre le maintien de la division en cause et procède par simple réorganisation autour du critère de distinction ancien et ce, comme le rappellent certains auteurs, « sans révolution majeure »[919]. Cette permanence justifie que l'on trouve maintenant, à côté des catégories traditionnelles, d'autres distinctions qui contribuent à une organisation plus réaliste du domaine des biens actuels.

§ 2 : Eléments d'une organisation des biens : la part des distinctions émergentes

Nous avons déjà indiqué que le contenu du patrimoine dans l'ordre contemporain a été profondément modifié. Les lignes de cette évolution ont été largement décrites, il y a quelques années, par Pierre Catala. Celui-ci souligne, entre autre, le passage d'une société d'épargne à une société de consommation[920]. L'état des catégories qui accueillent les biens doit être à même de traduire cette dynamique et de porter certains impératifs contemporains. Il faut, par conséquent, pouvoir les rénover ou les renouveler. A l'heure actuelle, certaines pistes sont ouvertes relativement à une nouvelle classification des biens. Les cadres proposés permettent l'actualisation de certaines catégories déjà connues, ou font naître des catégories totalement neuves. D'élaboration doctrinale, ces divisions offrent de repenser l'organisation du droit des biens. Elles invitent notamment à distinguer entre : le vivant et l'inerte (A.), les biens objectifs et les biens subjectifs (B.), les biens

---

[918] L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, poursuivant son action en vue de la modernisation du droit civil français, a constitué un groupe de travail ayant pour mission de réfléchir à ce que pourrait être une réforme du droit des biens. Ce groupe, a été présidé par le professeur Hugues Périnet-Marquet. Les propositions sont reprises dans un ouvrage auxquels nous nous référerons : PERINET-MARQUET (H.) (dir.), Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, Paris, Litec, coll. « Carré Droit », 2009.

[919] SIMLER (Ph.), « Meubles et immeubles », *in Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, op. cit.*, p. 33.

[920] « De plus en plus, il semble que l'appétit du gain soit motivé par le goût du mieux être, plutôt que par le souci d'amasser. Passant de l'individuel au collectif, c'est-à-dire du psychologique au sociologique, il est globalement évident qu'une société de consommation tend à supplanter une société d'épargne », v. « Les transformations du patrimoine… », art. préc., n° 1, p. 9.

précaires et les biens durables (C.), les biens uniques et les biens duplicables (D.) et les biens élémentaires et les biens complexes (E.).

A. La distinction du vivant et de l'inerte

Le droit des biens se développe désormais dans le souci de protéger la personne humaine, l'animal, ou encore l'environnement. Certains auteurs[921] ont donc suggéré d'instituer la distinction entre le vivant et l'inerte en tant que *summa divisio*[922]. Il s'agit d'élever le vivant au rang de catégorie juridique. La proposition séduit et certains auteurs en font la promotion[923]. Ce nouvel élément de classification aurait l'avantage d'offrir au droit des biens un agencement plus actuel et d'inclure dans son champ les problématiques contemporaines qui animent le droit. Elle permettrait de repenser la distinction fondamentale sujet/objet et de lever les contradictions qu'entraine le phénomène naissant qui consiste, d'une part, à réifier la personne et, d'autre part, à personnifier certaines choses[924]. Selon un premier mouvement, on assiste en effet, à l'insertion dans le domaine marchand d'éléments traditionnellement constitutifs de la personne. Jusqu'à lors, le droit

---

[921] SEUBE (J.-B.), « Le droit des biens hors le Code civil », art. préc., n° 13.

[922] L'éclosion de ces deux nouvelles catégories paraît guidée par des considérations diverses : « le remord pour l'homme d'avoir trop malmené la nature, la prise de conscience de la fragilité de certains équilibres naturels, [et] le sentiment plus ou, moins diffus que l'homme appartient à la catégorie plus large du vivant dont les différents éléments sont intimement liés les uns aux autres » : *Ibid*.

[923] « Il se pourrait que l'homme soit reconsidéré dans sa nature, pour être explicitement rattaché au domaine du vivant. De sorte que, par la grâce d'un changement de perspective dans la définition de référence de l'homme, le vivant pourrait émerger en tant que catégorie juridique nouvelle (…) d'où le sentiment que la protection de l'homme ne doit pas s'édifier aux limites de l'humanité mais aux frontières du vivant, et la tentation corrélative d'élever l'ensemble du vivant en catégorie juridique nouvelle » : LIBCHABER (R.), « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », *RTD. Civ*, 2001, p. 243.

[924] A propos de cet affaiblissement du clivage classique entre les personnes et les choses, voir notamment : CARBONNIER (J.), « Sur les traces du non-sujet de droit », *in Le sujet de droit, APD*., 1989, n° 33, p. 200 : « Un double mouvement réducteur est perceptible : il est des choses qui tendent à la personnalité, des personnes qui sont réduites au rang de choses » ; ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2011, n° 13 et 14 ; LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 40 et 41.

était resté fermement attaché au principe de leur non-patrimonialité. La prohibition tenait à ce que ces éléments, conçus comme des composantes de la personne, ne sauraient être considérés comme des choses et devenir des objets du commerce. L'interdiction paraît absolue, en ce qui concerne les éléments et les produits du corps humain. L'extra-patrimonialité du corps humain est expressément envisagée par les articles 16-1 et 16-5 du Code civil[925]. Le Code de la santé publique proscrit, dans le même sens, toute transmission à titre onéreux des éléments et produits du corps[926].

Malgré ces dispositions, il est tout de même permis de douter que le corps soit toujours soustrait au commerce juridique. L'extra-patrimonialité est posée, à des fins de protection individuelle, en faveur de celui qui voudrait faire de son corps une source de richesse. Il faut remarquer, qu'une fois détachés, les produits corporels reçoivent le statut de biens juridiques et qu'ils ont, à ce titre, vocation à se trouver attirés vers le marché[927]. Ce « mouvement de la personne à la chose »[928] autorise une patrimonialisation croissante des éléments affectés à la personne. Selon cette évolution, la jurisprudence a également consacré la possibilité de faire entrer dans le commerce juridique certains éléments qui composent la personnalité de l'individu ou qui s'en dégagent. Ainsi, l'image d'une personne peut désormais faire l'objet d'une convention de cession de droit commun[929]. La

---

[925] Il résulte de ces dispositions que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » et que « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».

[926] L'article 1211-4 dispose, en effet, qu' « aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut-être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits ».

[927] « Le corps humain, substrat de la personne est hors du commerce. Mais parcellisé, utilisé comme matériau, il devient aussi objet d'industrie, soumis aux mécanismes du marché » : HERMITTE (M.-A.), « Le corps hors du commerce, hors du marché », *in La philosophie du droit aujourd'hui, APD.*, t. 33, 1988, p. 323.

[928] *Ibid.*

[929] Cass. Civ. 1ère, 11 déc. 2008 : *RTD. Civ.*, 2009, note HAUSER (J.) ; JCP éd. G, 2009, II, 10025, note LOISEAU (G.).

Cour de cassation a également admis que le nom « détaché » de la personne de son porteur puisse être cédé à une entreprise et continuer de lui servir de dénomination sociale[930].

Il faut relever, que le « vivant » franchit progressivement les différentes étapes de la patrimonialité. L'admission du « vivant » comme un bien est une réalité[931]. La nouvelle terminologie facilite cette assimilation. Elle permet, à tout le moins, de dépasser le clivage traditionnel qui oppose les personnes aux biens. Elle offre de lever les objections tenant à au statut de bien juridique de l'animal[932]. La catégorie du vivant peut, en effet, tout à fait accueillir ce dernier sans qu'il faille le doter impérativement de la personnalité juridique parfois requise à des fins purement instrumentaires[933]. Concernant l'animal, la proposition est, d'ailleurs, tout à fait compatible avec les dispositions de la loi du 10 juillet 1976 qui accorde à ce dernier la qualité d' « être sensible »[934].

D'autres distinctions, que l'on trouve dans les contours du droit des biens, ont acquis récemment une importance particulière. Celle qui oppose les biens objectifs et les biens subjectifs paraît également propre à contribuer à une organisation réaliste du droit des biens en ce qu'elle repose assez largement sur la notion de valeur.

---

[930] Voir not. Cass. Com, 12 mars 1985 : *Gaz. Pal*., 20 avril 1985, n° 109, p. 110, note LE TALLEC (G.)

[931] Certains auteurs, plaident même en faveur de la reconnaissance de la « propriété de chacun sur soi ». Ils admettent l'hypothèse d'un droit de propriété sur la matière animée, vivante : LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 40, p. 343

[932] « L'animal n'est pas une chose » : ANTOINE (S.), « Rapport sur le régime juridique de l'animal », *La Documentation française*, p. 16 ; l'auteur regrette, par ailleurs, que l'insertion de l'animal dans la classe des biens mobiliers ait pour effet de le laisser « hors du champ de l'éthique » : « L'animal et le droit des biens », *D*., 2003., Chron. p. 2651 ; *Contra* : REVET (Th.), *RTD. Civ*., 1999, p. 482 : « l'absence ontologique des animaux à l'autonomie juridique, et son inutilité pour leur protection, font des choses et des biens le cadre indépassable de leur appréhension par le droit ».

[933] MARGUENAUD (J.-P.), « La personnalité juridique des animaux », *D*., 1998, Chron. p. 205

[934] La L. n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature définit, en effet, l'animal comme un « être sensible qui doit être entretenu dans les conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce ».

B. La distinction biens objectifs/ biens subjectifs

On a relevé que la valeur investissait désormais largement la notion de bien. Suivant ce constat, certains auteurs[935] ont proposé d'ajouter à l'ordonnancement juridique des biens une catégorie au sein de laquelle on distinguerait les biens objectifs des biens subjectifs. Cette classification impose de faire le départ entre la valeur objective et la valeur subjective des biens qu'il s'agit de qualifier. En raison de l'abstraction qui l'affecte, le droit des biens a développé, à l'origine, un certain degré de désincarnation au soutien de son organisation. Il a donc essentiellement attrait ses objets dans la classe des biens objectifs. A l'heure actuelle une autre tendance se dessine. Elle révèle la part de subjectivité qui nourrit l'opération de qualification des biens. Les auteurs indiquent, en effet, qu'aujourd'hui « on voit de plus en plus distinctement apparaître une forme d'*intuitus rei* dans le droit des biens qui s'analyserait dans l'exacte contrepartie de l'*intuitus persona*, et non en une relation d'accessoire »[936]. L'univers des choses semble empreint de « quelque « infongibilité » attachant jalousement tel homme à tel objet « en personne » »[937]. La rubrique des biens subjectifs ou personnels est tenue par l'affect. Elle

---

[935] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 35 ; DELCENSERIE (S.), *Les biens à caractère personnel*, th. Paris II, TERRE (F.) dir., 2006 ; CHATILLON (Ch.), *Les choses empreintes de subjectivité, Etude de droit privé français*, Sarrebruck, Ed. universitaires européennes, 2010 (texte remanié d'une thèse soutenue sous la direction de R. LIBCHABER – Paris I, 2008) ; v. également : CORNU (G.), « La personne humaine, sujet de droit », Rapport de synthèse in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998.

[936] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 35, p. 338.

[937] DAVID (A.), « Les biens et leur évolution », *in Le dépassement du droit, APD.*, t. 8., 1963, p. 168 ; Dans l'énumération des raisons qui lient ensemble homme et matière, l'auteur évoque « la valeur affective qui rend la chose infongible et irremplaçable ». Il relève la possibilité d'un « attachement à la chose fabriquée : justement en raison du fait qu'elle semble le prolongement de notre être » ou un « attachement sentimental pur, qui fait qualifier certains objets de « personnels » ». Il décrit un processus au terme duquel « les choses les plus anonymes deviennent infongibles après une longue cohabitation avec un homme, car elles se remplissent de ses souvenirs » : *Ibid*., p. 169.

regroupe les choses dotées d'une charge affective évidente qui se détachent dans l'esprit de leur propriétaire, de leur seule valeur vénale. Elle met en œuvre, selon le doyen Cornu, « l'idée d'une mouvance humaine qui n'a que faire de la nature des choses et qui englobe d'ailleurs aussi bien des objets matériels, tous ces objets inanimés qui ont une âme, souvenirs de famille, instruments de travail, meubles du logement du majeur protégé, « murs de ma vieille maison » et bien sûr sépultures, pour en faire, dans la théorie des biens et au sein même du patrimoine, une sphère de choses attachées à la personne, un monde familier de choses attachantes, un musée intime de choses imprégnées de la personnalité, afin d'en tirer certaines conséquences appropriées, commandées par le respect qu'elles inspirent, en raison même de ce lien à la personne »[938]. En réalité, le critère de subjectivité se révèlerait commode pour intégrer à la classification certains éléments que le droit peine parfois à appréhender. La catégorie des choses empreintes d'individualité pourrait ainsi tout à fait abriter, parmi d'autres : le corps humain, ses éléments et produits, la force de travail de la personne, son nom, sa voix, son image, les œuvres de son esprit, les souvenirs de famille et les sépultures[939].

A côté de ces biens qui pourraient être qualifiés de personnels en raison du lien d'intimité qui les attache à la personne de leur titulaire, on trouve encore dans la classe des biens subjectifs, certaines choses auxquelles il convient de réserver un régime particulier parce qu'elles assurent l'épanouissement de la personne et garantissent l'exercice de certains droits fondamentaux. Il s'agit des choses que certains regroupent dans la classe des biens dits de dignité[940]. Ces biens méritent une considération particulière en ce qu'ils contribuent au respect de la dignité de la personne et à son insertion minimale dans la société. Selon ses concepteurs[941], on trouverait dans la catégorie des biens de dignité : les

---

[938] « La personne humaine, sujet de droit », Rapport préc.

[939] CHATILLON (Ch.), *Les choses empreintes de subjectivité, Etude de droit privé français*, op.cit., p. 8.

[940] ROCHFELD (J.), « Du patrimoine de dignité », *RTD. Civ.*, 2003, p. 743.

[941] Nous nous référons principalement à l'analyse du Professeur Rochfeld et aux développements issus de ses *grandes notions du droit privé*, op. cit., n° 26 et 27.

pensions et créances à caractère alimentaire ainsi qu'une fraction du salaire et une partie des sommes en banque désormais conçus par la loi comme des « restes à vivre »[942] ; les biens mobiliers nécessaires au travail et à la vie de la personne ; les objets indispensables aux personnes handicapées ou ceux dédiés aux soins des malades. On y rencontre également l'immeuble d'habitation et ses meubles meublants, lesquels sont aujourd'hui envisagés comme la condition de l'insertion sociale de la personne et de sa famille ainsi que du plein épanouissement personnel de l'individu[943].

Le droit positif n'ignore pas ces biens de dignité. S'il ne le conçoit pas encore comme un ensemble, il leur accorde, tout de même, une prise en charge sectorielle. Ces interventions servent un même objectif. Les biens de dignité participent à la construction de la dignité de l'individu. A ce titre, il convient de poser des limites à la circulation de ces biens. En vue d'éviter que leur titulaire en soit privé, il faut opposer des obstacles à la cessibilité et à la saisissabilité qui touchent ordinairement les biens. C'est dans cette perspective que le législateur organise la protection du logement familial. Son aliénation est soumise à la stricte condition du double consentement des époux comme en dispose l'article 215 du Code civil. Au sens des articles 763 et 515-6 du Code civil, sa disponibilité peut être « gelée » pendant l'année qui suit le décès de l'un des conjoints ou partenaires pacsés, afin d'assurer la jouissance à titre gratuit du survivant. Des préoccupations identiques ont amené à admettre que le logement même individuel pouvait échapper au principe de saisissabilité par déclaration volontaire d'insaisissabilité d'un entrepreneur[944].

---

[942] La loi n° 2009-256 du 12 mai 2009 prévoit, en effet, que le titulaire d'un compte faisant l'objet d'une saisie conserve de plein droit la disposition d'une somme, à caractère alimentaire, égale au montant forfaitaire du revenu garanti par le dispositif de solidarité active, v. art. 46.

[943] Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs fixé en tant qu' « objectif de valeur constitutionnelle » la possibilité pour toute personne de disposer d'un « logement décent » : déc. n° 95 – 359 DC, 19 janvier 1995, *D.*, 1995, Chron., p. 283 (PAULIAT H.)

[944] Le régime d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, institué par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, a été étendu à l'ensemble du patrimoine immobilier non professionnel par la loi de modernisation de l'économie (n° 2008-776).

Parmi les distinctions émergentes, certaines catégories doivent leur actualité à la capacité qu'elles affichent de prendre en charge les objets de l'économie moderne. Celle qui accueille les biens précaires et les biens durables est marquée par cette tendance. Elle paraît correspondre à une certaine prise en considération par le droit des changements qui affectent les mœurs et la société[945].

C. La distinction biens précaires/ biens durables

La généralisation des biens issus de l'industrie a, peu à peu, introduit dans l'espace dédiés aux biens juridiques l'idée de précarité. Le phénomène paraît de nature à affecter la définition du bien. Il rouvre la discussion sur l'insertion de la valeur au cœur même des notions de bien et de propriété[946]. Il ravive la tentation de revendiquer sur chaque valeur un droit de propriété. Il pourrait également provoquer un bouleversement au sein des catégories juridiques qui accueillent les choses saisies par le droit. Certains auteurs ont donc insisté sur l'importance et la singularité au regard de la classification actuelle de la distinction qui opposerait les biens durables et les biens précaires. A première vue, la notion de bien précaire entretiendrait des liens assez intimes avec celle de chose consomptible. Elle s'en distingue, néanmoins, puisqu'elle permet d'appréhender les choses qui, bien qu'étant vouées à disparaître à moyen terme, ne se détruisent pas par le premier usage. La majorité des biens issus de la production actuelle ne sont pas destinés à durer mais ils ne périssent pas, pour autant, à l'occasion du premier usage. La catégorie des biens précaires est autonome par rapport aux éléments de l'ordonnancement des biens

---

[945] V. sur ce point CATALA (P.), « La transformation du patrimoine… », art. préc., pp. 9 et s.

[946] V. KRIEF - SEMITKO (C.), *La valeur en droit civil, Essai sur les biens, la propriété et la possession*, Préf. ATIAS (Ch.), Paris, L'Harmattan, 2009.

déjà connus. Il faut donc que le droit se saisisse de ses particularités[947]. L'article 589 du Code civil en conçoit les spécificités au regard de l'usufruit. On y évoque, en effet, « les choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage ». Ces biens présentent la particularité de voir leur substance progressivement dégradée par l'usage qu'en fait celui qui les détient. De manière générale on souligne qu'il faudrait étendre cette qualification dans la mesure où les biens qui ne sont pas voués à durer se multiplient dans la production industrielle actuelle[948].

L'évolution des moyens de production a également, semble-t-il, accru l'importance de la classe juridique des biens duplicables que l'on oppose généralement à celle des biens uniques.

D. La distinction biens uniques/ biens duplicables

La standardisation de la production et le phénomène de la fabrication en série ont accentué l'importance de la distinction entre les biens uniques et les biens qui peuvent être reproduits autrement dit ceux dont le *corpus* peut se multiplier sans que l'on constate une altération de leur identité[949]. En matière incorporelle, on rencontre dans cette dernière catégorie les propriétés intellectuelles qui présentent la caractéristique de pouvoir se prêter au jeu de la multiplication sans que l'on relève une atteinte à la chose dont on assure la

---

[947] C'est ce que souhaitent vivement certains auteurs : v. not. LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 37, p. 139.

[948] Il existe tout de même quelques objections à procéder selon ce nouveau critère de distinction des biens. Encore assez fréquemment, la durabilité s'attache à l'idée de stabilité et de perpétuité, or ces deux qualités semblent caractéristiques de la situation de l'immeuble. Le danger pressenti : que la catégorie des biens durables s'élabore principalement en considération des immeubles. On transposerait donc le problème par avant évoqué sur cette catégorie nouvelle. Une autre solution viserait à ajouter à la dichotomie des biens consomptibles et non consomptibles une catégorie intercalaire dont le système juridique serait en charge de déterminer le sort.

[949] V. LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 37, p. 139.

protection. On retrouve également parmi les biens duplicables, ceux qui répondent au principe général de fongibilité. La généralisation des biens duplicables ou encore substituables a marqué l'évolution de la propriété. Le propriétaire d'un bien substituable a la possibilité de revendiquer n'importe laquelle des choses qui présenterait les mêmes caractéristiques. Il en résulte « une sorte de propriété flottante »[950]. Le principe de propriété compte davantage que l'emprise exercée sur la chose originellement appropriée. Le déploiement du domaine des biens duplicables parait donc préjudicier aux fondements de la propriété. L'effet d'une telle accélération dans l'apparition des biens duplicables installe le propriétaire dans un rapport de relative indifférence avec la chose reproduite[951]. C'est ainsi que « les biens duplicables ou substituables dévoilent un écart entre le propriétaire et son bien, qui n'a plus grand-chose à voir avec le tête-à-tête où s'incarne l'essence de la propriété »[952]. La multiplication des choses duplicables interroge également la capacité du droit à s'adapter aux nouveaux objets de la propriété. Le droit des biens encore soucieux de relever la singularité de chaque bien est donc appelé à évoluer.

E. La distinction biens élémentaires/ biens complexes

La période contemporaine a vu apparaître des assemblages inédits. L'entrée de ces objets dans la sphère du droit permet de donner un éclairage particulier à la distinction qui opposerait biens élémentaires aux biens composites[953]. On connaît déjà la catégorie des

---

[950] *Ibid*.

[951] Le phénomène a déjà été dénoncé en matière d'appropriation des choses fongibles *Cf. Supra*, pp. 183 et s.

[952] LIBCHABER (R.), La recodification du droit des biens », art. préc., n° 37, p. 340 ; v. également CATALA (P.), « La transformation du patrimoine… », art. préc., n° 20 et s. ; l'auteur signalait déjà dans les années 1960 l'importance des biens complexes auxquels on rattache généralement les offices ministériels, fonds de commerce et autres biens portant l'empreinte d'une activité individuelle.

[953] La distinction naît du constat d'une certaine complexité qui affecte désormais le champ matériel et surtout l'univers immatériel. La catégorie semble appelée à rendre plus marginale qu'auparavant celle à laquelle on la mesure : les biens élémentaires ou singuliers.

universalités qui consacre le regroupement de biens divers pour former un ensemble[954]. On repère, au degré supérieur de l'abstraction, un autre bien qui vient se substituer aux éléments de la composition. Pourtant, chacun des biens inclus conserve sa singularité dans l'assemblage et une certaine autonomie au plan juridique. Son émancipation de l'ensemble parait toujours possible. La circulation est envisageable entre les niveaux de l'universalité. Le bien complexe offre une représentation plus particulière et désigne le rassemblement de plusieurs entités plus ou moins indépendantes. Il entre, néanmoins, dans la constitution même du bien de synthèse que d'afficher une solidarité relativement appuyée entre les éléments dont il est composé. C'est ainsi que même s'il est concevable « de désarticuler le bien final pour faire revivre ceux qui le composent »[955], le bien de synthèse est plus rétif au va-et-vient entre les niveaux, caractéristique de l'universalité[956]. En effet, la notion de bien complexe se distingue de l'idée de complexe de biens. La logique fédérative qui anime l'ensemble crée un lien fort entre les éléments regroupés. Elle implique le concours des utilités que procure individuellement chacun des biens saisis. La catégorie des biens composites repose sur la « dialectique de l'un et du multiple »[957]. Elle amène à voir fonctionner une certaine interdépendance entre biens. Elle met en relief, de ce point de vue, les ressorts collectifs de la propriété. Elle est, d'une certaine manière, la traduction du mouvement de socialisation qui empreint le droit.

La diversification des biens a produit un certain éclatement des catégories propres à les inclure, à les recevoir et à former la base d'un système de classification. On peut, dans ce contexte, douter qu'il existe un privilège accordé à l'une ou l'autre pour présider à cette

---

[954] Ces dernières années, la jurisprudence a fait évoluer le domaine des universalités juridiques, en assurant la reconnaissance du fonds libéral : *Civ. 1ère, 7 novembre 2000*, ou encore du portefeuille de valeurs mobilières : *Civ. 1ère, 12 novembre 1998*, comme universalités. Elle a ainsi facilité l'émergence des valeurs incorporelles.

[955] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 34, p. 337.

[956] *Ibid*.

[957] *Ibid*., p. 338.

organisation[958]. On assiste également à la création d'un fond commun d'idées pour assurer la prise en charge des « biens nouveaux ». Le droit des biens apparaît sous les traits d'un complexe élargi destiné à fournir les clés de l'insertion des valeurs immatérielle au sein de la discipline juridique.

Section 2 : Une conception élargie du droit des biens

Le droit des biens est « une matière de synthèse »[959]. La discipline développe une certaine capacité à fournir les techniques et les objets où puisent les branches avoisinantes. Entendu comme l'ensemble chargé d'appréhender juridiquement les choses et les valeurs, le droit des biens, dans son assiette actuelle, couvre un vaste espace au sein du droit civil. L'élargissement de son périmètre résulte de la découverte d'éléments nouveaux de définition du bien juridique. La diversité qui marque désormais le domaine des biens a contribué à installer une spécialisation du droit des biens[960] (§ 2.). Cette spécialisation n'a pas dépossédé le droit commun de son intérêt (§ 1.).

Bien au contraire, on constate une certaine correspondance entre droit commun et droit spécial des biens. Leur articulation révèle la souplesse des principes directeurs du Code civil. L'incessant va et vient qui s'opère entre le droit spécial et le droit commun des biens assure la pleine vitalité du droit des biens, conçu dans son ensemble. La spécialisation du

---

[958] « Une considération attentive du droit positif montre qu'il n'y a plus guère de classification des biens qui puisse se présenter comme générale et absolue – de *divisio* qui puisse être qualifiée de *summa*. En revanche, différents paramètres sont apparus, qui ordonnent de façon régulière les caractéristiques de l'appropriation des biens, et pèsent sur ses modalités. Certes il n'y a rien de mécanique dans le régime associé à chacun d'eux ; mais on ne peut manquer d'être saisi par un certain effet de catégorie », *Ibid*., n° 38, p. 340. C'est le sens dans lequel R. Libchaber prétend œuvrer lorsqu'il envisage la possibilité d'une recodification du droit des biens. Cette tentative de systématisation semble plus conforme à l'actualité des biens et aux nouvelles figures de l'appropriation.

[959] *Ibid*., n° 2, p. 298.

[960] DEMONTE (K.), *La spécialisation du droit des biens*, J.-M. BRUGUIERES (Dir.), Th. Université d' Avignon, 2011

droit des biens se présente tour à tour comme un mouvement comportant des dispositions dérogatoires au droit commun mais encore des dispositions créatrices de droit commun[961].

Droit commun et droit spécial des biens ne peuvent se concevoir abstraction faite l'un de l'autre. C'est bien plutôt en termes de collaboration que d'opposition qu'il convient d'envisager leurs rapports[962]. Ces interactions constantes participent à actualiser le droit des biens. Elles assurent l'adaptation de la discipline aux réalités nouvelles. Elles mettent en relief un autre élément de la socialisation du droit des biens.

§ 1 : L'existence d'un droit commun des biens

L'établissement de la notion de valeur au cœur même du droit des biens paraît avoir favorisé l'assimilation de la discipline au domaine plus vaste que forme la théorie du patrimoine. Certains auteurs le soutiennent, affirmant que, désormais, « le droit des biens tend à se dissoudre dans la théorie plus vaste du patrimoine »[963]. Il y aurait une crise de la représentation fondée sur une conception restreinte des dimensions du droit des biens. En perdant son autonomie, le droit des biens étroitement conçu s'est associé les services de

---

[961] *Ibid*.

[962] « Le droit commun et le droit spécial sont indéfinissables ; leur relativité est telle qu'ils ne se conçoivent pas abstraction faite l'un de l'autre. Et, toutefois, la relation qu'ils entretiennent est généralement décrite en termes d'opposition. Or, la relativité appelle bien plutôt la collaboration que l'opposition. C'est ainsi que, s'agissant de l'élaboration du droit, des influences positives sont à l'œuvre. Le droit commun et le droit spécial se servent mutuellement de modèle. Leur évolution se déroule en contemplation l'un de l'autre. Cela permet surtout, concernant l'application du droit, de réfuter l'idée suivant laquelle le droit commun et le droit spécial s'excluraient mécaniquement.» : DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, MOLFESSIS (N.) (Dir.), Th. Université de Paris II, 2011.

[963] CATALA (P.), « Exposé de synthèse », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, *op. cit*., n° 28, p. 190 ; *Contra* : BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), *Droit civil, Les biens*, *op. cit*., p. 6 : « On pourrait (…) songer à identifier le droit des biens au droit du patrimoine. Mais ce serait attribuer au droit des biens un trop vaste domaine. Les droits personnels ou de créance relèvent traditionnellement du droit des obligations et non du droit des biens. Celui-ci se limite aux droits réels, c'est-à-dire essentiellement au droit de propriété, qui en est la quintessence, et à ses démembrements ou à ses dissociations ».

disciplines qui l'entourent dans le champ du droit patrimonial[964]. La valorisation de la notion de bien n'est pas sans influence sur les contours que l'on doit assigner à la matière. On s'interroge quant à savoir si le droit des biens est toujours celui qui détermine les règles relatives aux choses appropriées, lesquelles sont des biens au sens strict, ou s'il est devenu celui qui régit les valeurs, que l'on considère comme des biens au sens large[965]. Envisagé comme droit des valeurs, le droit civil des biens est censé regrouper un ensemble de disciplines incluant, entre autres, le droit des obligations, le droit des sûretés, le droit des régimes matrimoniaux et des successions.

Si l'on souhaite cerner les contours actuels du droit des biens, il faut poser un regard sur le bénéfice qu'il tire de la fréquentation d'autres disciplines assurant la protection des valeurs récemment découvertes. Il faut également relever que le droit des biens, simplement doté de ses outils traditionnels, fournit toujours un cadre de référence, pour assurer l'intégration des richesses nouvelles. Il ne faut donc pas méconnaitre la part de ce que l'on pourrait appeler le « droit commun des biens » dans la détermination des dispositions applicables aux biens nouveaux. Le thème de la propriété est toujours au cœur de la réflexion des auteurs qui traitent des règles relatives à la réservation des droits de nature intellectuelle. Selon eux, le droit des biens peut être considéré comme le droit commun de la propriété intellectuelle[966]. Le droit des biens, dans ses limites académiques, paraît, en effet, prendre l'allure d'un « droit souche »[967]. Il reste à la source des rapports qui unissent les personnes et les choses. Néanmoins la stabilité avec laquelle les concepts

---

[964] « Au cœur du droit patrimonial, le droit des biens est en pleine métamorphose et en perpétuel renouvellement. Paradoxalement, cette évolution est une menace pour l'unité du droit des biens : la matière se vide peu à peu, à la faveur d'une réglementation pointilleuse et touffue, au profit de nouvelles disciplines (…). Pourtant ces nouvelles branches ne sauraient se priver des fondements du droit des biens » : SEUBE (J.-B.), *Droit des biens, op. cit.*, (propos introductifs).

[965] SIMLER (Ch.), *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Préf. CARON (Ch.), Avant-propos REBOUL (Y.), Paris, Litec, Coll. « CEIPI », 2010.

[966] Voir not. : CARON (Ch.), « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP. G*, 2004, I, 162.

[967] MALLET-POUJOL (N.) et ROBIN (A.), « Introduction », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Préf. VIVANT (M.), Aix-Marseille, PUAM, 2007, p. 13.

qu'il accueille nous parviennent ne doit pas voiler sa capacité au renouvellement. Ainsi « le droit des biens est en profonde mutation : il s'adapte et se réajuste sans cesse aux besoins réels du monde contemporain, sous l'effet de la dématérialisation, de l'apparition de nouveaux biens (…) »[968].

L'ancien droit des biens nourrit certaines des disciplines qui l'entourent dans le champ du droit patrimonial. On assiste à une rencontre disciplinaire autour des objets immatériels de l'économie actuelle. L'essor d'un droit de l'immatériel parait créer une certaine mutualité d'idées et de principes. Il existerait, pour la gestion des choses appréhendées juridiquement, un droit commun des biens reposant sur les principes établis par le Code civil et les droits spéciaux des biens avec lesquels il entretiendrait des rapports relativement intimes. Cette proximité a lentement fait émerger autour de l'approche de certains biens meubles incorporels un droit des biens entendu *lato sensu*. Le droit des biens déborde désormais le cadre que lui aurait fixé le Code civil. S'il fournit tout de même le socle théorique, le droit des biens se développe partiellement en dehors de cet ensemble. La période contemporaine qui a vu éclore des objets inédits met à jour une certaine distance entre la réalité et les dispositions du Code. Comme le souligne le Professeur Caron, « l'absence de référence explicite à l'incorporel dans le Code civil prouve bien que le Code Napoléon n'a pas su accueillir en son sein l'une des évolutions majeures du droit privé »[969]. Il ressort de cette perspective que l'étude du droit des biens ne saurait se passer du complément nécessaire des droits dits spéciaux des biens. L'acculturation du droit des biens a nécessairement conduit à sa spécialisation.

---

[968] REBOUL – MAUPIN (N.), *Droit des biens*, *op. cit*., « présentation ».

[969] CARON (Ch.), « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP. G.*, 2004, I, 162, p. 1623.

§ 2 : La spécialisation du droit des biens

La spécialisation du droit des biens est un fait. Elle est un de ses traits actuels. Nombre de dispositions organisant le régime des biens contemporains s'élaborent désormais à l'extérieur du Code civil. Les contraintes qui affectent désormais le domaine des biens et la conception du patrimoine ont conduit à une profonde révision de l'objet du droit des biens. Cette spécialisation n'a toutefois pas conduit à l'émancipation totale des disciplines qui se situent à proximité du droit des biens et de ses principes classiques. Les compétences particulières du droit commun des biens sont avant tout sollicitées quand il s'agit d'assurer la prise en charge juridique du domaine incorporel (A.). Il existe également une forme plus subversive de spécialisation au terme de laquelle, les notions du droit des biens, et particulièrement l'institution de la propriété sont appelées à assumer une fonction spécifique. Une telle instrumentalisation est révélatrice de la socialisation du droit des biens puisqu'elle induit une révision de ses concepts à la faveur d'impératifs nouveaux. L'utilisation contemporaine de la propriété à des fins de garantie est née de la nécessité de faciliter le développement du droit du crédit (B.).

A. La nécessité de prendre en charge juridiquement le domaine incorporel et l'intellectualisation de la propriété

La correspondance qu'entretiennent certains droits dits spéciaux des biens et le droit commun est de nature à livrer une présentation moderne du droit des biens. Socialisé, le droit commun des biens s'assure les services de matières relativement neuves qui appréhendent les biens nouveaux. En retour, les objets et les techniques qu'il développe constituent une référence pour offrir une protection juridique aux valeurs contemporaines.

Le premier phénomène qui semble avoir favorisé une collaboration entre les disciplines est l'insertion de l'immatériel dans le champ juridique. Dans la présentation de leur ouvrage certains auteurs font état de ce rapprochement des matières qui ont en charge le domaine incorporel. On le relève notamment chez les Professeurs Malaurie et Aynès[970] selon lesquels, « le droit des biens est celui de la richesse »[971]. Les auteurs poursuivent dans la dernière édition de leur manuel dédié aux biens[972] en soulignant que « les biens immatériels connaissent un essor continu et deviennent les richesses contemporaines : propriétés intellectuelle, industrielle et commerciale, titres financiers, créances ». Néanmoins au terme de leur analyse ils relèvent qu'en dépit de la complexité croissante des choses juridiques, « les structures fondamentales du droit des biens demeurent ». L'ancien droit des biens s'accommoderait tout à fait de ces métamorphoses.

Dans l'ordre des matières qui accueillent l'immatériel, on constate l'importance du droit de la propriété intellectuelle, domaine qui envisage la protection des créations de l'esprit. La discipline se situe dans l'environnement scientifique direct du droit des biens conçu dans son sens le plus étroit. Malgré ses traits caractéristiques, elle semble donc, en raison de cette proximité, pouvoir être présentée comme une ramification du droit des biens. A ce titre, il paraîtrait même « justifié et souhaitable que la propriété intellectuelle soit rattachée au droit des biens dont elle constitue une branche spéciale »[973]. L'ancrage de l'immatériel dans le champ patrimonial a contribué à la construction d'un droit des biens aux contours élargis. Comme le relèvent certains auteurs, « c'est surtout le droit des biens qui révèle cette profonde unité et ce droit commun de la propriété intellectuelle. Le droit des biens est l'ensemble des règles juridiques qui organisent les relations entre les personnes et les

---

[970] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, Paris, Defrénois, 3ème éd., 2007, « présentation ».

[971] « L'avenir de l'Occident se trouve dans les propriétés intellectuelles et l'immatériel, en perpétuelle évolution, complètent-ils », *Ibid*.

[972] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, Paris, Defrénois, 5ème éd., 2013, « présentation ».

[973] CARON (Ch.), « Du droit des biens en tant que droit commun… », art. préc., p. 1626.

choses. Il s'intéresse donc aux biens qui peuvent procurer à l'homme une certaine utilité et qui sont, en conséquence, susceptibles d'une appropriation privée. Le droit des biens est donc le droit de la richesse. Or à l'aube du XXIe siècle, les richesses sont de plus en plus immatérielles »[974].

Le droit des biens contemporain affiche une physionomie particulière. Le terrain qu'il déploie est plus étendu qu'il n'y parait. Il s'enrichit du domaine de la propriété intellectuelle. Que cette question fasse ou non l'objet d'un traitement disciplinaire spécifique, il convient de relever le bénéfice tiré de la fréquentation et de l'exploration du fonds théorique que constituent le droit des biens et ses outils traditionnels. C'est ainsi que se dessine, dans la doctrine le souhait « de faire sortir le droit de la propriété intellectuelle de son carcan autonomiste pour le relier à son écrin naturel qu'est le droit commun »[975].

Si elle prend, à l'heure actuelle, l'allure d'un constat, l'évocation de ses rapports étroits n'est pas neuve. Elle a déjà été exposée par Renouard[976], qui lorsqu'il relate, à titre d'ouverture de son manuel, l'installation du droit industriel dans le champ disciplinaire juridique, entreprend de l'étudier « dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses »[977]. L'auteur poursuit en indiquant que « le droit industriel est une branche du droit en général (…). Le droit est multiple et successif dans ses détails (…). L'ordre méthodique ne se produit qu'après une longue accumulation de travaux. Les matières d'abord mêlées, se séparent et se distinguent à mesure que les idées s'éclaircissent et se précisent (…). Le droit industriel n'a pas encore complètement conquis son individualité »[978].

---

[974] *Ibid.*, p. 1623.

[975] *Ibid.*, p. 1624.

[976] RENOUARD (A.-C.), *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin et Cie, 1860.

[977] *Ibid.*, p. 1.

[978] *Ibid.*, pp. 8-9

Un siècle après, il n'est pas certain que le domaine des droits d'auteur et des brevets d'invention ait acquis une totale indépendance. Il est naturellement affilié au droit des biens. Plus généralement encore, on relève une certaine dispersion de l'incorporel dans le champ disciplinaire. Cette distribution fait notamment intervenir le droit des obligations pour l'étude des créances, le droit commercial pour l'élaboration des règles relatives au fonds de commerce et le droit de la propriété intellectuelle pour celle des principes touchant au droit d'auteur et aux propriétés industrielles. L'appréhension de l'incorporel suscite des échanges permanents entre le droit des biens et les autres domaines qui l'abordent. D'un côté le premier procure le substrat nourricier sur lequel repose l'accueil des réalités immatérielles par le droit. De l'autre côté, la connaissance des seconds parait éclairer les évolutions du droit des biens au point qu' « on ne peut comprendre le droit contemporain des biens si on les ignore ; ils ont les richesses et les incertitudes d'un droit jeune »[979].

L'installation des propriétés intellectuelles et incorporelles dans le domaine du droit des biens est assurée par le recours à la propriété conçue comme technique juridique. C'est donc le terme même de propriété qui permet la liaison entre le tronc que constitue le droit commun des biens et la branche que forme le droit spécial de la propriété intellectuelle[980]. En effet, même s'il détermine des règles spécifiques, jusque dans la dénomination, dans l'intitulé, le droit de propriété intellectuelle s'élabore en contemplation de la notion de propriété et des techniques d'appropriation. L'expérience a ainsi pu révéler que « l'exemple des *« propriétés intellectuelles »* illustre l'adoption du modèle défini par

---

[979] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, op. cit., n° 229, p. 82.

[980] Pour autant, cette intime association n'a pas invariablement valeur de qualification. Elle offre juste de relever un penchant naturel qui attire vers le droit des biens. Mais « cette appellation officielle est cependant insuffisante à asseoir une qualification légale ; elle a avant tout un caractère historique et symbolique » : ALMA – DELETTRE (S.), « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », *in Propriété intellectuelle et droit commun*, Préf. VIVANT (M.), PUAM, 2007, n° 1, p. 25. Le Débat sur la nature juridique des droits portant sur les créations immatérielles, intellectuelles est encore vif. Nombreux sont encore ceux qui refusent l'idée de toute assimilation à une forme quelconque de propriété : v. p. 27.

l'article 544 du Code civil »[981]. Dans certains autres cas, la démarche à l'œuvre dans l'assimilation des choses immatérielles présente au moins les caractéristiques de l'imitation[982]. Plus généralement en matière incorporelle, « les réponses récentes au double souci de réservation et de commercialisation de biens nouveaux se font dans la considération – faut-il aller jusqu'à parler de fascination ? – de mécanismes de la propriété »[983]. Cette tendance à la « généralisation de la propriété »[984] parait être un indicateur de la vitalité du droit des biens.

Ces observations empêchent, en effet, désormais d'entendre le droit des biens dans un sens restreint et limité aux seules prévisions du Code. Les objets actuels de l'économie ont attrait dans l'espace dédiés aux biens de nombreuses disciplines. Pour autant, le déploiement d'un espace conceptuel autour de l'immatériel n'enlève pas la nécessité de restituer ses spécificités à chacune des matières qui en soutient un des aspects particuliers[985]. Le droit des biens, réduit à ses éléments fondamentaux, n'a pas vocation à absorber ni à assimiler tous les principes qui s'élaborent dans le sein et les contours des autres disciplines. La multiplicité qui s'organise autour de la prise en charge des nouveaux objets doit être maintenue. Elle est seule propre à permettre d'assumer le particularisme qui affecte ces meubles incorporels. Les notions du droit des biens ont encore été

---

[981] MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », art. préc., n° 9, p. 283.

[982] *Ibid*., n° 31 et s.

[983] *Ibid*., n° 55, p. 305.

[984] *Ibid*.

[985] « Un droit des biens trop accueillant à l'égard de l'immatériel risquerait d'engendrer des effets pervers en retirant, à la propriété intellectuelle, sa saveur et en réduisant, comme une peau de chagrin, le domaine public. S'il est certainement judicieux que le Code civil fasse enfin une référence à l'immatériel, encore conviendrait-il que cette dernière se réfère à des régimes spéciaux et encadre les conditions d'accès des biens immatériels à la protection. En revanche, il ne serait pas opportun que la propriété intellectuelle, qui relève en grande partie du droit commercial, soit intégrée au Code civil. Ce dernier doit se contenter d'accueillir des grands principes, tels que celui de la propriété de l'immatériel, sans entrer dans les caractéristiques des régimes de protection qui sont l'apanage exclusif du code de la propriété intellectuelle », CARON (Ch.), « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 1626.

sollicitées pour assurer le développement du droit du crédit. Cette participation ne va pas sans exposer le concept de propriété qui intervient désormais comme une sûreté. L'élargissement des contours du droit des biens est assuré par la valeur instrumentale que l'on accorde aux institutions qu'il accueille. L'actualisation du droit des biens passe donc par une certaine utilisation de ses principes à des fins réalistes. L'instrumentalisation du droit des biens ou de ces principes révèle donc une dimension de sa socialisation.

B. La nécessité de favoriser le développement du droit du crédit et le recours à la propriété à fin de garantie

Il faut remarquer la part croissante et la centralité du crédit dans la vie des affaires[986]. Ces données apportent un éclairage sur certains aspects du droit des biens contemporain. La définition du bien par la valeur nourrit cette nouvelle perspective. Le contexte semble, de plus en plus fréquemment, inviter à la participation du droit des biens à la construction d'un droit du crédit. Au terme d'une conception actualisée de la notion de bien, on assiste à une présentation selon laquelle, la fonction de garantie des biens est largement soulignée[987]. Par voie de conséquence, les hypothèses dans lesquelles la propriété vient garantir l'insolvabilité du débiteur se multiplient. Le phénomène a pour effet d'attraire la propriété dans le champ des sûretés et de la faire advenir sous le jour d'une simple technique. Le droit des biens, à raison des objets, des mécanismes et des notions qu'il accueille, semble former la scène où se joue, pour partie, l'avenir du droit des sûretés. Cet état prescrit d'envisager le droit comme un ensemble élargi. Cette conception extensive de la discipline « droit des biens » a fait évoluer la propriété de manière significative. Elle

---

[986] V. sur ce sujet not. : CATALA (P.), « La transformation du patrimoine… », art. préc, et VOIRIN (P.) « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique »,art. préc., pp. 102 et s.

[987] V. not. BERLIOZ (P.), « La notion de bien », th. préc., 2nde partie.

participe de la socialisation du droit des biens puisqu'elle révèle que cette évolution des limites du droit des biens dépend étroitement d'impératifs concrets qui le dépassent.

Ces dernières années, la pratique ainsi qu'une intervention législative en faveur du réordonnancement des sûretés ont réhabilité la propriété comme technique de garantie. L'insertion, par l'ordonnance du 23 mars 2006, des articles 2284 et 2285 en tête d'un livre quatrième du Code civil[988] parait consacrer une nouvelle étape dans l'évolution de la définition du bien au terme de laquelle on peut constater, (peut-être insérer que assez révélateur du rôle assigné aux biens) que celui-ci développe la qualité particulière d'être perçu comme déterminant l'assiette d'une sûreté. Par suite, la propriété peut également représenter le siège d'une garantie[989]. C'est ainsi que le mécanisme de la réserve de propriété a pu récemment pénétrer le Code civil[990]. La propriété-garantie peut d'ailleurs être une sûreté mobilière ou immobilière. La loi du 19 février 2007 admet que la fiducie puisse avoir une telle fonction de sûreté[991]. On voit donc l'apparition d'un climat, dans lequel la propriété semble instrumentalisée. Elle affiche une certaine finalité et vient offrir l'assurance du paiement du créancier par l'acquéreur ou le débiteur. L'idée amène le droit des biens tant à la fréquentation du droit des obligations qu'elle ne l'inscrit dans le voisinage du droit des sûretés.

Il faut pourtant admettre que ces alliances ont toujours été suggérées. Une telle conception n'est pas entièrement neuve. Elle transparaît déjà dans les dispositions mêmes du code civil. Il résulte, en effet, de la combinaison des articles 2284 et 2285 que le bien développe dans le Code une fonction particulière. L'article 2284 indique que « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et

---

[988] « Des sûretés ».

[989] Cette identification du bien à la propriété semble d'ailleurs favorisée par une certaine méprise qu'installe le Code à travers l'intitulé de son livre II « Des biens et des différentes modifications de la propriété ». Les rédacteurs ont, en effet, adopté un « langage [qui] parait impliquer déjà une confusion entre bien et propriété » : BATTIFOL (H.), « Problèmes contemporains de la notion de biens », art. préc., p. 9

[990] Art. 2367 à 2372.

[991] Art. 2372 et s.

immobiliers, présents et à venir ». Dans cet ordre, le bien doit pourvoir au désintéressement des créanciers et être établi en qualité de substitut de la personne dans l'exécution de ses obligations et de ses dettes. Le mécanisme est simple, c'est par la saisissabilité qui le caractérise que le bien peut remplir cet office. Ainsi que l'explique Monsieur Berlioz, au fil de sa démonstration, si le bien est, au sens général, indépendamment de sa forme, une chose appropriable, il est également une chose saisissable. Cette saisissabilité procède de sa détermination. Elle est le « véritable révélateur des biens »[992].

Le Code est semble-t-il le ferment de cette proximité entre les termes biens et créances qu'il mêle au sein d'une proposition. L'article 2285 annonce, en effet, que « les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ». Le texte n'est, en réalité, qu'une reprise du principe originellement énoncé à l'article 2093 du Code civil. La formule livre une indication majeure sur la finalité des biens. Elle parait donc, dans ce cadre, pouvoir recevoir valeur de définition[993]. Autant dire, que dans l'esprit de ses rédacteurs du Code, cette fonction de garantie participe déjà bien de la nature constitutive des biens qu'il s'agit d'appréhender. Elle en forme l'essence[994].

L'importance du bien semble encore accentuée par un autre des vertus qu'il affiche. Le bien offre, en effet, une certaine protection à la personne du débiteur. Il constitue, en quelque sorte un rempart pour sa liberté dans la mesure où notre système organise le report de l'exécution de son engagement sur ses biens. La conception moderne du patrimoine invalide donc l'hypothèse d'un strict cloisonnement entre personnes et biens. Si les biens sont toujours distincts de la personne, ils apparaissent tout de même mêlés aux évènements de sa vie juridique. Du point de vue du droit, c'est l'obligation qui assure une

---

[992] BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, th. préc., n° 681, p. 223.

[993] *Ibid*., n° 653, p. 213

[994] *Ibid*.

telle médiation. Par certains aspects c'est l'exposition patrimoniale qui assure la présentation de la personne, au plan juridique. Le processus a été décrit par M. Xi Faras, selon lequel il faut considérer que « l'émergence de la théorie moderne du patrimoine est un évènement de toute première importance, puisqu'en tant que gage des créanciers, il concentre l'obligation sur les biens du débiteur, corrélativement à la déresponsabilisation de la personne, considérée comme unie à son corps propre, progressivement frappé d'insaisissabilité. On voit que cet événement suppose certes la condamnation morale de la saisie de la personne elle-même, mais encore que soit établi entre la personne et ses biens un lien assez solide, pour ne pas dire intime, pour qu'on puisse considérer qu'ils répondent d'elle, et sont comme ses représentants sur la scène juridique »[995].

Il ressort des bases sur lesquelles repose le droit des biens une certaine sensibilité de la discipline aux domaines avoisinants des sûretés et des obligations. C'est le concept de propriété qui est principalement affecté par ces rapprochements. On voit une multiplication des mécanismes visant à garantir l'exécution de la dette trouvant pour assise la propriété. Par la charge et la force symboliques qui lui sont assorties, la propriété semble, en effet, la meilleure des garanties[996]. Elle apparaît alors, sous certains aspects, comme une technique assez neuve de crédit. La propriété constitue le point de rencontre entre les matières. On assiste toutefois à la production d'un phénomène différent de celui décrit précédemment et qui a permis de fédérer autour de l'immatériel. Ici, la propriété semble atteinte dans sa structure même[997]. Il découle de son installation comme sûreté une certaine ambivalence de la propriété. La notion pourrait recevoir une signification différente en fonction de la position de laquelle elle est étudiée. On constate un réel

---

[995] XI FARAS (M.), *La propriété, étude de philosophie du droit*, th. préc., p. 254

[996] CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, Préf. GOBERT (M.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 248, 1995, n° 81, p. 68.

[997] « L'évolution du droit de propriété à raison de la dématérialisation de son objet et de l'extension corrélative de son domaine d'application avait déjà été abondamment soulignée mais cette fois ce serait le contenu même du droit de propriété qui serait modifié » : *Ibid*., n° 4, p. 5.

démembrement de la propriété qui consisterait à repartir entre le créancier et le débiteur : la « propriété de la valeur » et la « propriété de l'utilité »[998]. Les dangers d'un tel dédoublement ont déjà été dénoncés[999]. Dans ce système, la propriété apparaît réduite à une expression purement instrumentale. Elle se présente sous un jour essentiellement fonctionnel.

La variation des contours du droit des biens en raison des nécessités du crédit n'est pas sans exposer ni déformer les notions qu'il reçoit. Entendu dans son sens le plus large et construit sur les assemblages que suggère l'édification du droit du crédit, le droit des biens connait un nouvel élan. On relève une modification de son périmètre et plus généralement de son contenu. Autour du noyau que forme droit des biens au sens étroit d'autres disciplines s'imbriquent et s'enrichissent. Les alliances sont devenues à ce point fondamentales qu'il est aujourd'hui permis de douter de l'existence d'un droit des biens qualifié de *stricto sensu*. Le droit des biens est un complexe élargi qui fait intervenir les divers champs évoqués. Il semble, en effet, possible de souscrire à une classification doctrinale qui vise à considérer un domaine assez vaste qui consacre certaines associations. Le droit des biens, dans son allure actuelle, pourrait être entendu sous la dénomination de droit civil économique qui comme il a déjà été précisé : « Le droit civil économique a pour objet les *biens*, au sens strict du terme, et les *obligations* qui sont des moyens techniques qui permettent de manipuler les biens. Il convient d'y ajouter un élément complémentaire : les *sûretés* »[1000].

---

[998] CROCQ (P.), « Dix ans après : l'évolution des propriétés-garanties », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, n° 23, p. 357.

[999] « Aligner en partie le régime de la propriété-garantie sur celui des sûretés réelles traditionnelles, comme le font le législateur et la jurisprudence, revient à prendre le risque de ne plus considérer la propriété sûreté que comme un droit de propriété structurellement réduit à raison de sa finalité et, dès lors, à ne plus bien percevoir la différence existant entre propriété propriétés-garanties et sûretés réelles traditionnelles ce qui, à terme pourrait aboutir à la consécration d'un nouveau démembrement de la propriété lequel profiterait essentiellement au débiteur », *Ibid*., n° 24, p. 358.

[1000] AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, 12ème éd., 2008, p. 252.

Conclusion du Chapitre 2 :

Il apparaît qu'en « voulant saisir la propriété, c'est-à-dire la relation entre l'homme et la chose, le législateur a en réalité décrit les choses matérielles même si c'est d'une manière abstraite et générale »[1001]. En atteste notamment, la distinction imposée, par l'article 516, entre les choses mobilières et immobilières, qui met en œuvre un critère physique, matériel. Une telle disposition paraît anéantir l'effort d'abstraction entrepris pour qualifier de biens certaines réalités virtuelles. L'établissement de l'immatériel au cœur du droit des biens a légitimement conduit à mettre l'épreuve les possibilités d'adaptation des catégories définies par le Code civil. L'insertion des biens nouveaux dans les cadres existants apparaît encore délicate. C'est la raison pour laquelle, en marge du Code, certaines divisions plus réalistes se sont développées. L'accueil des valeurs nouvelles ne peut s'accomplir qu'à la faveur d'un réagencement des catégories existantes et de l'élaboration de cadres adaptés aux richesses récentes. Il ne faut donc pas se laisser abuser par l'apparente stabilité des concepts du droit des biens. La métamorphose de l'objet approprié et de la finalité de la propriété a provoqué des bouleversements sensibles au sein de la discipline. La réception de l'immatériel amène régulièrement les auteurs à miser sur le potentiel d'acculturation du droit des biens. On envisage également la possibilité d'asseoir celui-ci sur une base élargie.

Conclusion du Titre 1 :

L'objet du droit de propriété, la *res* n'implique pas la nécessité d'une substance tangible[1002]. La conception romaniste de la propriété est désormais abandonnée. L'idée

---

[1001] DROSS (W.), « La valeur, moteur des nouveaux biens de l'entreprise », art. préc., p. 3.

[1002] CATALA (P.), « L'immatériel et la propriété », *in Le droit et l'immatériel*, *op. cit.*, p. 61

selon laquelle la propriété s'accorderait difficilement avec l'immatériel et reposerait sur la matière semble dépassée. La tendance est à vouloir faire entrer dans le domaine *de l'avoir* les richesses dont une personne s'empare et possède la maîtrise. Dans cette perspective, la propriété est une constante, elle est une référence dans le cadre de la « mise en jeu sociale »[1003] des choses. Elle donne un cadre qui doit permettre de régir les relations aux biens les plus variés. La propriété est davantage conçue comme le mode privilégié d'organisation de la relation aux choses que comme un faisceau de prérogatives. Aujourd'hui, on propose d'étendre le domaine de la propriété à la force de travail bien que l'*abusus* fasse défaut[1004]. Si la propriété est préservée dans son essence, elle devrait avoir vocation à embrasser la pluralité des biens actuels. Dans cette analyse, la propriété agit comme un « modèle »[1005], elle est plus qu'un droit. La référence à la propriété est récurrente pour appréhender les biens nouveaux. La propriété est une notion accueillante. Cette « surdétermination de la relation aux biens »[1006] porte même parfois à soumettre à l'empire de la propriété des situations qui devraient y échapper. Le changement dans la perception du concept de propriété affecte l'assiette que l'on attribue à celle-ci. Elle est, à la source, d'une recomposition du domaine de l'appropriation. Un examen des conditions dans lesquelles la propriété s'exerce révèle pareillement une des directions probables de la socialisation du droit des biens.

[1003] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 11, p. 311.

[1004] Voir REVET (Th.), *La force de travail* ..., op. cit., pp. 394 et 612. L'auteur s'en tient au concept de « quasi-propriété » pour désigner la relation à la force de travail.

[1005] MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », art. préc., pp. 281 et s.

[1006] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 11, p. 311.

Titre 2nd : La socialisation du droit des biens révélée par les principes relatifs à l'exercice du droit de propriété

Les règles relatives à l'exercice de la propriété sont susceptibles de participer à l'actualisation du droit des biens. Cette proposition peut paraitre singulière. Il n'est pas évident d'admettre que l'institution de la propriété soit au cœur du renouvellement du droit des biens alors même que le principe de la propriété individuelle est une constante de l'histoire de la discipline, au moins depuis l'élaboration du Code civil. Néanmoins, si la structure[1007] s'est maintenue la propriété a, tout de même, été touchée dans son rayonnement. Elle est désormais prise dans une série de contraintes qui agissent sur la portée des pouvoirs qu'elle confère. L'évolution actuelle de la propriété s'accomplit dans le sens de sa socialisation. On ne saurait apprécier la capacité du droit des biens à se régénérer sans se rapporter à la question de la propriété et sans avoir égard à l'état de la propriété. Comme l'ont souligné certains, « c'est à partir d'elle, et dans son prolongement, que l'on pourra apprécier le potentiel de rénovation du droit des biens »[1008].

L'un des défis du droit des biens actuel est d'accorder le caractère social de la propriété et son usage privé. Par le biais de la jouissance, la propriété est assise sur l'exclusivisme tant à l'égard de la chose qu'à l'endroit des tiers qui voudraient s'en emparer sans droit. Néanmoins, le propriétaire contemporain n'agit pas séparément, il n'est pas un solitaire. Dans l'analyse actuelle, le propriétaire est comptable de l'utilisation de son bien et de l'exploitation de son domaine. La propriété individuelle n'est pas une propriété individualiste, elle est assortie de devoirs. Même individuelle, la propriété révèle une

---

[1007] « Tel est du reste l'étonnant paradoxe de la matière : le détail s'est sclérosé quoique la structure ait admirablement résisté ; et dans cette charpente, la propriété demeure la poutre maîtresse - une pièce sur laquelle le temps semble n'avoir pas de prise. La propriété individuelle persiste dans son être de manière exemplaire (…) » : LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 6, p. 303.

[1008] *Ibid*.

dimension plurielle elle porte à envisager les droits concurrents et équivalents. Elle s'exerce nécessairement en considération d'une communauté, plus ou moins large, ou de l'intérêt général. La tendance contemporaine est à la réactualisation du principe de la propriété privée, pour le replacer « à la hauteur de notre temps »[1009]. Il s'agit de déterminer les contours dans lesquels le droit de propriété est admis à s'exercer, en limitant, à la faveur d'un intérêt supérieur, le droit subjectif de propriété (Chapitre 2.) ainsi qu'en délimitant, par rapport au reste de la communauté des propriétaires, les pouvoirs dont le titulaire du droit de propriété est investi (Chapitre 1.).

[1009] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 76, pp. 54 et 55.

Chapitre 1 : La délimitation des droits du propriétaire sur la chose appropriée

Le principe de l'appropriation privée suppose que l'on s'attache à réserver à chacun un domaine. Il importe ensuite de régler l'usage que chaque homme fait de sa portion de propriété. Ce sont des considérations essentiellement réalistes qui président à l'élaboration d'un régime de la propriété. L'étude des caractères et des attributs de la propriété n'est donc pas une pure question dogmatique. La propriété se réalise et s'organise à la faveur de fins précises. L'attribution d'un part de propriété est un souci permanent qui donne sens et relief à la vie de chaque individu. Le thème de la répartition de la propriété est fondamental. Dans l'analyse, il doit intervenir avant même toute interrogation relative aux pouvoirs donnés sur la chose appropriée. Les ressorts guidant l'analyse de l'institution sont éminemment concrets. Ainsi que l'indique Carbonnier, il faut retenir, qu' « à qui veut atteindre l'institution dans sa vérité totale, autant que la structure de la propriété importe sa répartition »[1010].

La revendication de prérogatives équivalentes sur les biens soumis à l'appropriation implique que la propriété et les droits qu'elle confère à son titulaire soient précisément délimités. C'est la condition de l'exercice social du droit de propriété. En effet, l'attribution en propre d'un bien, n'a pas pour effet d'installer le propriétaire dans une relation exclusive à l'objet. Le droit qu'il détient le ramène à la fréquentation de sujets titulaires de droits d'égale teneur. L'usage exclusif de la propriété doit donc être organisé pour qu'il ne dégénère pas en abus. Pour des raisons d'ordre social, l'exercice exclusif de la propriété (Section 1.), qui est de la composition de la socialisation du droit, ne saurait autoriser le propriétaire à user de son droit avec excès (Section 2.).

[1010] CARBONNIER (J.), *Flexible Droit …*, *op. cit.*, p. 197 ; l'auteur indique encore : « accaparés par le brillant de l'article 544, nous avons cru que les attributs de la propriété étaient les seuls dignes de notre philosophie (…). Le résultat est que nous ne saisissons jamais dans nos raisonnements que la propriété acquise, une tranche de propriété, abstraite dans son commencement, insouciante dans sa fin » : ibid.

Section 1 : L'exercice exclusif de la propriété

Il y a derrière la notion d'exclusivité l'idée d'une certaine fermeture, à toute incursion, à toute pénétration extérieure. C'est la proposition qui suit, en effet, instinctivement, l'évocation du terme. L'exclusivité bannit toute référence au partage[1011]. Les tiers n'ont pas part à prendre à l'utilité d'une chose appropriée. Soustraite à l'usage commun, la chose n'appartient qu'à un seul. Au plan juridique l'action en revendication réservée au propriétaire pour défendre sa propriété, est tout à fait propre à traduire une telle idée. En effet, « le propriétaire est le seul procureur de son domaine, le seul « représentant attitré » de la chose »[1012].

Il apparaît alors délicat de concevoir une combinaison dans laquelle les idées d'exclusivité et d'altérité seraient mêlées. C'est davantage leur antinomie qui frappe d'emblée. Pourtant, rapportée à l'hypothèse de l'attribution et de l'exercice des droits réels, cette première analyse de l'exclusivité semble assez rapidement invalidée. La thématique de l'appropriation exclusive plonge, contre tout raisonnement hâtif, l'individu au cœur des relations sociales. En réalité la propriété ne se manifeste pas dans le rapport du propriétaire à la chose mais elle se dévoile à travers la relation qu'entretient le propriétaire avec les autres, relativement à chose. Un examen plus approfondi sur le sens de l'exclusivité du droit de propriété révèle que dans ses fondements elle revêt une dimension sociale (§ 1.). A l'heure actuelle, la notion d'exclusivité est l'objet de considérations assez neuves. Il était, en effet, nécessaire d'ajuster les traits caractéristiques de l'exclusivité à l'exploitation des valeurs immatérielles. L'évolution contemporaine de la notion d'exclusivité (§ 2.) met en relief l'adaptabilité des principes du droit des biens aux réalités

---

[1011] *Dictionnaire Le petit Robert* , v° « Exclusivité » : « Caractère de ce qui est exclusif, sans partage ».

[1012] ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 74, p. 109.

nouvelles. Plus largement, la notion d'exclusivité que l'on rencontre en abordant la propriété permet l'évolution du droit des biens dans le sens de sa socialisation.

§ 1 : Les fondements sociaux de l'exclusivité du droit de propriété

Par l'effet de l'exclusivité que l'on attache à l'exercice de son droit, le propriétaire est assuré de jouir privativement de son bien. L'exclusivisme est donc au cœur de la notion de propriété. L'exclusivité forme l'essence de la propriété privée (A.). Cette proposition offre une première prise à une conception sociale de la notion d'exclusivité. Elle est posée en faveur d'une délimitation des pouvoirs de chaque individu sur le monde des choses disponibles. Egalement, en s'appropriant une chose, l'homme la soustrait à l'usage commun pour l'appréhender de manière privative. Le caractère exclusif du droit de propriété suggère un rapport aux autres. Dans ce sens, c'est par le prisme de l'exclusivité que la propriété, peut être conçue comme une modalité d'activation du lien social (B.).

A. L'exclusivité : essence de la propriété privée

Une répartition efficace des biens ne peut intervenir qu'au terme d'un rapport exclusif à la chose. La vocation à recevoir une portion de propriété est une condition de la paix sociale[1013]. L'exclusivité imprime, dans ce sens, à la propriété une dimension éminemment sociale. Dans la conception contemporaine[1014], l'exclusivisme est un trait essentiel de la propriété.

[1013] Charmont indique, dans cette perspective, que tout être humain doit recevoir « sa part de droit » *in* « La socialisation du droit », art. préc., p. 380.

[1014] « Il est (…) nécessaire de renoncer au triptyque légué par la tradition pour comprendre la propriété dans son cadre juridique contemporain. Ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui

L'exclusivité est de la composition même du droit de propriété. Elle établit un rapport privatif et confère au propriétaire la faculté d'exclure, c'est-à-dire de faire échapper la chose au pouvoir de toute autre personne[1015]. Il faut, en effet, concevoir comme l'indiquent certains auteurs que « l'approprié, c'est le réservé »[1016]. Si l'on associe à la notion de propriété un caractère exclusif c'est, qu'en toute hypothèse, celle-ci s'exerce sans partage. Cette analyse est confirmée par l'articulation interne et l'étymologie du terme « propriété ». Le mot contient, en lui-même, l'élément de nature à suggérer cette exclusivité : l'adjectif « propre »[1017]. Etre propriétaire d'une chose, c'est la détenir en propre. La notion de propriété impose cette relation privative. Cette idée est déjà exposée avec une grande clarté dans les développements de certains juristes de la fin de l'Ancien régime. Pothier, en effet, définissait dans son *Traité* la propriété comme « le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres »[1018].

L'exclusivité relève donc de la nature constitutive de la propriété. Elle est une « qualité essentielle de la propriété »[1019]. « La propriété, poursuit Ginossar, n'est donc autre chose que la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne »[1020]. Certains ont même explicitement pointé les limites de la présentation classique de la propriété pour découvrir dans l'exclusivité le noyau de la propriété. Selon

---

que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses (…) » : ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD. Civ*, 1993, p. 316.

[1015] ZENATI (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, *op. cit*., p. 315 et s.

[1016] ATIAS (Ch.), *Droit civil*, *Les biens*, *op. cit*., n° 55, p. 77.

[1017] Voir sur ce point : DE VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de propriété », *RTD. Civ*., 1905, n° 8, p. 447.

[1018] *Œuvres,* T. 10, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, n° 4.

[1019] GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété, créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, p. 335.

[1020] *Ibid*.

eux, il faut retenir que « l'exclusivité est l'essence de la propriété et pas seulement un de ses caractères »[1021]. L'exclusivité permet l'exercice de toutes les prérogatives attachées à la propriété. Le propriétaire peut retirer, sans aucune autre limite que celles prévues par la loi toutes les utilités du bien[1022]. C'est ce qui paraît d'ailleurs expliquer que, dans la conception révolutionnaire, ainsi que le souligne F. Zenati, la propriété « est plus un espace qu'un contenu. A l'intérieur de la muraille que constitue l'exclusivité, tout est possible »[1023]. La centralité de la notion d'exclusivité introduit également, en matière immobilière, l'importance de la clôture au sens de l'article 647 du Code civil[1024]. Assise sur l'exclusivité, la propriété repose sur le rapport d'exclusion qui l'accompagne. Cette conception suppose de consacrer juridiquement la liberté de poser des limites physiques à l'exercice du droit de propriété. Dans cet ordre, le droit de se clore apparaît comme le pendant du droit de propriété.

Dans ces contours, la propriété offre la représentation du droit réel dans toute sa puissance[1025]. Elle exprime l'idée de plénitude. La propriété supporte « un droit collectif »[1026], au sens commun du terme. Elle annonce, en effet, un certain cumul, une concentration, entre les mains du propriétaire, des utilités du bien et des prérogatives dont celui-ci peut être l'objet. « La propriété, peut-on ainsi lire, c'est ce qu'il reste quand rien n'a été retranché dans le rapport direct qui unit la personne et la chose, quand rien n'a été

[1021] ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie juridique du droit subjectif*, th. dactyl., Université Jean Moulin, Lyon III, 1981, T. 2, n° 399, p. 541.

[1022] ZENATI (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, *op. cit*, p. 315

[1023] ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc., p. 315.

[1024] « Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682 ».

[1025] V. à ce propos : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° « Propriété » : « Employé seul, désigne la propriété privée – droit individuel de propriété – et la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel : droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi ».

[1026] DE VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de propriété », *RTD. Civ.*, 1905, n° 8, p. 447.

oublié dans l'énumération des pouvoirs concevables »[1027]. Suivant cette logique, la propriété c'est le droit d'exercer une emprise complète sur un bien, c'est « un pouvoir juridiquement protégé sur une chose »[1028].

En réalité deux aspects, l'un positif, l'autre négatif, de la définition de la propriété découlent de cette idée d'exclusivité. Selon un premier versant positif, elle évoque, dans un cadre défini, la totalité au profit du propriétaire des pouvoirs sur la chose. Selon le second, négatif, elle implique, dans le même temps, le droit d'exclure les autres.

Les auteurs insistent sur l'importance de ce dernier élément de définition qui semble déterminer en pratique la réalisation concrète de la somme des prérogatives indiquées. Chez les sociologues, la force de cette idée apparaît assez nettement. Pour Durkheim notamment, « ce n'est (…) pas la détermination positive des pouvoirs qu'implique la propriété qui saurait définir cette dernière. (…) Le droit de propriété consiste essentiellement dans le droit de retirer une chose de l'usage commun. Le propriétaire (..) est fondé juridiquement à empêcher autrui d'en user et presque d'y toucher. Le droit de propriété se définit beaucoup plus par un côté négatif que par un contenu positif, par les exclusives qu'il implique que par les attributions qu'il confère »[1029]. Si l'on considère la prééminence de ce second élément, socle profond de la composition de la propriété, il paraît étonnant de constater le défaut de toute mention relative à l'exclusivité aux termes de l'article 544 du Code civil[1030]. L'exclusivisme relève pourtant, dans la conception contemporaine, de l'essence même du droit de propriété. Il semble désormais acquis qu'il est inhérent à la définition de la propriété.

[1027] ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens*, *op. cit*., n° 95, p. 75.

[1028] FABRE-MAGNAN (M.), « Propriété, patrimoine et lien social », n° 8, p. 589.

[1029] *Leçons de sociologie*, *op. cit*., pp. 171 et 172.

[1030] « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ».

Faut-il, pour autant, comme nous y invitent certains auteurs[1031], déplorer le caractère inachevé de la définition légale ? En réalité non puisque, la proposition qui se rapporte à l'évocation de la propriété contient bien, en son sein, cette idée d'exclusivisme. Comme l'indique, en effet, Carbonnier, « on critique toujours la définition de l'article 544 comme incomplète, parce qu'elle ne mentionnait pas l'*exclusivité* comme caractère essentiel de la propriété, côté de l'absolutisme. A la vérité, ce trait est impliqué dans le mot même de propriété »[1032]. Il convient donc certainement de trouver dans cette tournure l'allure d'une ellipse. Le droit de propriété confère, par principe, des prérogatives purement individuelles et privées. L'état de la définition apportée par le législateur parait, par ailleurs, toujours en conformité avec l'individualisme fondamental qui a présidé à l'élaboration du Code civil. Cet exclusivisme est constitutif et, partant, toujours suggéré. Dans un tel contexte idéologique, il accompagne nécessairement toute référence à la notion de propriété.

S'il résulte des dispositions actuelles que l'exclusivisme du droit de propriété n'apparaît pas de manière explicite dans le Code civil, l'avant-projet de réforme du droit des biens propose d'y remédier. Il s'agirait d'inclure dans le nouvel article 534 du Code civil, lequel interviendrait en remplacement de l'article 544, une première proposition, en quelque sorte liminaire, au terme de laquelle il serait ajouté que le droit de propriété est « exclusif et perpétuel »[1033]. Ces aspects fondamentaux pourraient donc bien pénétrer textuellement l'institution. C'est ensuite, naturellement, l'énonciation des trois pouvoirs que confère le droit de propriété (*usus*, *fructus*, et *abusus*) qui compléterait la formule. On constate que l'exclusivité commande tout. Dans cet ordre d'apparition, les attributs classiques doivent être considérés, comme il a déjà été avancé, « comme les avantages consécutifs à

[1031] Voir notamment : RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, T. I, *Principes généraux, Personnes, Biens*, Paris, LGDJ, 1950, 5ème éd., n° 2715, p. 920.

[1032] *Droit civil*, *Les biens*, *op. cit*., n° 68, p. 140.

[1033] V. PERINET-MARQUET (H.) (dir.), *Propositions de l'Association H. Capitant…*, op. cit., p. 42.

l'exclusivité »[1034]. Cette présentation légale pourrait avoir pour effet d'installer l'exclusivité au premier rang des éléments de la définition du droit de propriété. Elle aurait le mérite d'indiquer clairement quel est l'objectif qui sous-tend toute entreprise d'appropriation, car avant toute chose, « ce qui compte pour qu'une chose soit un bien et donc un objet de propriété c'est-à-dire de droit subjectif, ce n'est pas qu'elle soit saisissable et aliénable, mais simplement que l'on envisage l'utilité de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en disposer »[1035]. Elle offrirait l'avantage de mettre en avant la destination sociale de la propriété. C'est, en effet, principalement autour de cette appropriation et de cette première étape relative à l'attribution de la propriété qu'il faut chercher l'ébauche et le ferment du lien social. La faculté d'exclure qui résulte de l'appropriation amène à la fréquentation de l'autre. L'exclusivisme est donc de nature à révéler la dimension sociale qui anime tout projet relatif à la propriété. La socialisation naît naturellement de la conciliation de ces antagonismes et de l'arbitrage des intérêts concurrents.

B. La participation de la notion d'exclusivité à l'activation du lien social

Le lien social tient dans ce que les individus ont « part à prendre » à la société. Il ne faut pas mésestimer la puissance suggestive de cette expression. Elle doit, en effet, être entendue dans son sens propre. L'individu collabore et contribue au lien social dans la mesure où il a part à prendre à l'appropriation. C'est, *in fine*, l'attribution d'une part de propriété qui semble être la condition essentielle de sa participation. Dans ce sens, la propriété poursuit une finalité socialisante. Cette conception donne également un relief particulier aux fondements du système social. On assigne à la société un rôle essentiel

---

[1034] ZENATI (F.), *Les biens*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988, p. 106.

[1035] ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété…,* th. préc., t. 2, n° 571, p. 788.

dans le développement des relations que les individus entretiennent. La société distribue et répartit. Comme l'indique Paul Ricœur, « à la société on prend part, en tant précisément qu'elle répartit des parts. (…) La société certes, a une structure de base : elle est un tissu d'institutions ; mais toute institution distribue des parts à des personnes réelles. L'objet de l'idée de justice est ainsi la structure distributive –mutualiste – du phénomène social de base »[1036].

C'est la quête d'une part qui stimule l'activité et les associations humaines. Il faut, en effet, concevoir que si « la propriété jaillit de la communauté »[1037], en retour « la conquête de l'exclusivité est permanence »[1038]. L'action de s'approprier une chose vise à la soustraire à l'usage commun pour l'appréhender privativement. L'exclusivité du droit de propriété constitue le premier élément du rapport aux autres. Par principe, attribuer une part de propriété à quelqu'un conduit à en priver les autres. Cette analyse repose sur la conception révolutionnaire de la propriété. On relève toujours à l'heure actuelle, une sorte de résistance historique à l'égard de toute forme d'association et de communauté dans l'appropriation. Cette présentation a d'ailleurs fécondé certains des principes consacrés par le Code civil. On apprend ainsi, à la lecture de l'article 815[1039] que la situation d'indivision, dans laquelle peuvent se trouver plusieurs propriétaires ayant des droits identiques sur la chose considérée, est un état tout à fait précaire. A l'origine le mécanisme, appelé à entrer en application dans des hypothèses relativement limitées et à régir les évènements accidentels de la vie, consacrait un rapprochement tout à fait provisoire. Au terme de la définition donnée par le législateur, l'indivision n'est donc envisagée que sous l'angle de son extinction. C'est le partage qui est en vue. Cette image

---

[1036] RICOEUR (P.), « Le cercle de la démonstration », in *Individu et justice sociale, Autour de John Rawls*, AUDARD (C.) (dir.), préf. F. TERRE, Paris, Ed. du Seuil, 1988, p. 131.

[1037] ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc., p. 316.

[1038] *Ibid*., p. 317.

[1039] « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ».

apparaît au terme même de la dénomination. L'indivision décrit une situation d'attente vers la division. On pourrait, tout de même objecter, que l'indivisaire n'en est pas moins propriétaire exclusif de sa part. Il n'empêche que la méfiance l'emporte. Le raisonnement est tout à fait caractéristique de la persistance d'une tendance qui vise à expurger la propriété de toutes les menaces liées à l'idée de concurrence.

Il demeure donc, que c'est en ayant l'assurance d'une délimitation efficace de sa part que l'individu participe au lien social. L'exclusivité du droit de propriété constitue le premier élément du rapport aux autres. On enseigne traditionnellement que la propriété est un droit réel. Il découle de cette présentation, une affirmation qui semble confortée par l'étymologie du qualificatif. La propriété engagerait uniquement l'homme dans un rapport immédiat avec la chose qui en est le support. Cette perspective offre au propriétaire un point de vue détaché de toute autre espèce de fréquentation. Une telle construction suggère un rapport à la chose exclusif de toute autre relation. C'est seulement en considération de la chose que le droit de propriété s'élabore. On rencontre d'ailleurs, dans les manuels, une présentation assez particulière de l'exercice du droit de propriété qui porte à n'envisager que les pouvoirs du propriétaire sur la chose. Cette analyse se révèle finalement assez peu féconde. Elle n'est pas propre à montrer la nature, l'étendue et la profondeur du lien qu'implique l'exercice du droit de propriété. L'essence sociale de la propriété est révélée par la qualification que livre l'article 544 du Code civil. Ce texte conçoit la propriété comme un droit. Il prescrit ensuite la jouissance suivant l'expression : « la propriété est le droit de jouir (…) des choses (…) ». Ces données structurelles laissent entrevoir la dimension sociale de la jouissance et de la propriété.

La jouissance est un droit, c'est ce qui lui confère son empreinte sociale. C'est encore la notion d'exclusivité qui permet d'apporter un tel éclairage. L'exclusivité du droit de propriété impose de pouvoir opposer cette jouissance aux autres. La propriété est un droit et donc un lien social. La référence à la jouissance indique que la simple relation entre l'homme et la chose ne saurait exister à l'exclusion de toute autre. La propriété doit davantage être envisagée comme un rapport entre sujets qu'un rapport entre une personne

et une chose[1040]. Comme le soulignent certains auteurs, « l'idée même d'un lien juridique direct qui ne concernerait qu'une personne et une chose (…) est absurde. Un lien juridique ne peut unir (réunir) que deux ou plusieurs personnes. Sur une chose il est possible d'avoir un pouvoir, et même un pouvoir juridiquement protégé, mais le lien juridique institué par cette protection concerne et implique nécessairement autrui. La propriété, comme tous les droits, est un lien social »[1041]. C'est au terme d'une réflexion identique que Ripert conclut que « *le droit réel n'est pas un droit sur la chose* »[1042]. Dans cet ordre, l'idée d'un « « tête-à-tête » du propriétaire avec sa chose »[1043] mérite, en effet, d'être instantanément réfutée. La propriété est une relation. Elle déborde nécessairement ce cadre étroit. En tant que jouissance, elle induit des rapports sociaux. Une situation donnée ne saurait se concevoir sous l'aspect d'une jouissance que si elle permet l'organisation d'une répartition entre droits et obligations. Ce partage détermine une certaine posture. Celui qui a la détention de la chose est titulaire d'un droit ; les autres qui ne détiennent rien sont soumis à des obligations à l'égard de la chose, et, avant tout, par le biais de la chose, à l'égard de son propriétaire. Ripert souligne ainsi finalement qu' « on ne saurait comprendre un droit existant entre une personne et une chose ; un droit ne peut exister qu'entre des personnes, parce qu'à tout droit du côté actif correspond nécessairement une obligation du côté passif ; or la chose ne saurait avoir de devoirs »[1044].

Il apparaît que le thème de l'exclusivité convoque instantanément les notions de réciprocité et d'altérité. Le droit de propriété révèle alors une dimension sociale. C'est

---

[1040] ZENATI (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, *op. cit*, p. 316.

[1041] FABRE-MAGNAN (M.), « Propriété, patrimoine et lien social », art. préc., n° 3.

[1042] RIPERT (G.), *Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, A. Rousseau, 1902, p. 290.

[1043] LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 9, p. 308.

[1044] RIPERT (G.), *Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, *op. cit*., p. 290.

principalement le fait des théories personnalistes[1045] que de l'avoir mise au jour. Les auteurs qui se réclament de ce courant défendent l'idée que les droits personnels et les droits réels ont tendance à se confondre. Ils remettent en cause les fondements mêmes du droit privé en concevant l'obligation comme le pivot des rapports juridiques. Dans cette perspective, la propriété ne consacre pas le pouvoir d'une personne sur une chose mais elle suppose des relations juridiques entre personnes à propos de la chose. Il n'y a rien d'unilatéral dans le rapport d'appropriation[1046]. On doit particulièrement aux « personnalistes »[1047] d'avoir montré l'étendue des individus impliqués par le lien d'appropriation. Selon eux, le droit de propriété détermine, à l'égard de son titulaire, une « obligation passive universelle »[1048]. Dans ce contexte, le reste de la collectivité est le débiteur passif universel de l'obligation purement négative de ne pas entraver l'exercice du droit de jouissance du propriétaire. C'est un devoir général d'abstention qui s'impose à la totalité des autres sujets. En somme, dans l'ordre des obligations, « le premier devoir est celui d'un *non-faire* de ce que le propriétaire a seul faculté de faire, le second devoir est celui d'un *souffrir* que le propriétaire exerce ses exclusives »[1049]. Aux termes de cette

---

[1045] Voir dans leur fil notamment : ROGUIN (E.), *La règle de droit, Analyse générale, spécialités, souveraineté des Etats, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, Lausanne, F. Rouge, 1889 ; *La science juridique pure*, Lausanne, F. Rouge, 1923 ; DE LA GRASSERIE (R.), *De la classification scientifique du droit*, Paris, Pédone-Lauriel, 1892 ; LEVY (E.), *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, th. Paris, Paris, Pédone, 1896 ; MICHAS (H.), *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, th., Paris, Pédone, 1900 ; PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, *Principes généraux, théorie générale des personnes, les biens, filiation, incapables*, Paris, LGDJ, 1900, spéc. n° 760 ; QUERU (R.), *Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, V. Giard et E. Brière, 1905, MINEI (B.), *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, Paris, th., 1912, BASQUE (R.), *De la distinction des droits réels et des obligations*, th. Montpellier, 1914.

[1046] Plus généralement, « aucune loi ne peut exister sans contrainte, toute loi envisagée au point de vue utilitaire, sera en elle-même un mal. (…) Si toute loi confie un droit aux uns, elle impose aux autres une obligation » : FOUILLEE (A.), *L'idée moderne du droit*, Paris, Hachette, 1878, p. 93

[1047] Le courant personnaliste a été représenté en France par M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t. I, Paris, LGDJ, 1896, n°2158. Il a été précédé en Allemagne par A. THON et en Suisse par E. ROGUIN. Ces deux auteurs ont eux-mêmes été précédés par KANT.

[1048] V. not. : MICHAS (H.), *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, th., Paris, Pédone, 1900.

[1049] VAN BEMMELEN, *Principes du droit*, cité par MICHAS (H.), op. cit., p. 226

analyse personnaliste, le droit réel est assorti d'une créance particulière. Perçu sous l'angle de l'obligation qu'il induit à la charge des autres, il apparaît davantage comme un droit personnel. C'est en cela qu'il est permis de retenir que le droit réel n'existe pas. Il ne se réalise pas sous l'enseigne d'un rapport exclusif à la chose. Il s'exerce concrètement sur la chose mais il implique la communauté des individus. Cette idée est développée explicitement par Roguin. « Le type des droits réels, écrit-il, est celui de la propriété, que nous définissons le pouvoir le plus étendu accordé sur une chose d'une certaine espèce par une législation donnée. Les uns prétendent qu'il suppose uniquement une personne qui en est le sujet et une chose qui en est l'objet. D'autres, et nous sommes de ce nombre, affirment que le droit réel est inconcevable sans l'existence d'un deuxième sujet tenu de le respecter »[1050]. L'auteur constate ensuite, l' « impossibilité d'une relation juridique dans laquelle ne figurerait aucun sujet passif »[1051] et termine logiquement en indiquant qu' « un lien juridique n'intéressant qu'une personne ne serait pas un phénomène social et ne pourrait être susceptible d'aucun effet »[1052]. Dans cette analyse, l'absence du débiteur passif universel remet en cause l'existence même d'un quelconque lien juridique. Le consensus autour de la propriété suppose le concours de toute la collectivité. La propriété, qui est un lien social, ne peut, par principe, mettre en rapport que des individus. Elle poursuit dans ce sens une fonction profondément socialisante. L'exclusivité du droit de propriété met en relief cette dimension sociale. Elle apparaît également de manière manifeste si l'on interroge les contours contemporains de la notion d'exclusivité.

[1050] ROGUIN (E.), *La règle de droit, Analyse générale, spécialités, souveraineté des Etats, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, Lausanne, F. Rouge, 1889, n° 119, p. 229

[1051] *Ibid*.

[1052] *Ibid*., p. 230

§ 2. L'évolution contemporaine de la notion d'exclusivité.

C'est en termes d'acculturation qu'il faut concevoir l'évolution de la notion d'exclusivité. Une nouvelle présentation s'est développée dans l'étroite dépendance de la forme des biens nouveaux (A.). Elle semble caractéristique d'une socialisation du droit des biens puisqu'elle révèle la capacité des notions qu'il accueille à évoluer pour s'adapter à une réalité nouvelle et aux réalités nouvelles. L'absence de corporéité des objets contemporains de la propriété a imposé cette actualisation. Sans disparaitre, Il ressort qu'aujourd'hui l'exclusivité porte davantage sur la valeur économique que recèlent les biens de nouvelle génération (B.).

A. Une acculturation rendue nécessaire en raison de l'absence de corporalité des biens nouveaux

L'homme a le pouvoir d'établir entre lui-même et les choses qu'il appréhende un rapport individuel et exclusif. La notion de propriété intervient en prolongement de sa personnalité sur le terrain des intérêts matériels. Il est donc fondé à agir contre toute ingérence sur son domaine comme il le ferait pour la défense de sa propre personne[1053]. Ainsi que l'indique Ripert, le propriétaire « ne souffrira pas tout d'abord qu'aucun puisse user de sa chose si peu que ce soit ; il repoussera toute tentative de mainmise sur son bien, comme il repousserait toute attaque contre lui-même »[1054]. Cette emprise exclusive se manifeste

[1053] « La propriété individuelle prolonge la liberté individuelle ; elle permet ou tend à permettre l'épanouissement et la réalisation de celle-ci » : TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 117, p. 117.

[1054] RIPERT (G.), *Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, *op. cit.*, p. 127.

généralement par l'accomplissement d'actes matériels. Quand la chose se prête à la réalisation des éléments traditionnels de la possession, cet exclusivisme dispose d'une certaine exposition. Il affiche une certaine extériorité. Il se traduit physiquement. Le développement des biens immatériels a toutefois consacré, dans une certaine mesure, le divorce entre la propriété et la possession telle qu'elle s'entend classiquement[1055]. Ce phénomène ne doit pas pour autant atténuer l'importance du pouvoir d'exclure, comme conséquence de l'appropriation, même s'il s'agit d'un bien immatériel. On assiste au contraire à un profond renouvellement de la notion d'exclusivité. Celle-ci s'est, en effet, adaptée à la forme des nouveaux biens qui, par leur nature, sont soustraits à la possibilité d'une emprise matérielle. Cette évolution livre donc une présentation renouvelée du droit des biens. Le maintien de l'exclusivisme en dépit de l'immatérialité des biens nouveaux a profondément affecté la notion. Il révèle un élément de socialisation du droit des biens dans le sens où il permet l'assimilation des valeurs nouvelles.

L'exclusivité demeure, en dépit de toute corporalité de l'objet, un trait essentiel de la propriété. La propriété même incorporelle se maintient sous un jour privatif, puisque fondamentalement, « la propriété est un rapport d'exclusion, rapport dont l'absence contredit la propriété »[1056]. L'évolution juridique a étendu cette faculté d'interdire aux objets incorporels sur lesquels le propriétaire a un droit exclusif. Néanmoins, l'exclusivisme dont il est question est « juridique et non factuel »[1057]. Il faut, en effet, admettre que la situation du propriétaire d'un bien incorporel se distingue de celle du propriétaire d'un bien corporel sur un plan factuel[1058] et que « seule l'existence des règles

---

[1055] Voir sur ce point ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc., p. 310.

[1056] *Ibid*., p. 314.

[1057] PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, Préf. L. AYNES, Paris, LGDJ, Bibl. A. Tunc, t. 15, n° 49, p. 45. Les développements relatifs à la synthèse des techniques juridiques visant à assurer le respect de l'exclusivisme du propriétaire sur une chose incorporelle sont inspirés des propos de cet auteur. Nous lui empruntons également certaines références bibliographiques.

[1058] « Les biens incorporels étant dépourvus de tout support corporel, ils sont réfractaires à toute emprise matérielle. Dans ces conditions, seul le droit sera apte à assurer la protection du droit de leur propriétaire. Ainsi, le propriétaire de bijoux peut protéger son droit en conservant ses bijoux entre ses mains ; son emprise

juridiques est à même d'assurer l'exclusivité du propriétaire sur sa chose incorporelle ou sur son droit »[1059]. Le droit a ainsi imaginé l'élaboration de mécanismes protecteurs de cet exclusivisme. La propriété est un droit opposable *erga omnes*. Le propriétaire d'une chose corporelle, évincé de ces droits par un tiers possesseur, a la possibilité d'agir en revendication. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, d'autres actions permettent également d'assurer la protection du propriétaire contre les atteintes des tiers. Elles poursuivent une fin identique : assurer l'exclusivité des droits de l'auteur sur sa création. On songe particulièrement à l'action en contrefaçon[1060], envisagée par les articles L. 335-2 et L. 615-1, lesquels qualifient de délit : « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs » ainsi que « toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet (…) ». Le législateur s'est donc soucié de la protection des créations immatérielles. Le propriétaire d'un bien incorporel dispose d'actions efficaces et propres à garantir l'exclusivité des droits dont il jouit sur sa chose. En matière de créations intellectuelles, les solutions généralement retenues visent à offrir « un régime primaire »[1061] de protection à l'auteur lorsque les conditions de mise en œuvre de l'action en contrefaçon ne sont pas réunies. Il faut songer aux actions en

---

matérielle dresse un rempart entre ses bijoux et les tiers. Point de tel rempart matériel pour les biens incorporels, le droit de leur propriétaire n'étant assuré que par les règles juridiques » : *Ibid*.

[1059] *Ibid*.

[1060] Bien qu'elles soient *a priori* distinctes, certains auteurs ont établi une certaine identité entre cette action en contrefaçon et l'action en revendication. Voir en particulier : FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, Paris, PUF, 1991, p. 331 : « La propriété de l'invention (…) étant la faculté pour le breveté d'accomplir seul un certain nombre d'actes, les actes de contrefaçon ne sont autres que ces actes accomplis illégitimement par des tiers. Il en résulte clairement que l'action en contrefaçon a pour objet de faire cesser cet état de choses qui voit le breveté privé *de facto* d'une partie de ses prérogatives, de restituer à celui-ci la pleine maîtrise de ses droits, la pleine maîtrise de sa propriété. L'action en contrefaçon est ainsi dans sa substance même, une action tendant à la défense de la propriété et, mieux, de la défense d'une propriété par référence aux droits d'un propriétaire déterminé. C'est à ce titre qu'on peut la qualifier d'action en *rei-vindicatio* ».

[1061] CATALA (P.), « La « propriété » de l'information », *in Mél. P. RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97.

responsabilité délictuelle, en concurrence déloyale ou encore à celle fondée sur des agissements parasitaires[1062].

L'importance dans le champ de l'appropriation des biens immatériels a donné à la notion d'exclusivité une assise nouvelle. En effet, elle souffre désormais quelques aménagements. Certaines de ces variations se cristallisent autour de l'hypothèse de l'appropriation de l'information[1063]. La protection que le droit accorde à celui qui en est à l'origine atteste que l'information est l'objet d'une propriété privative. Comme l'indique Catala, « en dépit de sa fluidité suprême, le bien-information est susceptible d'appropriation »[1064]. Néanmoins, dans ce domaine, si l'auteur de l'information peut bien être considéré comme propriétaire, son droit exclusif subit de lourdes cautions. En raison des exigences liées à la circulation de l'information, il ne lui est plus possible d'exclure les tiers du ressort de sa propriété. L'appropriation de l'information et plus généralement des biens de nouvelle génération s'élabore en contrepoint du cadre traditionnel. Alors que le propriétaire foncier est en position d'écarter les tiers, la propriété des biens nouveaux est, quant à elle, marquée par la nécessité de leur accessibilité aux tiers. Pour acquérir une valeur économique, les biens nouveaux doivent, en général, circuler. Leur valeur patrimoniale est acquise dans l'étroite dépendance de l'accès des tiers à ces nouveaux biens. Selon Catala, en effet, « la valeur marchande de l'information établit sa réalité patrimoniale »[1065]. S'agissant des biens nouveaux, le retour sur cette faculté d'exclure est

---

[1062] Pour des développements synthétiques voir not. : MOUSSERON (J.-M.), « Parasitisme et droit », *JCP*. G., 1992, supplément n° 6, p. 15 ; LE TOURNEAU (Ph.), « Le parasitisme dans tous ses états », *D*., 1993, Chron., p. 310 ou encore FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, 6/1994, p. 483.

[1063] On doit à CATALA d'avoir élaboré, au fil de ses travaux, cette théorie de la propriété de l'information et d'avoir dégagé les conséquences qui en découlent. V. not. : CATALA (P.), « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D*.., 1984, Chron., p. 97 ; CATALA (P.), « La « propriété » de l'information », art. préc. ; CATALA (P.), « Exposé de synthèse » *in L'évolution contemporaine du droit des bien*s, *op. cit*.

[1064] « La « propriété » de l'information », art. préc., n° 4, p. 98.

[1065] *Ibid.*, n° 2, p. 97 ; l'auteur poursuit « encore faut-il préciser si cette réalité s'attache à un bien ou à un service, à une valeur en capital (le bien-information) ou à une action (la communication de l'information). Il est hors de doute que le bien-information existe indépendamment du service dont il peut être l'objet, ou, pour être plus précis, qu'il lui préexiste à l'état de valeur latente ».

la condition même de la qualification de bien et, par conséquent, de leur appropriation. L'attribution privative ne disparaît pas pour autant. L'analyse doctrinale confirme l'ambigüité que soulève la question de l'appropriation de l'information. Il y a bien « à la fois appropriation privée et droit d'accès aux tiers »[1066]. Cette consécration de la propriété des créations immatérielles déstabilise les codes antérieurs ainsi que la représentation traditionnelle de la propriété. « En effet, explique le Professeur Frison-Roche, on a défini la propriété essentiellement comme le pouvoir d'exclure autrui, avançant l'idée que l'homme seul sur une île déserte ne peut en être propriétaire parce qu'il n'a pas de tiers à repousser, justifiant l'importance que la Code civil a accordé au droit de se clore, droit corrélatif au droit de propriété (…). Or l'accès des tiers au bien est la dénégation pure et simple du droit du propriétaire de se clore ; le nouveau droit subjectif des tiers contredit à terme l'ancien droit subjectif du propriétaire. Ce n'est pas une évolution du droit de propriété mais son bouleversement puisque le droit de propriété tel que posé par le Code civil repose entièrement sur l'idée d'exclusivité. L'articulation du droit de l'un sur l'information et du droit de l'autre à l'information est nécessairement révolutionnaire »[1067].

L'exclusivité n'a pas cessé d'investir la composition de la propriété, néanmoins, dans la conception actuelle elle se rapporte à la valeur économique que l'on attribue au bien et qui forme pour l'essentiel l'objet de la protection dont bénéficie le propriétaire de la chose incorporelle.

[1066] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, op. cit., p. 763.

[1067] *Ibid*.

B. La conception actuelle : l'exclusivité appliquée à une valeur économique

Certains auteurs ont montré que le concept de propriété a vocation à s'étendre au-delà du cadre des choses corporelles. Ainsi, l'exemple des *propriétés intellectuelles* offre la démonstration que le modèle défini par l'article 544 du Code civil tend à s'appliquer à des hypothèses multiples[1068]. Cette nouvelle acception de la notion de propriété, participe à consacrer l'importance de la valeur dans l'énumération des pouvoirs du propriétaire sur la chose. Dans ses contours actuels la propriété se caractérise par l'*exclusivité* qu'elle confère en propre à une personne sur une valeur économique[1069]. Cette conception repose sur la définition contemporaine de la notion de bien juridique que l'on sait largement construite sur l'idée de valeur. C'est la forme des biens nouveaux qui a assigné à l'exclusivité un tel domaine[1070]. Cette analyse dynamise la figure de la propriété conçue sous l'angle des utilités concrètes qui découlent de l'exclusivité. Dans sa forme contemporaine et socialisée, l'exclusivité se rapporte à la valeur économique que recèle le bien dont on assure la réservation. Ripert en évoquant les « propriétés nouvelles » signalait déjà, au

---

[1068] V. sur ce point : MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », art. préc., p. 283 et s. ; Pour évoquer l'emprise qu'exerce la notion de propriété sur l'univers des choses, Ripert affirmait d'ailleurs que « tous les droits privatifs prennent la dénomination et la forme juridique du droit de propriété » in *Les forces créatrices du droit*, op. cit., n° 83, p. 210.

[1069] *Ibid*., p. 287.

[1070] « La nature incorporelle de l'objet du droit d'auteur ou de brevet interdit d'identifier l'emprise juridique conférée par le droit à l'emprise physique exercée par l'objet. Aussi bien la première ne peut se définir que par la reconnaissance légale d'un faisceau de prérogatives constitutives du contenu du droit. Celui-ci réserve à l'auteur et au breveté le monopole de l'exploitation économique de l'œuvre et de l'invention. Que le législateur ne réserve pas à ceux-ci l'exclusivité de l'accès intellectuel à leur création est logique, pour ce qui est de l'œuvre de l'esprit dont l'exploitation suppose, précisément, la publicité est indifférent pour ce qui est de l'invention brevetée. L'absence d'exclusivité en dehors du faisceau de prérogatives légales, c'est-à-dire quand il ne s'agit plus d'avantage ou de privilège économique, n'est, donc, pas pour surprendre : il n'y plus, alors, droit d'auteur ou de brevet, c'est-à-dire droit de propriété, parce qu'il n'y a plus d'objet de droit, de bien, de valeur économique, par conséquent », *Ibid*., p. 288.

milieu du 20ème siècle, que « l'exclusivisme n'existe que dans la mesure où il est indispensable que le droit ait une valeur économique »[1071].

Il ne fait plus de doute que la propriété puisse être étendue dans la plénitude de ses traits caractéristiques aux choses incorporelles[1072]. L'exclusivité s'entendrait, aujourd'hui, principalement par référence à la jouissance économique de la chose. La nature du droit de propriété a subi une profonde transformation. « En effet, précise Marie-Anne Frison-Roche, le droit d'exclure est un droit fondamentalement politique, permettant à chacun de repousser autrui, si puissant soit celui-ci, et d'assurer par là, la liberté individuelle. Un tel droit de propriété contribue à une société d'individus libres, à l'égal de l'assurance de sécurité que la société doit produire à leur bénéfice. Dans le nouveau système, plus pragmatique et plus trivial, le propriétaire ne peut plus exclure le tiers, il ne peut plus qu'exiger de lui de l'argent. La définition financière de la propriété a remplacé sa définition politique »[1073].

La relation qui lie la faculté d'exclure au profit économique qui peut être retiré de la chose a suscité une discussion sur les utilités qu'inclut la propriété d'un bien. Au terme de cette analyse « financière » de la propriété, la jurisprudence, est venue sanctionner, sur le terrain du droit de propriété, l'utilisation par un tiers de l'image d'un bien à des fins commerciales, sans autorisation du propriétaire. Dans un arrêt en date du 10 mars 1999[1074], la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé, sous le visa de

---

[1071] *Les forces créatrices du droit*, op. cit., n° 84, p. 211.

[1072] Favorables à une telle extension, Aubry et Rau, indiquaient, « cet emploi extensif du terme propriété a été critiqué (…). Cependant il s'agit d'exprimer l'existence d'un droit exclusif de jouir et de disposer d'une valeur et d'en tirer les profits qu'elle est susceptible de procurer ; or c'est ainsi que s'analyse le droit de propriété sur les choses corporelles », *Cours de droit privé positif…*, op. cit., § 190, p. 234.

[1073] *Ibid*.

[1074] Civ. 1ère, 10 mars 1999, n° 96-18.699, Bull. civ. I, n° 87, p. 58; *D.*. 1999, jur. p. 319, note E. Agostini et concl. J. Sainte-Rose ; CARON (Ch.), « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Defrénois*, 1999, 37028 ; GAUTIER (P.-Y.), « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation a créé de la para-propriété intellectuelle », *JCP. G*, 1999, II, 10078 ; *JCP. G*, 1999, I, 2, note PERINET-MARQUET (H.) ; *RTD. Civ*., 1999, p. 859, n°2, p. 859, note ZENATI (F.) ; *RTD. Com*., 1999, p. 397, note FRANCON (A.) ; *RIDA*, 1999, n° 182, p. 149, note CORNU (M.) ; *RDI*, 1999, p. 187, note BERGEL (J.-L.) ; *JCP. E*, 1999, p. 819, note SERNA (M.) ; RAVANAS (J.), « L'image d'un bien saisi par le droit »,

l'article 544 du Code civil, que « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit ; (…) l'exploitation d'un bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire ». Aux termes de cette solution, il apparaît donc que l'image d'une chose est une composante de la propriété dont cette chose est l'objet. Si la plupart des auteurs ont estimé qu'une telle décision réservait, au bénéfice du propriétaire, l'exclusivité de l'image de la chose appropriée, le doyen Cornu, lui prêtait une portée plus limitée. Selon lui, le propriétaire dispose d'un monopole d'exploitation. Il dispose, de manière exclusive, d'une part de l'utilité économique de la chose. « Le propriétaire, explique-t-il, n'a pas, en tant que tel, sur l'image de son bien, un droit exclusif qui l'investirait de la prérogative absolue d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son bien. En vérité, c'est spécifiquement l'exploitation commerciale des vues d'une propriété en particulier, plus généralement son utilisation professionnelle, qui appartient en propre au seul propriétaire (…). La solution a pour assise précise l'exclusivité du droit de jouissance. C'est parce qu'il est investi, sur son bien, non pas d'un droit à l'image de celui-ci, mais d'un droit exclusif de l'exploiter que le propriétaire est fondé à interdire aux tiers l'exploitation photographique et lucrative de son bien, qui est tout simplement une part de son utilité économique »[1075].

Cette conception de l'exclusivité, valide l'hypothèse selon laquelle toutes les richesses attachées à la chose doivent revenir au propriétaire ou être exploitées par un tiers avec son accord[1076]. Ce droit à l'image des choses offre « l'illustration de l'anthropomorphisme qui irrigue le système juridique »[1077]. Il apparaît néanmoins que la généralité de cette solution heurtait nettement les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la représentation de

---

Dalloz., 2000, Chron., p. 19 ; HAMOU (R.), « Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens ? », *Gaz. Pal.*, 15 et 16 décembre 2000, 2242 ; BENABOU (V.-L.), « La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien », *Dr. et patr.*, mars 2001, p. 84 et s.

[1075] CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, *op. cit.*, n° 1038, p. 444.

[1076] Voir sur ce point CARON (Ch.) et LECUYER (H.), *Le droit des biens*, *op. cit.*, p. 58.

[1077] *Ibid.*

la chose[1078]. Ces critiques ont été entendues par la première chambre civile qui, à l'occasion d'un arrêt rendu le 2 mai 2001[1079], est revenue partiellement sur cette solution. La décision de la Cour de cassation traduisait la volonté de sanctionner la commercialisation de la reproduction du bien par un tiers, dès lors que cette utilisation perturbait l'exploitation de l'image par le propriétaire lui-même. Cet arrêt exige du propriétaire qu'il prouve désormais que l'exploitation lui cause « un trouble certain » dans son droit de jouissance ou d'usage. Le dernier état de la jurisprudence relative à l'image des biens est livré dans un arrêt en date du 7 mai 2004[1080] émanant de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Selon cette décision, « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; (…) il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Il est évident qu'avec une telle solution, l'Assemblée plénière a entendu mettre un terme à la position développée par la première chambre civile en 1999. Certains auteurs se sont inquiétés de constater que la Cour de cassation méconnaissait « radicalement le droit de propriété » en refusant « de voir et de sanctionner l'atteinte manifeste au droit de jouissance que constitue, en soi, le détournement par un tiers à son profit d'une portion de l'utilité économique de la chose d'autrui »[1081]. D'autres ont souligné l'ambigüité de la

---

[1078] Voir notamment CARON (Ch.), « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », art. préc., GAUTIER (P.-Y.), « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation a créé de la para-propriété intellectuelle » ; BENABOU (V.-L.), « La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien », art. préc., pp. 84 et s.

[1079] A propos de cette décision, voir notamment : BRUGUIERES (J.-M.), « Image des biens : la première chambre civile aurait-elle quelques doutes ? », *LPA*, 22 août 2001, n° 167, p. 8 et s. ; DERIEUX (E.), « Image des biens : Limite au droit de s'opposer, au titre du droit de propriété, à l'exploitation de l'image d'un bien », *LPA*, 20 juillet 2001, n° 144, pp. 26-27 ; *Defrénois*, 2002, p. 329 et s., note PIEDELIEVRE (S.).

[1080] Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450 ; ATIAS (Ch.), « Les biens en propre et au figuré, destitution du propriétaire et disqualification de la propriété », *D.*, 2004, p. 1459 ; BRUGUIERES (J.-M.), « Image des biens : la troublante métamorphose », *D.*, 2004, p. 1545 ; *D.*, 2004, p. 1547, note DREYER (E.) ; *JCP G.*, 2004, II, 10085, note CARON (Ch.) ; REVET (Th.), « La Cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-propriétaire », *Droit et Patrimoine*, juillet-août 2004, p. 34 ; *RTD Civ.*, 2004, p. 528, note REVET (Th.).

[1081] CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 1038 ; l'auteur poursuit d'ailleurs : « Quand la jurisprudence montre tant de zèle, en d'autres propos, pour la sauvegarde de la propriété privée, il est surprenant qu'elle ne s'attache pas ici à une spoliation caractérisée ».

formule retenue, en indiquant que « la réserve énoncée dans la seconde partie de l'attendu de principe vaut (…) reconnaissance de la consubstantialité de l'image à la chose (…), elle est un aveu du caractère artificiel de la dissociation entre l'image et le bien corporel dont elle est un élément, et de l'exclusion de cette dimension de la chose du domaine du droit de propriété relatif à cette chose »[1082].

En dépit de l'atténuation de sa portée, le principe du droit à l'image du propriétaire sur son bien, a mis en relief un aspect de la définition de la propriété entendue comme sphère de liberté[1083]. Finalement, le propriétaire dispose du droit de revendiquer toutes les utilités de la chose. Dans l'analyse contemporaine, les avantages découlant de l'exclusivité sont avant tout économiques. Désormais, c'est davantage au regard de la valeur qu'elle protège que l'exclusivité se conçoit. Cette conception participe à actualiser la notion et à offrir une présentation socialisée du droit des biens. Elle accorde surtout la définition de la propriété avec celle que le droit des biens contemporain apporte à la notion de bien juridique envisagé en tant que valeur.

Section 2 : L'exercice excessif de la propriété

Il y aurait, *a priori*, une démarche paradoxale dans le fait d'envisager l'exercice excessif d'un droit, par principe, désigné comme absolu. Le travail parait, en effet, assez vain. On trouve adjointe à l'idée d'absolutisme celle de l'illimitation. Si la propriété confère un pouvoir absolu, c'est qu'elle n'admettrait aucune limitation dans son exercice. L'activité

[1082] REVET (Th.), « La Cour de cassation teste une nouvelle figure juridique … », art. préc., p. 39 ; l'auteur ajoute : « Fût-ce résiduellement, elle réintroduit, immédiatement, l'image dans le giron du droit de propriété relatif aux biens corporels parce qu'entre la chose et son image l'unité est telle qu'aucune dissociation ne vaut ».

[1083] V. sur ce point PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, *op. cit*., n° 53, p. 51.

du propriétaire serait abandonnée à la liberté[1084] la plus totale[1085]. Il y aurait dans cette analyse comme l'ébauche d'un droit purement discrétionnaire[1086]. Cette interprétation fait le lit d'une conception individualiste du droit de propriété.

L'article 544 du Code civil fait de la propriété un droit absolu. Telle est, donc, la vitrine légale dont bénéficie la notion. A s'en tenir à cette présentation sommaire, l'absoluité apparaîtrait comme le trait constitutif du concept moderne de propriété. Son anéantissement équivaudrait à la négation même du droit de propriété. Dans une certaine mesure, les rédacteurs du Code ont sacralisé la propriété (§ 1.). De nos jours, la trajectoire de cet absolutisme du droit de propriété semble néanmoins de plus en plus contrariée. Une conception plus modérée et sociale de la propriété s'est installée. On constate, donc, par un certain côté, un reflux de l'individualisme. La concentration que symbolise le droit de propriété ne légitime pas un exercice égoïste. La propriété est nécessairement contrainte. Elle doit être conciliée avec la réalisation des droits d'égale teneur. La socialisation du droit de propriété (§ 2.), se résout donc à la faveur de la « désindividualisation » que certains auteurs ont mise en relief[1087].

[1084]« le droit, au sens le plus général du mot, est la science de la liberté » : BEUDANT (Ch.), *Le droit individuel et l'Etat*, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau, 1891.

[1085] « Dans son célèbre article 544, l'insistance à définir la propriété comme un droit de jouir et de disposer de la manière la plus *absolue*, c'est-à-dire détachée de toute dépendance, tend à donner d'elle l'image d'une liberté : CARBONNIER (J.), *Flexible droit…*, *op. cit*., pp. 345-346.

[1086] V. à ce propos : ROUAST (A.), « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.*, 1944, p. 1 et s.

[1087] CHARVIN (R.) et SUEUR (J.-J.), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Préf. FARJAT (G.), Paris, Litec, 1994, n° 203, p. 252.

§ 1 : La sacralisation du droit de propriété

La propriété nourrit et irrigue le système juridique et particulièrement le droit civil. Elle est au fondement même de l'organisation sociale. Elle forme une pièce charnière. On la découvre à l'articulation de nombre d'instruments et de mécanismes juridiques[1088]. Aujourd'hui, en effet, « le droit de propriété constitue une valeur supérieure dans notre société qui doit plier à ses exigences les nouveaux rameaux du droit »[1089]. Il n'y a donc, semble-t-il, rien d'étonnant à ce que la propriété individuelle trouve au sein du Code civil une assise théorique solide qui en relate le rayonnement. La propriété, dans son principe, est conçue comme un droit sans limite. Elle confère à son titulaire « un pouvoir souverain, un despotisme complet » comme l'affirmait Demolombe, au terme d'une analyse exégétique des dispositions du Code relatives aux biens[1090].

Elevé à la gloire de la notion de propriété, l'article 544, parait propre à évoquer un tel déploiement. La propriété confère un droit absolu sur la chose qui en est l'objet. C'est le premier enseignement du Code civil. La formule renferme les vestiges d'un certain libéralisme juridique. L'individu profite, en principe, d'un droit souverain. Cet énoncé pourrait porter à exagérer le rôle de la volonté individuelle dans l'exercice des droits et dans le développement de l'activité juridique[1091].

L'article 544 révèle l'empreinte d'un certain individualisme politique sur les rapports juridiques[1092]. En affirmant que la propriété est un droit, le Code civil offre une version

---

[1088] « Tous les droits patrimoniaux (droits réels, droits personnels), leurs modes d'acquisition et d'extinction (succession, contrats, etc.) sont étudiés et réglementés en fonction du droit de propriété » : TERRE (F.) et SIMLER (P.), *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 81, p. 90.

[1089] *Ibid*.

[1090] DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon*, t. IX., *De la distinction des biens*, *op.cit*., n° 542.

[1091] V. sur ce point : GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.

[1092] Comme l'indique certains : « nous avons tendance, aujourd'hui, instruits par l'expérience, à mettre l'accent sur la deuxième partie de l'article 544. A l'époque, au contraire, on mettait l'accent sur la première

qui s'accorde avec l'individualisme fondamental qui en a guidé l'élaboration. La conception de la propriété est un héritage de l'idéologie révolutionnaire. Celle-ci a conduit à faire une large place à l'intérêt particulier du propriétaire. Théoriquement, le propriétaire dispose d'un droit entier sur ses biens. C'est Pothier qui au milieu du XVIIIe siècle avait énoncé la formule du fameux triptyque de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*[1093] qui consacrait « la mystique de l'omnipotence du propriétaire »[1094]. Dotée d'un caractère absolu, la propriété prend, *a priori*, l'allure d'un véritable privilège. Plus généralement, elle offre à son titulaire une certaine plénitude. La concentration de ces pouvoirs entre les mains du propriétaire permet de retenir la définition technique de la propriété comme *plena in re potestas*.

On sait qu'historiquement, cette affirmation de l'absolutisme du droit de propriété se justifie par le souci d'éviter la réapparition du domaine éminent qui caractérisait le système foncier féodal. La crainte de la résurrection du double domaine a, en réalité, conduit à proclamer l'absolutisme de la propriété utile, déliée du domaine éminent[1095]. Il faut donc rendre justice aux rédacteurs du Code civil dont l'intention n'était pas d'offrir un cadre institutionnel à l'abus mais de faire en sorte que la rupture soit consommée avec les conceptions médiévales qui opposaient en matière de propriété : domaine éminent et domaine utile. L'affirmation de l'absolutisme du droit de propriété a, en effet, permis l'abandon de la relativité attachée au régime du domaine divisé[1096]. Elle porte également à

---

partie, à cause précisément du climat d'individualisme de cette époque » : WALINE (M.), *L'individualisme et le droit, op. cit.*, n° 193, p. 343.

[1093] L'*abusus* est l'attribut exclusif de la pleine propriété, de la propriété absolue. En effet, « le *jus abutendi*, ou droit de disposer, c'est-à-dire la faculté d'aliéner mais aussi de détruire, avoir en quelque sorte un pouvoir sur la substance de la chose, c'est l'élément le plus caractéristique de la propriété » : *Œuvres*, T. 10, *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession, op. cit.*, n°5.

[1094] OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé – Les biens, op. cit.*, p. 54.

[1095] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 68, p. 142.

[1096] Voir sur ce point ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc., p. 320.

considérer une autre approche. La seconde explication tient dans la volonté du législateur de 1804 de garantir définitivement les droits des acquéreurs des biens nationaux, c'est-à-dire des biens issus de la nationalisation des propriétés de l'Eglise et des émigrés. Le Code appréhende les propriétés telles qu'elles se composent à l'issue de la Révolution ; ce sont les propriétés actuelles qu'il consacre, sans permettre d'en rechercher l'origine. L'expression « de la manière la plus absolue », assurait aux acquéreurs des biens nationaux d'exercer leur droit de propriété sans être inquiétés. L'article 544 devait, en effet, valoir titre contre les revendications des anciens propriétaires[1097].

Aujourd'hui, il apparaît que le caractère strictement personnel du droit de propriété est remis en cause. On constate un certain recul de la souveraineté du propriétaire sur son bien. Il y a un repli actuel de la conception individualiste de la propriété. Cette tendance avait déjà fait l'objet de nombreux commentaires au début du 20ème siècle[1098]. Il est encore plus marquant de rencontrer l'idée chez les auteurs qui se sont à faire la promotion du droit individuel. Ainsi, Beudant, lorsqu'il s'attache à défendre le droit individuel contre l'Etat n'en évoque pas moins l'esprit de modération qui doit inspirer l'exercice des droits subjectifs. « Partout où des hommes sont réunis, écrit-il, quel que soit leur nombre et dès qu'ils sont plusieurs, il y a entre eux des froissements de sentiments, des oppositions d'idées et surtout des rivalités de désir. Là où les inclinations sont abandonnées à elles-mêmes et à leur fougue naturelle, il est inévitable que les individus se heurtent car l'instinct marche droit à sa plus prochaine satisfaction. C'est le conflit des forces égoïstes (…), parmi les usages que l'homme peut faire de sa liberté est celui d'en limiter l'exercice au profit d'autrui »[1099].

[1097] *Ibid.*

[1098] V. not. : COSTE – FLORET (P.), *La nature juridique du Droit de propriété, d'après le code civil et depuis le code civil*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 3 : « La théorie individualiste, que les rédacteurs du Code civil avaient cru devoir éternelle, a subi l'érosion continue du fait, et l'armature technique du Droit de propriété est une de celle qu'il est urgent de reconstruire. Un désaccord absolu règne aujourd'hui en notre matière entre le notionnel et le réel ».

[1099] BEUDANT (Ch.), *Le droit individuel et l'Etat, Introduction à l'étude du droit*, op. cit., pp. 5-6. ; l'auteur ajoute : « Aussi, dans toute société, un sentiment s'élève, confus d'abord, qui s'éclaire bientôt par la

L'exercice de la propriété s'insère nécessairement dans un cadre collectif. Dans la description offerte par l'article 544, la propriété bénéficie d'une sacralisation de façade. Le relativisme paraît déjà derrière l'absolutisme proclamé. On sait effectivement que la propriété est un droit, en principe absolu et sacré, que l'Etat peut toutefois organiser ou réduire. Il existe une rupture dans la proposition que formule l'article 544. Le législateur réserve, en effet, l'hypothèse de certaines restrictions au droit de propriété. La maîtrise souveraine ne saurait autoriser le propriétaire à accomplir une activité contraire aux lois ou aux règlements. Il faut relever que l'esprit de mesure est déjà dans le Code civil. La volonté du propriétaire doit plier devant la satisfaction des intérêts du plus grand nombre. Elle est nécessairement contrariée par l'intérêt commun que protègent les règlements et les lois. Par conséquent, « la propriété n'est plus (…) prise dans la perspective de l'épanouissement individuel qu'elle permet, mais considérée en fonction de l'intérêt social »[1100]. La rédaction de l'article 544 du Code civil suggère que le droit de propriété détient les ressources de sa socialisation. Il porte les éléments révélateurs d'une orientation sociale de la propriété. Le traitement de la propriété par le Code civil conduit à relever un glissement « dans le raisonnement juridique qui déplace son centre de gravité en direction du social »[1101]. La relativité du droit de propriété est un puissant révélateur de sa socialisation.

---

prévoyance et qui conduit l'homme à comprendre qu'il ne peut se trouver en présence de son semblable sans admettre, comme base de leurs rapports, la notion du droit d'autrui et le respect réciproque de la personne. C'est l'embryon de l'idée de justice. Etablir une discipline et un ordre dans l'activité de chacun, comme sauvegarde de l'intérêt de tous, devient le plus pressant besoin des peuples qui s'éveillent à la vie sociale » ; Il évoque même explicitement la fonction sociale de la propriété : voir sur ce point BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, T. IV, Les biens, Paris, Rousseau et Cie, 1938, n° 261, p. 278 : « Depuis le Code civil la propriété individuelle s'est peu à peu modifiée et l'évolution se poursuit, tendant, comme on l'a dit, à faire de la propriété une fonction sociale. Puisque la propriété individuelle se justifie essentiellement par l'utilité sociale qu'elle présente, elle ne doit exister que dans la mesure de cette utilité ».

[1100] LIBCHABER (R.), « La propriété, droit fondamental », art. préc., p. 659

[1101] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 434.

§ 2. La socialisation du droit de propriété

La socialisation du droit de propriété a conduit à observer qu'il était l'objet d'une certaine « fonctionnalisation »[1102]. Il est, tout ensemble, autant un droit qu'une fonction. Le droit de propriété affiche donc un caractère mixte (A.). Le droit subjectif de propriété est asservi à la réalisation de fins collectives et sociales. Il est nécessairement relatif. La persistance de la référence à son caractère absolu paraît donc relever d'un état révolu (B.). Définitivement, l'absolutisme du droit de propriété n'est pas une réalité juridique.

A. Le caractère mixte du droit de propriété : droit et fonction

La règle posée par l'article 544 semble propre à caractériser la facture particulière de la propriété. La construction du texte tend, en effet, à indiquer les deux aspects de la propriété : l'individuel et le social[1103]. Elle parait même suggérer une certaine ambivalence dans la nature de la propriété : elle serait à la fois un droit et une fonction. C'est le mouvement auquel mène la socialisation du droit civil et qui conduit à entrevoir la propriété non plus seulement comme un droit individuel, mais comme une fonction également. La propriété semble, dans le même temps, affectée à la satisfaction des besoins individuels et à la réalisation de fins plus collectives. Il faut, en effet, saisir le « double aspect que comporte le droit de propriété. Il est à la fois une prérogative individuelle, qui permet l'épanouissement de la personnalité humaine et en même temps une fonction

---

[1102] ROCHFELD (J.), *Les grandes notions …*, *op. cit*., n° 22, p. 184.

[1103] « Tout droit a une double face : la face individuelle et la face sociale ; la propriété ne saurait échapper à cette loi de structure » : JOSSERAND (L.), « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », art. préc., n° 12, p. 104.

sociale qui permet à l'ensemble des hommes d'avoir leur subsistance au moyen de choses matérielles »[1104].

C'est ce second trait qui prescrirait une certaine modération sociale dans l'exercice du droit de propriété[1105]. Ici, l'énoncé de l'article 544 précise que la propriété est un droit mais il indique simultanément le sens dans lequel il doit s'accomplir. Le droit de propriété doit se réaliser en regard d'une destination particulière. On découvre donc derrière la formule toutes les caractéristiques d'une fonction[1106] de la propriété. Le terme fonction pourrait être envisagé comme un tempérament social à l'exercice souverain du droit de propriété[1107]. On connaît effectivement le sens de la réserve de l'article 544 : elle se résout à la faveur de la collectivité. Il faut donc concevoir que « si le droit de propriété est à l'évidence un droit civil en ce qu'il participe de l'organisation des relations entre les individus entre eux, il est aussi un droit social »[1108].

Dans une conception purement subjectiviste et individualiste, on aurait pu penser que le droit de propriété était donné dans l'intérêt exclusif de son titulaire et qu'il pouvait justifier, à son profit, un usage égoïste de la chose. Le droit subjectif de propriété, pourrait être uniquement tourné en direction de la personne du propriétaire. Cette interprétation pourrait légitimer un certain despotisme du droit de propriété. C'est cette posture

---

[1104] ROUAST (A.), *L'évolution du droit de propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant*, p. 42.

[1105] C'est l'idée que défendent les tenants de la théorie de la fonction sociale des droits subjectifs. V. notamment : DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé …*,, op. cit.; JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits, op. cit.* ; RENARD (G.) et TROTABAS (L.), *La fonction sociale de la propriété privée*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930.

[1106] *Contra* : MORANGE (J.), « La Déclaration et le droit de propriété », Droits, 1988, n° 8, p. 110 : « on ne peut pas, à proprement parler, dire que le droit de propriété est, en France, soumis à une « finalité » sociale ; aucun but n'est assigné à ses titulaires. Il est plutôt soumis à des « nécessités » sociales, le législateur étant habilité à le limiter pour le concilier avec les autres droits fondamentaux détenus par les particuliers […] ».

[1107] « Inhérente à la règle juridique, la fonction sociale permet de « mettre en perspective » les droits individuels par rapport à d'autres droits concurrents et de rappeler que ces droits, s'inscrivant dans un ordre juridique, doivent toujours être confrontés à d'autres droits d'égale valeur » : GEIGER (Ch.), La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, 2010, Chron. p. 510.

[1108] STRICKLER (Y.), *Les biens*, op. cit., n° 219.

excessivement individualiste que dénonçait Duguit, expliquant qu'elle avait fait long feu. Ce dernier milite contre la perception du droit subjectif de propriété entendu comme « le pouvoir d'imposer sa personnalité comme telle et à la société et aux autres individus. Ce droit de l'individu, poursuit-il, (…) apparaît même cristallisé en une forme rigide, qu'avaient modelé les juristes romains et qu'adopta le Code Napoléon, la propriété individuelle, qui forme comme la synthèse de tous les droits individuels. Or je me propose de soutenir que si la société n'a pas de droits, que si les diverses classes sociales n'en ont pas, l'individu n'en a pas davantage. J'estime que la notion de *droit subjectif*, c'est-à-dire la notion d'un pouvoir appartenant à un personne d'imposer à une autre sa personnalité, est une notion d'ordre métaphysique, qui ne doit pas avoir sa place dans l'organisation positive des sociétés modernes. Ce concept de droit subjectif, que d'aucuns nous présentent comme une vérité absolue, n'a été qu'un moment dans l'histoire éternellement changeante des institutions et des idées, un moment important, je le veux bien, mais rien de plus. Mettons que venue à son heure elle a joué dans le monde un rôle important et rendu d'immenses services. Mais aujourd'hui son règne est fini »[1109]. En réalité l'auteur envisage le droit subjectif seulement sous l'angle de la puissance écrasante qu'il confère à son titulaire. Il l'appréhende comme le pouvoir d'imposer sa volonté aux autres. C'est le règne de la volonté individuelle qu'il décrit[1110].

La thèse développée par Duguit est celle de la négation du droit subjectif[1111]. Il rejette cette notion en estimant qu'elle ne repose pas sur un fondement véritablement scientifique

---

[1109] DUGUIT (L.), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, Alcan et Guillaumin, 2ème éd., 1911, p. 4.

[1110] « Y a-t-il certaines volontés qui ont, d'une manière permanente ou temporaire, une qualité propre qui leur donne le pouvoir se s'imposer comme telles à d'autres volontés ? Si ce pouvoir existe, il est un droit subjectif, qui est ainsi une qualité propre à certaines volontés, qualité qui fait que les volontés qui en sont investies s'imposent à d'autres volontés, lesquelles sont réciproquement grevés d'un devoir subjectif envers les premières » : DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, T. I, *La règle de droit, Le problème de l'Etat*, Paris, Fontemoing et Cie, 3ème éd., 1927, § 2, p. 15.

[1111] « C'est que dans le siècle par excellence des sciences positives, le domaine du droit est resté encombré de notions d'ordre purement métaphysique ; c'est qu'on n'a pas su apporter à l'étude du problème juridique une méthode véritablement et exclusivement réaliste. Eliminer tout ce qui n'est pas un fait directement constaté, éliminer notamment la notion purement métaphysique de droit subjectif, c'est-à-dire le pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour

et qu'elle dispose d'une assise simplement métaphysique[1112]. Si l'on considère, selon lui, l'évolution de la propriété, il faut admettre qu'elle devient essentiellement une fonction sociale[1113]. Dans ce système, le propriétaire resterait investi d'une charge d'utilité publique et non d'un droit discrétionnaire.

On a pu juger que cette théorie, en raison même de sa radicalité, méritait d'être nuancée. « La négation du droit subjectif n'est nullement fondée sur l'observation de la réalité, explique Monsieur Morin. C'est contrairement à la méthode préconisée par Duguit, une négation *a priori*. En se plaçant sur le terrain choisi par Duguit, le terrain des faits, l'on constate que, si la propriété comporte de plus en plus des restrictions et des obligations dans l'intérêt de la collectivité, cependant, elle laisse encore au propriétaire une certaine autonomie. Elle demeure pour lui un droit, c'est-à-dire une liberté »[1114].

En réalité, cette physionomie particulière qui s'attache à la description de la propriété n'est que la manifestation de la nature hybride du droit subjectif. Au terme de l'analyse, en effet, la propriété serait à la fois droit et fonction ou, pour le dire plus simplement, un droit-fonction[1115]. Le droit de propriété ne se conçoit qu'assujetti à la fonction[1116]. Il en

---

déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit. C'est l'effort que je tente. Au lecteur de dire si j'y ai réussi » : *Ibid*., § 1, p. 3.

[1112] *Contra* v. GENY (F.), « Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit », *RTD. Civ.*, t. 21, 1922, p. 800 : « Il est aisé d'abuser de certaines expressions peu mesurées, pour prêter aux adversaires une conception métaphysique, qui dépasse absolument leurs visées. (…) Aucune idée de qualité métaphysiquement inhérente à la personne ou de supériorité intrinsèque de volonté n'est véritablement indispensable, ni même raisonnablement admissible, pour rendre la notion, extrêmement simple dans son essence, du droit subjectif, telle qu'on l'applique, par exemple, au droit de créance ou au droit de propriété ».

[1113] V. not. : DUGUIT (L.), *Les transformations du droit privé…*, op. cit., spéc., p. 117

[1114] MORIN (G.), « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert,* Paris, LGDJ, 1950, T. II, p. 13.

[1115] V. à ce sujet : DABIN (J.), *Le droit subjectif*, op. cit., p. 43.

[1116] *Contra* : MORIN (G.), « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », art. préc., p. 14 : « La logique exige le choix entre le concept de droit et celui de fonction. Il est impossible de cumuler les deux ».

ressort que le droit de propriété est un droit mixte[1117]. Le droit subjectif de propriété procède, en effet, d'un assemblage particulier. Il apparaît comme un « *complexus* de droit individuel et de droit social »[1118]. Dans cette perspective, il est, par essence, relatif[1119]. Il faut, en effet, concevoir que le droit de propriété se réalise « non pas dans une direction quelconque, mais dans une ambiance sociale »[1120] puisque comme le précise Josserand, « si ce droit tyrannique était abandonné à lui-même, à sa nature spécifique, il envahirait tout et finirait par se détruire lui-même »[1121]. Cette tendance a gagné, dans la conception contemporaine, les droits de propriété intellectuelle, lesquels sont présentés par certains auteurs comme des droits soumis à un profond « ancrage » social, comme des prérogatives. C'est ainsi que l'on soutient l'idée d'une destination sociale affectée à l'accomplissement des droits de propriété intellectuelle[1122]. Ils développent une finalité qui

---

[1117] « Entre le droit subjectif pur et la fonction pure, (…) il existe des droits qui ont un caractère à la fois subjectif et fonctionnel. L'homme les exerce dans son intérêt propre, mais en les exerçant il sert en même temps la collectivité, et son activité, tout en étant dirigée par des fins personnelles, ne saurait faire abstraction de l'intérêt général auquel il doit, au contraire, savoir l'ordonner. Le type le plus remarquable de ces droits mixtes est fourni par le droit de propriété » : ROUAST (A.), « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », art. préc. , n° 11, p. 7

[1118] RENARD (G.) et TROTABAS (L.), *La fonction sociale de la propriété privée*, *op. cit.*, p. 15.

[1119] « En réalité, et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonction ; ils doivent demeurer dans le plan même de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit », JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 292, p. 395.

[1120] *Ibid*., n° 305, p. 415.

[1121] *Ibid*., n° 14, p. 16

[1122] Voir en particulier : GEIGER (Ch.), « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, 2010, n° 9, p. 510 ; VIVANT (M.), « Marque et fonction sociale de la marque ou quand la réalité passe le rêve », in GEIGER (Ch.) et SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Le droit des marques au XXIe siècle*, Paris, Litec, 2011.

les tempère[1123]. Comme droits subjectifs, ils sont des prérogatives causées et ordonnées à la réalisation d'une fonction sociale[1124].

Cette thèse de la relativité des droits tend à remettre en cause le caractère sacré du droit de propriété. Les auteurs, désignant le droit de propriété, ont régulièrement signalé que « l'absolu n'est plus ce qu'il était »[1125]. Les réserves qu'on lui oppose amènent à s'interroger sur l'opportunité de maintenir la référence à l'absolutisme que livrent encore les textes.

B. L'opportunité du maintien du caractère absolu

L'ambivalence structurelle de la propriété invite à s'interroger sur l'intensité de son caractère absolu. Josserand admettait d'ailleurs « l'impossibilité sociale d'un droit de propriété absolu »[1126]. La dimension sociale de la propriété laisse apparaître qu' « il n'y a pas de droits individuels absolus »[1127]. Il y aurait, poursuit Gounot, « au regard des collectivités et de l'Etat, des droits individuels relatifs, qui, sans doute, sont toujours

---

[1123] « Insister sur la fonction sociale de ces droits, c'est « mettre en perspective » les droits de propriété intellectuelle par rapport à d'autres droits concurrents et rappeler que ces droits s'inscrivent dans un ordre juridique, que les droits individuels doivent dès lors être confrontés à d'autres d'égale valeur ainsi qu'aux intérêts de la collectivité. (…) Insister sur la fonction sociale des droits de propriété intellectuelle, c'est donc identifier un impératif de mesure et d'équilibre dans la mise en œuvre de ces droits » : *Ibid.*, p. 511.

[1124] « L'exercice des droits de propriété intellectuelle est encadré (…) comme l'exercice de tout droit. Mais, plus substantiellement, c'est l'objet même de ce droits qui, à n'en pas douter, doit être considéré comme « finalisé », « profilé » : VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, « notice n°1 », p. 6 ; Voir également VIVANT (M.), « Touche pas à mon filtre ! De l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E*, 1993, I, 251 ; BRUGUIERE (J.-M.), Droit des propriétés intellectuelles, Paris, Ellipses, coll. « mise au point », 2ème éd., 2011, n°154, p. 122 : « la propriété intellectuelle, comme tous les autres droits, (…) à certaines finalités économiques et sociales.

[1125] VIVANT (M.) (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, notice préc., p. 6.

[1126] JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits …*, op. cit., n° 14, p. 17.

[1127] GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé …*, op. cit., p. 456.

conditionnés par le milieu social, où mutuellement ils se limitent et se compénètrent, mais qui n'en ont pas moins leur point d'appartenance dans l'individu lui-même »[1128]. Dans cet ordre, les volontés individuelles sont des missions[1129], elles demeurent asservies au droit. Il faut constater une certaine inclination de la volonté. Elle n'exerce pas son autorité de manière souveraine. Ainsi, « l'ordre juridique n'a pas à se plier à toutes les fantaisies, à tous les caprices des volontés privées, mais seulement à celles de leurs manifestations qui tendent ou sont socialement présumées tendre à des fins objectivement légitimes. Seule la volonté *juste* a droit à la protection de la loi »[1130]. L'empire de la volonté n'est donc que relatif. Certains ont mis en relief le non-sens que traduisait cette contrariété : « la définition du Code revient exactement à celle-ci : la propriété est un pouvoir absolu qui n'est pas absolu »[1131]

La proposition selon laquelle le droit de propriété est absolu et illimité ne tient que si l'on maintient son titulaire dans un certain isolement. Or, la propriété est naturellement limitée par la proximité d'autres propriétés qui indiquent les limites dans l'exercice du droit qu'elle confère. En effet, « la propriété particulière vit sous la condition de la pluralité (…) et chaque propriété particulière est nécessairement limitée par ses sœurs »[1132]. La découverte d'une fonction sociale de la propriété privée, suppose la mise en balance des droits individuels avec d'autres droits concurrents. On doit effectivement considérer, dans un même système juridique, la coexistence des droits d'égale nature et d'égale valeur.

[1128] *Ibid*.

[1129] « Ce sont des compétences, plutôt que des libertés, du moins au sens de la philosophie individualiste », *Ibid*., p. 458.

[1130] *Ibid*.

[1131] DE VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de propriété », art. préc., n° 62, pp. 477-478 ; l'auteur ajoute pour évoquer cette contradiction que « l'article 544 commence par dire que la propriété est un pouvoir absolu, ce qui signifie apparemment un pouvoir sans limites. Il met même au superlatif le mot absolu, qui, dans ce sens, exprime une qualité insusceptible de degré. Puis il contredit cette première affirmation en disant que ce pouvoir sans limites est néanmoins restreint par les lois et les règlements », *Ibid*.

[1132] XIFARAS (M.), *La propriété, Etude de philosophie du droit*, op.cit., p. 151.

Compte tenu de ces contraintes extérieures au droit de propriété, il faut retenir que « toute propriété vit aux dépens de la propriété voisine »[1133].

De manière générale, les restrictions à l'exercice de la propriété se multiplient en faveur de la collectivité. Une telle « compression du droit de propriété »[1134], amène à douter de la vigueur du principe de l'absolutisme du droit de propriété. Dans une certaine mesure, on pourrait penser que son caractère absolu est devenu un pur « fantasme »[1135]. C'est cette espèce d'éveil de la propriété à la conscience sociale qui a précipité ce constat. Selon le Professeur Strickler, en effet, « le droit de propriété ne se conçoit qu'associé à des enjeux collectifs. Comment en effet vouloir envisager un droit d'appropriation pour soi si l'on ne considère pas dans le même temps l' « être ensemble » ? Malgré l'effet d'annonce législatif, le droit de propriété n'est pas absolu »[1136].
Dans le prolongement de ces observations, les auteurs s'interrogent légitimement sur l'opportunité de préserver la formule de l'article 544 du Code civil. Au plan doctrinal, la présentation traditionnelle de la propriété comme une puissance soulève les plus vives cautions. « Le propriétaire moderne, peut-on lire, ressemble de plus en plus à un homme enfermé dans une cage, qui ne peut plus faire un mouvement sans heurter quelque barreau. (…) Nous sommes loin dans la pratique de la lettre de l'article 544 et même de son esprit, et l'on comprend que ce texte apparaisse comme singulièrement désuet à beaucoup de gens. Faut-il donc le supprimer ? Faut-il renverser la formule en disant que le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses *de la manière qu'autorisent les lois et les règlements* ? Faut-il même aller plus loin, effacer la vieille notion de l'arsenal de notre droit, y substituer l'idée d'une concession, chère au droit public, ou revenir à l'idée

---

[1133] ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 69a, p. 99.

[1134] JOSSERAND (L.) « Configuration de la propriété dans l'ordre juridique nouveau », art. préc., n° 16, p. 108.

[1135] CARON (C.) et LECUYER (H.), *Le droit des biens*, op. cit.,p. 49.

[1136] STRICKLER (Y.), *Les biens*, Paris, PUF, n° 224.

d'avant la Révolution du domaine éminent de l'Etat ? »[1137]. Carbonnier n'hésite pas à programmer la disparition de la mention au caractère absolu du droit de propriété. « Il est probable, écrit-il, que, dans une révision du Code civil, qui aurait lieu aujourd'hui, même si l'on ne croyait pas devoir ajouter la notion de fonction sociale à la définition de la propriété (…), on ne se tiendrait pas d'en faire disparaître toute allusion à l'absolu »[1138].

Conclusion du Chapitre 1 :

Il semble que la conception classique du droit de propriété, comme une somme d'attributs, ne tienne plus. L'analyse essentiellement subjective du droit de propriété ne résiste pas à l'évolution de l'état du droit. Il faut, en effet, concevoir que « l'exclusivité individualiste paraît tout à fait hors saison »[1139]. Bien à l'inverse, c'est l'état actuel de socialisation dans lequel se trouve le droit de propriété qui frappe. Si la propriété est encore assise sur l'exclusivité, c'est essentiellement parce que les traits de l'exclusivisme du droit de propriété ont varié pour s'adapter spécifiquement à la forme des biens de nouvelle génération. La permanence de la référence à l'absolutisme du droit paraît néanmoins plus contestable. Amoindri, le droit subjectif de propriété, semble, dans une large mesure avoir été désacralisé. Les théories qui ont été élaborées au début du 20ème siècle pour donner à l'exercice du droit une dimension et une direction sociale ont infusé. Elles ont démontré leur actualité, à l'heure où nombre d'auteurs émettent des réserves quant à l'opportunité de laisser en place la mention du caractère absolu du droit de propriété. On oppose également, ce qui est conforme à la lettre de l'article 544 du Code civil, à l'absolutisme des considérations tirées de l'intérêt de la collectivité. Dans ce sens, le droit de propriété apparaît encore limité. Cet état est aussi révélateur de sa socialisation.

[1137] ROUAST (A.), *L'évolution du droit de propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant*, op. cit., p. 51.

[1138] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 73, p. 150

[1139] CARBONNIER (J.), *Flexible droit*…, Titre III « La propriété », op. cit.

Chapitre 2 : Les limitations aux droits du propriétaire sur la chose appropriée

Le droit de propriété est désigné comme un droit subjectif. L'analyse de la propriété montre, toutefois, que sa définition ne saurait se limiter à ce seul aspect et que cette première présentation n'est pas exclusive de la révélation de sa dimension objective[1140]. Le droit de propriété est tout à la fois empreint de subjectivisme et d'objectivisme. Cette objectivation est le fait d'une conception sociale de la propriété au terme de laquelle on admet que l'exercice de celle-ci est ordonné au respect de l'intérêt de la collectivité.

Le voisinage produit un enchevêtrement de contraintes qui pèse sur la propriété particulière. Si Ripert considérait l'objet de son travail de thèse comme « une question de pur droit privé »[1141] une des « matières, dans le droit civil »[1142] il apparait tout de même que cette notion de voisinage permet de dépasser la distinction classique du Droit public et du Droit privé. La protection du voisinage s'élabore tant au plan individuel que dans le cadre plus élargi des collectivités, au sens administratif du terme.

L'usage de la propriété se socialise. Ceci n'est pas sans consacrer un certain repli de l'exercice individualiste, égoïste du droit de propriété. L'image du propriétaire souverain est désormais dégradée. Touché dans son absolutisme, le droit de propriété n'en demeure pas moins fondamental. Il doit, en effet, pouvoir se concevoir même diminué[1143]. Les juridictions l'admettent aisément. Comme l'indique N. Molfessis, le Conseil constitutionnel développe une analyse du droit de propriété « compris comme une

---

[1140] Voir sur ce point : LOGEAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Préf. PETIT (J.), Paris, L'Harmattan, 2011, p. 277 et s.

[1141] *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, op. cit., p. 1

[1142] APPERT (G.), « Les droits du propriétaire vis-à-vis des ses voisins », *RTD. Civ.*, 1906, p. 71

[1143] « Sans que le droit de propriété perde son nom et par conséquent sa définition, les lois positives lui font subir de nombreuses restrictions, et le propriétaire lui-même, en concédant à d'autres personnes des droits sur la chose, diminue fréquemment le champ libre de son activité sur elle » : VAREILLES-SOMMIERES (Marquis de.), *op. cit.*, p. 443.

« totalité » »[1144], il ne saurait être défini par la somme des attributs qu'il offre[1145]. C'est donc dans le respect du principe de la propriété privée que nombre de restrictions nées dans l'orbite tant du droit public (Section 1.) que du droit privé (Section 2.) ont été élaborées.

Section 1 : Les restrictions à la propriété privée nées dans l'orbite du droit public

Le droit de propriété connait des atteintes légitimées par la prise en compte de nécessités économiques et sociales. L'origine de ces restrictions tend à montrer que la thématique de la propriété privée ressortit au domaine du droit public. La protection matérielle du droit de propriété est née dans la sphère du droit public. L'identification des principes fondamentaux de la propriété ne relève pas de la portée abstraite de l'article 544 du Code civil mais des restrictions apportées par des dispositions qui « ont pu revêtir dans certains cas un aspect assez général et assez permanent pour constituer à leur tour de véritables principes faisant échec aux premiers »[1146].

Depuis la fin du 19ème siècle, on relève une évolution vers le droit public de grands domaines autrefois laissés à l'individu dans la plénitude de sa liberté. L'emprise actuelle de l'Etat et des méthodes du droit public sur les institutions du droit privé est telle que « l'être humain, même dans sa famille, même dans sa propriété, même dans ses contrats,

---

[1144] MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. GOBERT (M.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 287, 1997, p. 81.

[1145] *Ibid.* ; l'auteur souligne que : « le Conseil, de façon cohérente, ne censure pas pour elles-mêmes les limites portées aux attributs du droit de propriété. C'est bien en faisant abstraction du droit de propriété compris comme une collection d'attributs, que l'on peut à la fois tolérer les limitations qui lui sont apportées et ne pas estimer qu'il est mis en cause » : p. 82.

[1146] POMPIDOU (G.) cité par DE MONGOLFIER (J.-F.), « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privée », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 31, Dossier : *Le droit des biens et des obligations*, mars 2011.

c'est-à-dire dans le traditionnel royaume du droit privé tend à être traité de moins en moins en particulier et de plus en plus en citoyen chargé d'une service public »[1147]. On ne saurait désormais plus prendre la mesure du droit de propriété sans envisager les apports du droit public (§ 1.). Le droit de propriété doit s'accomplir en considération de l'utilité commune. Dans cette perspective, son exercice est largement régulé par la puissance publique. On admet que les limites posées à la liberté du propriétaire contribuent à installer un certain « état de civilisation »[1148] du droit. Plus généralement la variété des atteintes (§ 2.) qui affectent l'exercice de la propriété paraît caractéristique de sa socialisation.

§ 1. L'emprise du droit public sur le droit de propriété.

L'usage de la propriété est conditionné par la réalisation de l'intérêt général. Cet état est rarement le fait de la volonté autonome du propriétaire privé. Il lui est imposé au terme d'une réglementation publique dense. La multiplication des restrictions d'essence administrative que l'on oppose au libre exercice de la propriété privée témoigne de l'affaiblissement de la *summa divisio* qui distingue entre le domaine du droit public de celui du droit privé. On relève, une tendance à la publicisation du droit privé (A.) qui permet de douter de l'existence d'une frontière hermétique entre eux. L'emprise des règles publicistes est également sensible si l'on considère que le droit constitutionnel, traditionnellement affilié au droit public selon la classification académique, participe largement à l'élaboration d'une théorie de la propriété (B.).

[1147] SAVATIER (R.), *Du droit privé au droit public*, op. cit., p. 4

[1148] *Ibid*.

A. La publicisation du droit privé

Dans la société contemporaine, l'homme est confronté à un voisinage élargi. La vie sociale engage désormais à des rapports plus complexes. On constate corrélativement une certaine publicisation du droit privé. L'évolution du droit de propriété semble en être un marqueur majeur. Le droit de propriété, en effet, parait de plus en plus atteint dans son caractère absolu, inviolable et sacré en raison de l'intérêt général. Il est enfermé dans des restrictions de plus en plus nombreuses qui tiennent à la considération de la notion d'utilité publique. La question de la publicisation du droit a été l'objet de développements doctrinaux abondants[1149]. En réalité, ce thème de l'immixtion du droit public dans le droit privé nourrit assez largement les écrits juridiques d'après-guerre[1150]. On doit à René Savatier d'avoir contribué de manière significative à l'explication du phénomène et d'en avoir décrit les différentes manifestations[1151]. Evoquant l'empire du droit public, il indique que le mouvement a gagné le terrain du droit des biens. Le droit de propriété s'en trouve naturellement affecté. Aux réserves tenant à la fréquentation par le propriétaire d'un voisinage immédiat et restreint s'ajoutent régulièrement les obligations liées à la

---

[1149] V. not. : RIVERO (J.), « Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ? », *D.*, 1947, Chron., p. 72 ; JOSSERAND (L.), « La « publicisation » du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert,* Cinquième partie, *Le droit comparé comme science sociale*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938 : « L'évolution accélérée qui bouscule le droit privé, spécialement le droit civil, et qui l'emporte vers des destinées nouvelles, est marquée de phénomènes juridiques, économiques et sociaux dont le moins remarquable n'est certainement pas son imprégnation profonde par le droit public » § 145, p. 143. Rejetant toute idée d'impérialisme du droit public, v. également sur le même thème : MAZEAUD (H.), « Défense du droit privé », *Dalloz*, 1946, Chron., p. 17 ; FLOUR (J.), « Influence du droit public sur le droit privé », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1947, p. 184.

[1150] C'est semble-t-il notamment du côté du droit des biens qu'elle se manifeste. On remarque une certaine correspondance avec les nationalisations de la Libération.

[1151] SAVATIER (R.), *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, op. cit. ; SAVATIER (R.), « Droit privé et droit public », *D.*, 1946, Chron. p. 25.

préservation des intérêts de la collectivité. C'est ainsi que, « le monde étant devenu plus petit, on a constaté, écrit Monsieur Savatier, que tous les hommes étaient voisins les uns des autres. C'est un peu ce qui explique l'élargissement des obligations du propriétaire, envers un voisinage comprenant désormais tous les membres du corps social »[1152]. Il faut par suite relever que « le droit de propriété, au lieu de rester simplement un droit civil, est, de plus en plus, entré dans les dépendances du droit public »[1153].

La publicisation du droit participe de sa socialisation. Dans le discours des auteurs, les propositions semblent d'ailleurs tenues pour équivalentes. Ripert les assimile même complètement en soulignant que « dans le monde politique, on ne dit pas la *publicisation du droit*, on dit la *socialisation du droit* »[1154]. Il indique ensuite, suggérant une certaine identité, que « la publicisation est le moyen de rendre le droit social »[1155]. Associée à la promotion du *social*, la publicisation apparaît volontiers dans la présentation comme attachée à l'idée de progrès[1156]. La publicisation consacre une perspective nouvelle. Elle offre encore d'éveiller le droit à des conceptions différentes et d'engager les disciplines juridiques sur « un plan différent de l'ancien, moins individuel et plus social, moins libéral et plus réglementaire, moins purement civiliste et davantage publiciste »[1157]. La publicisation évoquée procède dès lors bien du projet de socialisation du droit. Dans une mesure assez large, la socialisation du droit se réalise à la faveur d'une incursion croissante de l'Etat dans les rapports entre particuliers, dans les relations juridiques privées. La socialisation du droit des biens s'entend partant d'un processus semblable qui

---

[1152] SAVATIER (R.), *Du droit civil au droit public …*, op. cit., p. 35

[1153] *Ibid*.

[1154] RIPERT (G.), *Le déclin du droit…*, op. cit., n° 11, p. 38.

[1155] *Ibid*., p. 39.

[1156] « La publicisation, en effet, est facilement présentée comme un progrès. Elle introduit, dans le droit, plus de préoccupations sociales, en lutte contre l'égoïsme des individus que favorisait l'absolutisme classique de leurs doits subjectifs », FLOUR (J.), « Influence du droit public sur le doit privé », rapport préc., pp. 84-85.

[1157] JOSSERAND (L.), « La « publicisation » du contrat », art. préc., § 145, p. 143.

amène à constater un certain encadrement volonté du propriétaire et de ses prérogatives. Il n'y adonc rien de paradoxal à envisager que la socialisation du droit de propriété privée tombe partiellement sous la coupe d'une réglementation d'origine essentiellement publique ou administrative. Ce mouvement fait advenir la propriété comme un objet social et développer une certaine sensibilité à l'intérêt de la collectivité. La propriété apparait « socialisée, dans sa finalité comme dans son fonctionnement »[1158].

Ignorant assez largement la part à prendre de l'Etat et des collectivités, dans l'appropriation des ressources, il est intéressant de relever, dans la doctrine du XIXe siècle, un certain enthousiasme à évoquer l'organisation par le Code civil de la propriété particulière et privée et l'installation de la notion dans les contours du droit privé. Dans ce contexte, les propos de Demolombe paraissent révélateurs de cette posture qui vise à louer le clivage entre public et privé, et, l'instituer comme division fondamentale de l'ordonnancement juridique. « Nous ne saurions trop approuver, indique l'exégète, la séparation que les rédacteurs du Code ont établie entre ces deux ordres de lois. Le terrain du droit civil est dieu merci !, plus ferme et plus stable que celui du droit public et administratif (…) »[1159]. La distinction du public et du privé est une permanence de nos sociétés contemporaines. Révélant une espèce de dualité, l'univers juridique parait également construit sur cette opposition. Elle constitue un modèle sur lequel repose la structure de l'espace juridique[1160]. Cette transposition correspond, dans une certaine mesure, à la « mise en scène juridique du réel »[1161]. C'est à cette fonction que semble tenir sa légitimité. Public et privé apparaissent donc présentés comme deux antipodes. Pourtant,

---

[1158] *Ibid*., p. 144.

[1159] DEMOLOMBE (C.), *Traité de la distinction des biens*, op. cit., p. 317

[1160] CAILLOSSE (J.), « Droit public - droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, p. 955.

[1161] *Ibid*.

nombre d'événements consacrent un rapprochement entre les deux sphères évoquées[1162] et remettent en cause cette bipolarisation de la société[1163]. On en mesure un certain retentissement sur l'état des conceptions juridiques. Le modèle parait largement ébranlé. Traditionnellement la distinction droit public / droit privé repose sur une opposition de domaine. Néanmoins, on remarque désormais une réduction de l'opposition entre intérêt général et intérêts particuliers et une conciliation avec certaines activités privées[1164]. Comme il a pu être constaté, progressivement, à l'heure actuelle, on assiste à une certaine convergence, « la libre poursuite des intérêts individuels est la forme la plus achevée de l'intérêt général »[1165]. Dans sa détermination actuelle, l'intérêt individuel semble rejoindre l'intérêt général. Cette tendance parait être, dans une certaine mesure, le fait d'une socialisation plus aboutie, au terme de laquelle, « le développement des rapports collectifs a entraîné le droit privé hors de la sphère individualiste »[1166]. Le mouvement implique directement l'institution de la propriété qui « est aujourd'hui liée de diverses façons au fait social »[1167]. La propriété s'est socialisée dans son fonctionnement[1168]. Considérant la

---

[1162] Ils sont notamment repris par CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens, Contribution à la définition de la notion de biens*, Préf. UNTERMAIER (J.), Paris, Dalloz, Nlle Bibl. th., 2004, n° 4 et s.

[1163] « La « société » c'est, au-delà du privé et du public, le lieu de dissolution de leur différence, (…). Elle est le terme qui définitivement rend caduque leur opposition. La mise en perspective des phénomènes de socialisation permet de percevoir la dédifférenciation de l'espace public comme une aggravation du déclin du politique dans les sociétés complexes », CLAM (J.), « Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes », *in Le privé et le public, APD*, 1997, T. 41, Paris, Sirey, p. 217.

[1164] « Les déplacements se font bien sûr dans les deux sens. Du public vers le privé, dès lors que l'Etat fait intervenir son droit pour garantir la compatibilité d'activités indéniablement privées avec cet intérêt général dont il l'entière maîtrise juridique (…). Mais la mobilité se vérifie également dans le sens privé-public.

[1165] RICHER (L.), « Service public et intérêt privé », *in Le privé et le public, op. cit.*, p. 293

[1166] CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens, Contribution à la définition de la notion de biens, op. cit.*, n° 8, p. 8.

[1167] RIEZLER (E.), « Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public », *in Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, *op. cit.*, § 143, p. 127.

[1168] JOSSERAND (L.), « La « publicisation » du contrat », art. préc., § 145, p. 144.

multiplicité des obligations mises à la charge du propriétaire, l'idée s'impose progressivement et par transposition de langage que celui-ci se trouve véritablement investi d'un service public.

Le principe d'une démarcation entre droit public et droit privé, s'est maintenu au plan académique. Néanmoins, l'occupation par certaines notions de la ligne séparative, a régulièrement amené les auteurs à s'interroger sur la consistance scientifique d'une opposition entre droit public et droit privé et à douter de la pertinence de la partition[1169].

Les incursions du droit public dans le domaine des relations privées ne sauraient se concevoir en termes d'annexion pure et simple[1170]. L'idée d'une domination exercée par le droit public sur l'ensemble des disciplines juridiques mérite, selon certains, d'être repoussée[1171]. Le principe d'une publicisation du droit n'a, en effet, pas remporté, une adhésion franche et totale de la doctrine au cours du XXe siècle[1172]. Le droit affiche nécessairement une certaine ambivalence. La discipline juridique procède d'un balancement entre les deux caractères qu'elle présente. Le droit est tout à la fois privé et

---

[1169] En faveur d'une unité du droit voir déjà dans la doctrine du début du XXe : SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique : Histoire et théories*, op. cit. p. 374 ; DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, Paris, Fontemoing et Cie, 3ème éd., 1927, § 64, pp. 686-687 : « On dit souvent : l'esprit qui doit présider à l'étude du droit public n'est pas le même que celui qui doit inspirer l'étude du droit privé. En vérité, je ne comprends pas ce que cela veut dire. Je croyais que l'esprit qu'on doit apporter à l'étude du droit, c'est l'esprit de justice. C'est assurément avec cet esprit qu'on doit étudier le droit privé. Veut-on dire que c'est avec un esprit différent que l'on doit étudier le droit public ? Je ne saurais le croire ».

[1170] « l'évolution récente ne fournit guère d'exemples de conquête pure et simple ; la substitution brutale du droit public au droit privé dans une matière déterminée reste, jusqu'à nouvel ordre, du domaine de l'hypothèse », RIVERO (J.), « Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ? », art. préc., p. 70

[1171] « Mais n'allons pas proclamer que le droit public pénètre et asservit le droit privé », MAZEAUD (H.), « Défense du droit privé », art. préc., p. 18 ; « Mais, pour rendre compte de faits exacts en soi, la « publicisation » du droit privé n'est-elle pas, elle aussi, une formule excessive ? », FLOUR (J.), « L'influence du droit public sur le droit privé en France », rapp. préc., p. 196 ; « Droit public, droit privé, la distinction dans sa forme classique, était le reflet d'un certain ordre du monde ; or le monde change. L'ébranlement des cadres juridiques traditionnels est beaucoup plus qu'un épisode des relations entre droit public et droit privé : il y a moins envahissement de l'un par l'autre que bouleversement de l'un et de l'autre » : RIVERO (J.), « Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ? », art. préc., p. 72.

[1172] V. encore, MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, pp. 5-6.

public[1173]. Si c'est en dernier lieu le second des qualificatifs qui doit prédominer c'est essentiellement parce que le droit poursuit une fonction sociale. C'est donc principalement l'idée d'une hégémonie du droit public qui ne convainc pas. Elle reposerait, en effet, sur la base de postulats erronés : celui de l'assimilation du droit privé à un droit d'autonomie consacrant le règne de la volonté individuelle et celui de l'identification du droit public à un droit impératif, à raison duquel se multiplient les contraintes venant encadrer la liberté individuelle[1174]. Les auteurs qui contestent la réalité d'une publicisation du droit, préfèrent évoquer une ouverture du droit aux considérations collectives ou sociales et lui substituer l'expression de socialisation[1175].

La publicisation du droit est donc abusive, et le terme « socialisation », plus approprié pour traduire les transformations qui affectent progressivement les différentes institutions du droit privé. Vivement débattu, le thème de la publicisation mérite-t-il pour autant définitivement abandonné ?[1176] Il semble que ces dernières années il ait trouvé une actualité à travers le développement d'une certaine constitutionnalisation du droit de propriété.

[1173] En faveur de cette présentation unitaire : DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, Paris, Fontemoing et Cie, 3ème éd., 1927, op. cit., § 64, pp. 686 et 687.

[1174] « Si le droit privé n'est pas par essence, un droit d'autonomie, réciproquement, le droit public n'est pas, par essence un droit impératif » : FLOUR (J.), « L'influence du droit public sur le droit privé en France », rapp. préc., p. 192.

[1175] « Nul ne saurait nier que les rapports entre particuliers sont de plus en plus souvent régis par des dispositions impératives. A vrai dire, depuis toujours, une immense partie du droit civil fait l'objet de lois impératives : famille, incapacités, biens, successions (…). Phénomène qu'on peut nommer phénomène de socialisation du droit, si l'on veut entendre par là que notre liberté individuelle subit chaque jour des atteintes plus nombreuses », MAZEAUD (H.), « Défense du droit privé », art. préc., p. 17.

[1176] « Si, en son époque, l'idée d'une « invasion » du droit public par le droit privé ne persuada pas, l'idée d'une constitutionnalisation du droit privé, en revanche, connaît une prospérité plus assurée », MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé, op. cit.*, n° 6, p. 6.

B. La constitutionnalisation du droit de propriété

L'institution de la propriété dispose d'un encadrement constitutionnel[1177]. D'un point de vue textuel, elle est appréhendée par deux des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Au terme des articles 2 et 17, la propriété, est un droit « naturel et imprescriptible de l'Homme »[1178], un droit « inviolable et sacré » ; il apparaît que « nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »[1179]. Le corpus définitivement adopté le 26 août 1789, a été intégré dans le bloc de constitutionnalité en raison de la mention qui est faite à la Déclaration dans le Préambule de la Constitution de 1958. La valeur constitutionnelle des principes qu'elle contient est régulièrement réaffirmée par le Conseil constitutionnel depuis 1971[1180]. Ses dispositions, qui sont de droit positif, ont donc investi le sommet de la hiérarchie des normes. C'est au même rang que se trouve élevé le droit de propriété. Sa conservation est donc l'objet d'un contrôle par les autorités qui ont la charge de veiller au respect de la Constitution. C'est le Conseil constitutionnel qui intervient et principalement dans le cadre de la mission qui lui est dévolue par l'article 61 de la Constitution pour contrôler la conformité des lois à la Constitution.

[1177] FRANGI (M.), *Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, Préf. FAVOREU (L.), Paris, Economica, 1992 ; PAULIAT (H.), *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Préf. MORANGE (J.), Limoges, Publications de la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 1994 ; MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Th. préc. ; ROUHETTE (G.), « Le droit privé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préf. VEDEL (G.), Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 1999, ZATTARA (A.-F.), *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Préf. CABRILLAC (R.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 351, 2001.

[1178] Art. 2

[1179] Art. 17

[1180] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

La réalisation de cette mission est l'occasion de relever une certaine mise en relation de la jurisprudence constitutionnelle avec le droit de propriété. L'implication du Conseil constitutionnel est désormais telle qu'il n'est plus permis de douter de sa contribution à l'élaboration d'une théorie générale de la propriété. Une décision, rendue le 16 janvier 1982[1181], est fréquemment signalée comme étant d'une particulière importance. Elle présente un caractère fondateur en ce qu'elle recèle une véritable définition du droit de propriété[1182] . Le Conseil constitutionnel était appelé, à cette période, à se prononcer sur la conformité à la Constitution des nationalisations votées par le Parlement en 1981. La solution est formulée en ces termes : « Considérant que si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général (…) ». Elle reprend par ailleurs les principes précédemment avancés. C'est le droit de propriété, tel qu'il est envisagé par la Déclaration de 1789 qui lui sert véritablement de fondement : « les principes mêmes énoncés par la déclaration des droits de l'homme ont pris pleine valeur constitutionnelle, tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété, dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique, et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté, la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ». Si l'on admet, à la suite de ces développements, que le droit de propriété

[1181] Décision n° 81 – 132 DC ; *D.*, 1983, 169 note HAMON (L.) ; JCP 1982, II, 19788 note NGUYEN (Q.-V.) ; *Gaz. Pal.*, 1982, 1, 67, note PIEDELIEVRE (A.) et DUPICHOT (J.) ; Voir également LUCHAIRE (F.), « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD. Civ.*, 1982, p. 266 et s.

[1182] « La décision du 16 janvier 1982 constitue bien un véritable bouleversement dans l'évolution du droit de propriété. (…) La décision est d'une longueur inhabituelle : elle donne la clé de tout ce qui a été dit et de tout ce qui se dira par la suite sur la propriété. Le 16 janvier, la Haute Instance effectue un retour aux fondements normatifs du droit de propriété, un retour à ses sources textuelles. On peut en déduire des conséquences juridiques, qui apportent un éclairage sur les autres décisions du Conseil : le droit de propriété ne peut plus être conçu après le 16 janvier comme il l'était avant », PAULIAT (H.), *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Th. préc., p. 19. Il faut également ajouter que La Cour de cassation a posé en 1995 que le droit de propriété était un droit fondamental à valeur constitutionnelle : Cass. Civ. 1re, 4 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 3, *D.* 1995. Somm. 328, obs. GRIMALDI (M.), JCP 1996. I. 3921, obs. PERINET-MARQUET (H.), RTD civ. 1996., p. 932, obs. ZENATI (F.)

dispose désormais d'un ancrage constitutionnel, il est permis de se demander quel est le relief que lui donne sa nouvelle situation. L'interprétation à laquelle se livre le Conseil constitutionnel est-elle par ailleurs propre à assurer la promotion d'une conception sociale de la propriété ?

Pour justifier sa solution et se prononcer en faveur de la régularité de la loi de nationalisation, le Conseil constitutionnel opte pour l'explication historique en opérant un retour sur les évolutions qui ont affecté le droit de propriété. La méthode consiste, en réalité, à évaluer la teneur des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme sous l'éclairage particulier des variations qui ont, postérieurement, touché le droit de propriété. Il faut rappeler qu'à l'origine la Déclaration, texte fondamental de la Révolution française, développe une conception profondément individualiste et libérale. En rupture avec cette idéologie, l'interprétation de type historique mise en œuvre par le Conseil constitutionnel permet d'extraire les principes que renferment les articles 2 et 17 de la Déclaration du cadre individualiste dans lequel ils ont éclos et contribue à féconder une conception sociale du droit de propriété[1183]. C'est ainsi que l'argument de la socialisation du droit de propriété fournit un motif à l'élaboration de la décision et sert de justification à l'érosion du droit de propriété. Le raisonnement se déroule en deux temps. Le Conseil constitutionnel évoque, préalablement, toutes les manifestations de la socialisation du droit de propriété : l'extension de son champ d'application et les finalités nouvelles qui conditionnent son exercice, avant d'admettre les atteintes qu'il pourrait subir en raison de l'intérêt général. Cette dernière proposition apparait comme l'étape ultime qui consacre une parfaite socialisation du droit de propriété. Conformément à ce qu'annonçaient les défenseurs d'une conception sociale du droit, il ressort d'une telle motivation que la propriété est moins envisagée comme une liberté ou comme un droit que comme une fonction. Au terme de cette décision, le droit de propriété apparait affaibli. On lui prédit

[1183] V. sur ce thème MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit*., n° 30 et s.

pourtant, dans certains commentaires, « une nouvelle jeunesse »[1184]. Affaibli mais revigoré, comment expliquer cet état paradoxal dans lequel se trouve plongé le droit de propriété ? Les deux plans sont, à la vérité, conciliables. L'individualisme appartenant à un temps révolu, le droit de propriété, doit cette nouvelle force aux limitations qu'on lui oppose au nom de l'intérêt de la collectivité. C'est l'hypothèse d'une socialisation du droit qui permet de proposer une telle lecture.

Le Conseil constitutionnel contribue donc à l'expression d'une conception sociale du droit de propriété. Certains traits de sa jurisprudence tendent à traduire concrètement cette inclination. Nous avons déjà indiqué que la tendance contemporaine qui consiste à définir le bien par la valeur semblait caractéristique d'une certaine socialisation du droit des biens. Généralement, les décisions rendues en matière de nationalisation et d'expropriation permettent d'observer la participation du Conseil à l'objectivation de la notion de bien. C'est en veillant à ce que l'indemnisation accordée dans l'hypothèse d'une privation de propriété soit juste que le Conseil soutient une telle conception du droit de propriété. Cette jurisprudence se révèle assez stimulante. En participant à l'extension de la notion de bien elle favorise l'expansion du domaine de l'appropriation[1185]. En développant une vision économique du droit de propriété, « en faisant sienne cette propagation du droit de propriété – en contrepartie de la possibilité de limiter le droit de propriété au nom de l'intérêt général -, le Conseil est venu consacrer une évolution amorcée de longue date »[1186], il entérine une conception sociale de la propriété. On favorise ainsi une interprétation au terme de laquelle, on constate qu'un même mouvement anime les phénomènes de constitutionnalisation et de socialisation du droit de propriété.

[1184] ROUAULT (M.-C.), « Le Conseil constitutionnel et les nationalisations », *LPA*, 17 avril 1984, n° 44, p. 2.

[1185] V. sur ce point MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé, op. cit.*, n° 102 et s. ; l'auteur indique qu'on ne doit pas être surpris « qu'un détachement de la conception subjective du droit de propriété, et un détachement de l'idée de valeur se soit accompagné dans la jurisprudence constitutionnelle, d'une extension de la notion de bien (…) et d'une extension du droit de propriété à des objets nouveaux » : n° 103, p. 84.

[1186] *Ibid*.

§ 2. Diversité et gradations dans la nature des restrictions à l'exercice de la propriété privée

Certains impératifs d'ordre politique, économique, public ou social ont participé à une certaine érosion de l'absolutisme du droit de propriété. L'interventionnisme étatique s'est particulièrement illustré dans le domaine immobilier. Cette implication est désormais devenue diffuse. On relève une large pénétration des considérations de droit public visant à restreindre voire à anéantir les prérogatives individuelles des propriétaires. En matière immobilière les interventions législatives se sont multipliées et succédées pour fournir un encadrement à l'exercice de la propriété privée. Il en résulte une complexité croissante. La multiplication des contraintes entre en concurrence avec la plénitude du droit de propriété. On relève, en effet, un « envahissement du droit de propriété par une luxuriance de prérogatives rivales qui concourent à l'exténuer » auquel s'ajoutent une gradation (B) et une diversité dans les atteintes (A). L'exposé n'a pas ici vocation à l'exhaustivité mais à indiquer quelques éléments qui tendent à démontrer le développement tentaculaire de la notion d'intérêt public.

A. Une diversité dans les contraintes liées à l'expression des intérêts de la collectivité

Dans un souci de protection de l'environnement, un corpus spécifique vient édicter des mesures particulières qui visent à restreindre la liberté individuelle du propriétaire privé en limitant notamment le droit de construire ou en interdisant certaines activités polluantes. C'est principalement le Code de l'environnement qui organise cette sauvegarde des espaces naturels tels la montagne, la forêt, le littoral face aux atteintes potentielles qu'ils pourraient subir. Cette considération portée à l'environnement est à l'origine de contraintes toujours plus nombreuses qui s'imposent en matière immobilière aux

propriétaires privés. On songe notamment aux charges grevant les fonds riverains du domaine public côtier[1187]. On voit également se développer une réglementation visant à prévenir, dans certaines zones, les risques technologiques engendrés par l'activité humaine et à encadrer l'exploitation de produits dangereux et de sites à risques[1188].

L'intérêt écologique suppose la recherche d'un juste équilibre entre la protection de la Nature et de l'environnement et l'appropriation privative du sol. L'exploitation économique de la Nature doit être raisonnée. La préservation de la Nature pèse sur la collectivité. En mettant l'accent sur les devoirs de chacun à l'égard du milieu naturel, le souci de socialiser la nature[1189] est, en effet, venu au jour. Certaines dispositions révèlent cet objectif. On songe notamment aux articles L 110-2 du Code de l'environnement ainsi qu'au Préambule de la Charte de l'environnement[1190], qui indiquent respectivement qu' « il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement » et que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ». La reconnaissance de l'environnement en tant que patrimoine commun donne un relief particulier à l'intervention humaine. L'homme est dépendant d'un tout, d'un ensemble. L'expression de patrimoine commun systématise l'idée qu'il existe un intérêt général à assurer la transmission aux générations futures des richesses de la Nature. L'individu doit préserver les possibilités d'usage ultérieur des ressources qu'elle procure. Il est nécessaire de transiger entre les notions du droit commun et les principes posés par le droit de l'environnement. Il convient de procéder à l'articulation des droits subjectifs sur les ressources naturelles et la défense des droits objectifs mise en œuvre par le droit de l'environnement. L'exercice du droit de propriété se trouve limité par l'obligation de rendre compte de l'usage qui en est fait. Cette analyse met en relief la fonction sociale du

---

[1187] V. les art. L. 160-6 C. urb. et L. 321-10 C. env.

[1188] V. spéc. L. n° 2003-699 du 30 juillet 2003.

[1189] SAINT-MARC (Ph.), *La socialisation de la Nature*, Paris, Stock, 1971.

[1190] L. constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, art. 2.

droit de propriété. Abandonnant une large part de sa souveraineté, le propriétaire pourrait être assimilé à un simple « usager » du sol ou de ses ressources[1191].

Ces considérations environnementales connaissent des rapports étroits avec l'organisation de la propriété immobilière urbaine et le droit de la construction.

On constate dans le paysage contemporain un certain recul des campagnes[1192]. Parallèlement, un phénomène d'urbanisation se développe. Afin d'éviter le désordre, la construction est soumise à des règles précises et multiples qui touchent à l'organisation de l'espace urbain. Cette réglementation est principalement le fait du Code de l'urbanisme et de manière plus secondaire celui du Code de la construction et de l'habitat. L'intervention de la puissance publique est ici légitimée par l'article 110 du premier Code lorsqu'il énonce que « le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences ». Dans l'intérêt général, nombre de limitations sont édictées. Elles atteignent la liberté de détermination de l'assiette de la propriété immobilière ainsi que son exercice. La liberté de construire est encadrée au plan administratif, elle est largement limitée par une série de considérations touchant à l'utilisation[1193] et à l'occupation[1194] du sol urbain. On trouve un

---

[1191] « L'obligation de conservation au niveau national implique nécessairement la négation de la plénipotence du propriétaire sur la portion [...]. Si la propriété est conservée, , il n'y a plus de souveraineté du propriétaire : ses prérogatives sont revisitées et leur usage n'est plus asservi à la seule satisfaction de fins égoïstes mais cède devant les impératifs sociaux de la conservation […]. En ce sens, la notion de patrimoine commun emporte une dissociation de compétence entre un « usager », le propriétaire, et une autorité investie de sa protection, les organes représentant la Nation : ce qui importe c'est que l'usager est bridé dans l'exercice de ses prérogatives », VARNEROT (V.), « L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines », *Revue juridique de l'environnement (R.J.E.)*, 2002, n° 2, p. 136.

[1192] Pour autant la vie rurale n'en est pas moins encadrée. Toute une série de dispositions élaborées dans le cadre du code rural témoignent de l'existence d'un interventionnisme plus marqué qui se manifeste dans le sens d'une réglementation de l'activité foncière et agricole et viennent restreindre le droit du propriétaire sur son fonds. L'objectif : favoriser certaines cultures, éviter la surproduction et assurer une bonne exploitation du sol ; Voir : OURLIAC (P.), « Propriété et exploitation : l'évolution récente du droit rural » in *Mél. dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 881.

[1193] C. urb., art. L. 112-1 al 1 : « Le droit de construire est attaché à la propriété du sol. Il s'exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation du sol »

[1194] *Ibid.*, art. L. 123-1, al 1 : « Les plans d'occupation des sols fixent, dans le cadre des orientations des schémas directeurs ou de schéma de secteur, s'il en existe, les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols qui peuvent notamment comporter l'interdiction de construire ».

complexe assez détaillé de règles venant entourer l'exercice de la propriété dans les villes. A celles-ci s'agrègent encore d'autres restrictions qui s'appliquent principalement à la propriété bâtie et qui tiennent à un objectif de sécurité et d'hygiène publique.

Le développement de la notion de patrimoine[1195] amène à découvrir dans le champ même du droit des biens une série de dispositions édictées à la faveur de l'intérêt historique ou artistique. C'est ainsi, que l'administration agit en limitation des prérogatives des propriétaires d'immeubles classés par un système d'autorisations préalables l'habilitant à exploiter ou à entretenir le bien présentant un intérêt historique. L'encadrement administratif de la possibilité d'effectuer des fouilles archéologiques[1196] procède d'un souci identique de préservation du patrimoine culturel de la nation. Les limitations se multiplient donc, dans l'intérêt public, à la propriété du dessous.

L'inventaire des restrictions n'est qu'anecdotique. Il permet tout de même de relever une certaine tendance à la généralisation de l'intervention de la notion d'intérêt général[1197]. Celle-ci se développe au point de couvrir un terrain plus vaste et d'offrir au droit public

---

[1195] Le concept de patrimoine culturel a connu une extension. Au départ, l'expression désignait essentiellement le patrimoine culturel matériel, selon une liste établie par l'UNESCO en 1972 des sites à protéger. Elle inclut désormais la notion de patrimoine culturel immatériel de l'humanité. Cette intégration a été achevée par l'adoption par l'UNESCO, en 2003, de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Entrée en vigueur le 20 avril 2006, la Convention dispose, en son article 2, qu'il faut entendre par « patrimoine culturel immatériel » : les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, lit-on encore, est transmis de génération en génération, et est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine.

[1196] V. spéc. les dispositions du décret n° 94 – 422 du 27 mai 1994 portant réforme de la loi du 27 septembre 1941.

[1197] Il peut s'agir d'un intérêt protégé par la Constitution telle la protection de la santé comme l'indique le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ou encore, d'un intérêt envisagé comme un « objectif de valeur constitutionnelle » comme l'est le droit au logement. L'intérêt général peut également trouver son fondement en dehors de la Constitution. C'est ainsi que, par exemple, l'encadrement par les collectivités de l'occupation des sols et du développement urbain (Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000), la maitrise des dépenses de santé (Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991) ou encore l'amélioration de l'information du consommateur (Décision 91-303 DC du 15 janvier 1992) sont considérés comme revêtant un caractère d'intérêt général.

une emprise plus remarquable sur le droit des biens. Une réglementation périphérique s'élabore en marge du droit commun. Le déploiement qu'elle affiche tend à remettre en cause son caractère spécial. La diversité des déclinaisons que connait l'intérêt de la collectivité que ses dispositions mettent en avant permet de croire que c'est dans une mesure égale la socialisation de la propriété qui est à l'œuvre. Dans cette perspective, le droit de propriété conserve l'allure d'un principe fondamental qui peut, au nom de l'intérêt général, être limité.

B. La variété des atteintes portées à la propriété privée

Certaines limitations peuvent être apportées à l'exercice de la propriété privée pour assurer la bonne exploitation d'un bien dépendant du domaine public. Posées dans l'intérêt de la collectivité, on en visage souvent ces restrictions au droit de propriété privée sous la dénomination de servitudes d'utilité publique. Elles ont pour fondement d'imposer des charges à la propriété foncière pour satisfaire à un motif d'intérêt général. Le Code civil ne leur consacre que peu de place puisqu'elles relèvent d'une réglementation de nature essentiellement administrative[1198]. Le nombre de ces limitations s'accroit à mesure que l'intervention de l'Etat se manifeste et se diversifie. Dans l'esprit, elles sont inspirées par les nombreux impératifs que l'Etat protège dans le souci de l'intérêt public. En prenant en considération le but en vue duquel elles sont établies, il semble permis de relever l'objectif social qu'elles servent. C'est ainsi que « le nombre des servitudes d'utilité publique ne cesse de s'accroître, ce qui contribue à la socialisation de la propriété privée »[1199].

Certains mécanismes d'appropriation publique s'imposent aux particuliers. Dans certaines hypothèses, la satisfaction d'un motif d'intérêt général peut justifier une cession forcée de

[1198] Il les envisage uniquement en ses articles 649 et 650.

[1199] WEILL (A.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 159, p. 131.

la propriété privée au profit de personnes morales publiques. Cette privation peut résulter d'une mesure de réquisition[1200], de confiscation. Elle peut encore être la conséquence d'une expropriation pour cause d'utilité publique[1201] ou d'une entreprise de nationalisation. Progressivement, une part importante de biens s'est trouvée soustraite à l'appropriation privée. A la plus haute échelle, les différentes vagues de nationalisations qui ont marqué le XXe siècle fournissent une illustration de ce phénomène.

On ne peut méconnaitre la part d'idéologie politique qui soutient cette technique qui entérine un transfert de la propriété privée à la faveur de la collectivité nationale. En France, généralement, les nationalisations sont le fait des majorités de gauche. Justifiées par une nécessité d'intérêt général, comme l'indique le Préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie le texte de 1958 : « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ». Le mouvement s'est essoufflé, il faut même remarquer un certain reflux avec les épisodes de privatisation[1202] que nous avons, par la suite connus. Il n'empêche que des pans entiers de l'économie ont été confiés aux mains de l'Etat pour consacrer une certaine extension de la notion de service public de la nation. En partant de ce constat, certains soutiennent que les nationalisations constituent le terme de la publicisation[1203].

On sait qu'il relève du programme socialiste notamment marxiste d'envisager une appropriation collective des moyens de production ainsi que leur dévolution à la nation, à la collectivité. Cette théorie a été élaborée dans l'objectif de lutter contre l'exploitation de

---

[1200] Toutefois, Le Conseil constitutionnel développe une tendance récente à considérer que, la réquisition de logements vacants « n'emporte pas par elle-même privation du droit de propriété » : Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998.

[1201] Article 545 du Code civil : « moyennant une juste et préalable rémunération ».

[1202] « Sociétisation » de la propriété qui permet de conclure à l'existence d'un mouvement de privatisation du droit public : LOGEAT (C.), Les biens privés affectés à l'utilité publique, Préf. PETIT (J.), Paris, L'Harmattan, 2011.

[1203] *Contra* : MAZEAUD (H.), « Défense du droit privé », art. préc., p. 17.

l'homme par l'homme. C'est une conception née dans la veine de l'idéologie marxiste. S'il n'affiche plus pour autant, à l'heure actuelle, la même teneur, le débat relatif aux nationalisations prend toujours une coloration politique. Il met invariablement en œuvre une conception socialiste de la propriété[1204]. Néanmoins, ce constat n'autorise pas une analyse collectiviste de la propriété. Comme le soulignent certains auteurs, « la propriété privée doit rester le régime normal ; la France est une république sociale et cela explique l'évolution du contenu du droit de propriété, mais elle n'est pas une république socialiste reposant sur la collectivisation des moyens de production »[1205]. La propriété s'exerce tout de même à la faveur de l'intérêt de la collectivité. Les limitations élaborées dans la sphère du droit privé pour en restreindre l'usage relèvent également de cet impératif.

Section 2 : Les restrictions à la propriété privée nées dans l'orbite du droit privé.

Certaines restrictions à la propriété privée sont liées à la situation du bien et à sa proximité aux autres fonds ; les autres sont liées à la relation de voisinage. C'est l'idée de voisinage qui impose au propriétaire certaines limites[1206]. La coexistence des propriétaires suppose que soit pris en compte l'intérêt collectif au sens étroit du terme, l'intérêt social. Dans l'ordre privé, c'est le voisinage qui exerce la pression la plus perceptible contre la liberté du propriétaire. Le propriétaire confronté à un entourage dans lequel il rencontre des droits

---

[1204] Il parait, en effet, assez significatif de relever que la vague de nationalisations entreprise en 1981 est le fait d'une majorité de gauche.

[1205] LUCHAIRE (F.), « Socialisme, propriété et Constitution », *in Droit, institutions et systèmes politiques – Mél. M. Duverger* – Paris, PUF, 1987, p. 133

[1206] « La propriété absolue suppose, pour sa plénitude, un propriétaire sans voisin. Qui dit voisin dit nécessairement rapport entre voisins et organisation de ces rapports, et par là, contrainte inévitable. L'espace frontière entre deux propriétés ne peut fonctionner concrètement sans s'altérer d'obligations réciproques », PATAULT (A.-M.), « La propriété absolue à l'épreuve du voisinage au XIXe siècle », *in Histoire du droit social, Mél. J. IMBERT*, Paris, PUF, 1989, p. 457

équivalents. Le phénomène s'est accentué, aggravé et accéléré par l'effet d'une certaine densité de la société civile[1207], d'une certaine concentration[1208] : Le voisinage produit un enchevêtrement de contraintes qui pèse sur la propriété particulière. On découvre une organisation qui vient contrarier les principes individualistes du Code civil. Toujours, l'insertion de l'individu dans un groupement est de nature à mettre en relief « l'élément social de la propriété »[1209].

Encore une fois c'est une question qui heurte davantage la propriété immobilière puisqu'elle est par principe située, ancrage foncier. L'exercice de la propriété foncière contraint nécessairement les propriétaires à un contact, à des relations forcées et permanentes. La stabilité de l'immeuble détermine un terrain d'élection pour l'étude des rapports de voisinage. Il se développe autour de l'immeuble une réglementation qui ne pourrait appréhender par principe la catégorie mobilière. C'est pour cette raison que « tout le droit du voisinage est propre à la propriété immobilière »[1210] La configuration de l'espace met la propriété individuelle en perspective avec les fonds avoisinants. Cette stabilité offre la possibilité d'édicter des mesures préventives pour garantir l'intimité de chacun, mesures répressives pour restaurer la jouissance paisible des voisins (§ 1.). La préservation du droit égal du propriétaire voisin garantit, ensuite, le bon déroulement de la relation de voisinage (§ 2.).

[1207] « Mais le propriétaire n'est pas seul. A ses côtés se trouvent d'autres propriétaires. Les frontières ne sont pas hermétiques ; des rapports s'établissent, et des conflits. Ils se multiplient par l'accroissement du nombre des propriétaires, l'encombrement de la propriété », MARTIN (R.), « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD. Civ.*, 1975, n° 3, p. 53.

[1208] « Le voisinage devient plus pesant lorsque la densité urbaine s'accroît » : NICOLAS (M.-F.), « La protection du voisinage », *RTD. Civ.*, 1976, n° 2, p. 676.

[1209] RIPERT, *Exercice du droit de propriété…, op. cit*., p. 16.

[1210] BERGEL (J.-L.), *Les biens*, op. cit., p. 188.

§ 1. Les limites tenant à la situation du bien

La propriété foncière est affectée par un immobilisme physique. Il ressort de cette réalité que l'exercice de la propriété impose une certaine partition au plan géographique. L'existence de propriétés voisines implique que l'on puisse déterminer par les procédures appropriées sur quelle portion de territoire va s'exercer la maîtrise du bien que l'on confie au propriétaire. La propriété doit nécessairement, dans le contexte de multiplication des objets immobiliers, être matériellement isolée et distinguée des fonds voisins (A). La situation particulière du bien, peut également amener à déterminer la nécessité qu'en certains de ses éléments il soit placé au service de l'immeuble voisin (B).

A. Délimitation matérielle des fonds voisins

Au sens le plus étroit du terme, le voisinage peut mettre en relation deux immeubles contigus. On envisage alors l'hypothèse selon laquelle deux propriétés sont attenantes. Ce cadre particulier met en scène deux propriétaires immobiliers que l'établissement géographique place en rapport direct. Le phénomène d'urbanisation croissante qui marque la période contemporaine amène de plus en plus fréquemment à rencontrer une telle configuration. Dans la représentation actuelle, les propriétés ne se trouvent pas isolées les unes des autres au plan physique. Souvent, l'immeuble fait corps avec les immeubles voisins. Cette situation de deux fonds qui se jouxtent indique l'utilité de pouvoir délimiter le domaine de chacun des propriétaires. La souveraineté du droit de propriété connait d'abord et logiquement des limites matérielles.

La détermination des frontières de l'immeuble avec les propriétés voisines et contigües semble être une étape essentielle. Il faut concevoir que « délimiter l'immeuble, c'est

délimiter la sphère d'action du propriétaire foncier, c'est fixer, par l'objet, des limites à ses droits »[1211]. C'est le bornage qui permet l'établissement d'une ligne séparative entre deux fonds contigus qui appartiennent à des propriétaires différents. On se situe dans le plan de la symbolique puisque le bornage fait intervenir les signes[1212]. Néanmoins, l'opération recèle un intérêt pratique manifeste. L'action en bornage détermine les limites matérielles d'un fonds à l'intérieur desquelles le propriétaire est en théorie libre d'exercer souverainement les prérogatives qui s'attachent à son droit. Au-delà, il exerce ses prérogatives au mépris des intérêts du propriétaire voisin. Le bornage permet de déterminer l'assise géographique et physique de la propriété. Il rend possible l'établissement de frontières qui impriment au sol un certain découpage. Dans cette optique, la propriété est une portion de territoire. En indiquant l'étendue spatiale de la chose, le bornage fixe un cadre à l'exercice de la propriété dans les limites duquel le propriétaire immobilier peut affirmer son emprise. Le bornage assure l'indépendance de l'immeuble dans sa relation avec les propriétés privées qui l'entourent. Il désigne une certaine répartition de l'espace, le point de division entre deux fonds. D'un point de vue matériel, il indique l'empire du propriétaire et les différents lieux où sont susceptibles de se réaliser des droits concurrents. C'est pour cette raison que le bornage n'implique que des fonds appartenant à des propriétaires distincts. Cette exigence est d'ailleurs mise en lumière par l'article 651 du projet de réforme du droit des biens qui définit le bornage comme « l'opération qui a pour effet de reconnaître et fixer , de façon contradictoire et définitive, les limites séparatives des propriétés privées appartenant ou destinées à appartenir à des propriétaires différents »[1213]. Si le droit de demander le bornage reste, dans la plupart des cas, pour le propriétaire une simple faculté, au sens de l'article 647 du

---

[1211] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 134, p. 252

[1212] GRIDEL (J.-P.), *Le signe et le droit : les bornes, les uniformes, la signalisation routière et autres*, Préf. CARBONNIER (J.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 162, 1979

[1213] « Proposition pour la rédaction du livre II », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, op. cit., p. 145.

Code civil[1214], la loi réserve l'hypothèse au terme de laquelle le bornage peut être imposé au propriétaire voisin. Intégrant la dimension parfois conflictuelle de l'action en bornage l'actuel article 646 du code civil précise, en effet, que « tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contigües ». Cette disposition semble finalement conférer au bornage l'allure d'une véritable obligation de voisinage. Dans un contexte similaire, l'importance du bornage a été nouvellement réaffirmée par l'avant projet de réforme consacré au droit des biens. L'article 653[1215] qu'il contient attribuerait force contraignante à une première demande en bornage amiable dans l'hypothèse où le propriétaire voisin n'aurait pas intenté dans le délai imparti l'action en bornage judiciaire.

A la contiguïté des fonds s'ajoute parfois une autre proximité qui découle de l'établissement d'une clôture : la mitoyenneté. Elle découle de l'édification d'une séparation à la limite extrême des deux immeubles voisins. La mitoyenneté affecte la chose mais, par sa nature juridique, elle engage aux rapports personnels. Dans la conception actuelle, la mitoyenneté est, en effet, une copropriété d'un genre particulier, forcée et perpétuelle[1216]. Elle maintient les propriétaires voisins dans une dépendance juridique. Elle installe entre eux une certaine communauté d'intérêt. Elle porte les traces d'une certaine socialisation. La mitoyenneté est une institution qui s'élabore en rupture avec la philosophie individualiste qui irrigue le droit de la propriété immobilière. Elle semble d'inspiration essentiellement communautaire[1217] . Il ressort de cette situation que

---

[1214] « Tout propriétaire peut clore son héritage ».

[1215] « Le propriétaire qui n'a pas accepté une proposition de bornage amiable contradictoire établie par un professionnel agrée doit intenter l'action en bornage judiciaire, dans les 6 mois de la signification, par son voisin du projet de bornage ».

A défaut, la limite imposée est réputée lui être opposable et définitive », « Proposition pour la rédaction du livre II », *in Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, op. cit.*, p. 144.

[1216] DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code civil*, op. cit. n° 308 ; AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français, op. cit.*, § 222 ; PLANIOL (M.) et PICARD (M.), *Les biens, op. cit.*, n° 298.

[1217] « Dans son esprit, la mitoyenneté relève d'une conception communautaire, contraire à l'individualisme qui, en général, inspire le droit français de la propriété immobilière et la psychologie française », MALAURIE (Ph.), *Cours de droit civil, Les biens, La publicité foncière, op. cit.*, n° 1015, p. 294.

« la copropriété de chacun est au service de la copropriété de l'autre »[1218] . Le Code civil détermine d'ailleurs un ensemble de droits et de charges pour chacun des copropriétaires sur les deux moitiés de la clôture mitoyenne[1219]. Une fois acquise, la mitoyenneté s'assimile à une obligation de voisinage, dans un sens général. Malgré l'interprétation que suggère sa position dans le Code civil, la mitoyenneté ne s'analyse pas en une servitude légale. Elle forme l'assiette d'un droit de propriété offert à la jouissance commune des deux voisins.

B. La mise en relation des fonds voisins

La servitude réelle est définie à l'article 637 du Code civil comme une charge imposée à un fonds pour le service et l'utilité du fonds voisin. On découvre, associée à l'existence d'une servitude, l'idée de contrainte. Néanmoins la charge qui en résulte s'exerce, non sur la personne du propriétaire mais sur la chose qui supporte le droit de propriété. Le législateur y insiste notamment à l'article 686 du Code civil en exigeant que « les services ne soient établis, ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds ». La servitude asservit donc le bien. Son établissement n'implique pas l'assujettissement de la personne du propriétaire. La précision a son importance puisqu'une certaine confusion parait naitre de l'évocation du terme même. La notion de servitude mobilise, en effet, un champ lexical particulier qui ordonne autour du thème de la dépendance. L'origine latine du mot suggère des liens avec l'idée d'esclavage. Il faut donc connaitre l'intention qu'abrite la notion juridique de servitude pour découvrir qu'elle ne saurait servir de prétexte à la réhabilitation des

---

[1218] La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer dans certains de ses arrêts. Voir notamment Civ. 3ème, 20 juillet 1989, Bull. civ. n° 173.

[1219] Ils sont énoncés aux art. 655 et s. du C. civ.

pratiques qui prônent l'asservissement de la personne. La conception juridique qui découle de la présentation légale de la notion de servitude est bien propre à garantir la préservation de la liberté individuelle. Suivant l'esprit qui a présidé à l'élaboration du Code civil, la règle qui veut que la servitude soit imposée au fonds et non à la personne revêt une charge symbolique particulière. Elle semble afficher « dans le Code civil une pointe politique, dirigée contre toutes restauration des corvées féodales »[1220].

L'objet de la servitude ne saurait être une obligation personnelle. La servitude ne met pas en relation des personnes mais des fonds, et ce, même s'il apparait qu'elle est subie par une personne et qu'elle bénéficie à une autre. La servitude affecte la chose, elle crée un rapport réel. Elle est liée à la propriété des fonds, dont elle constitue un démembrement. C'est, par conséquent, une vision purement réaliste qui se déploie au titre de l'étude du droit des servitudes[1221]. Cette analyse suppose, en effet, une certaine désincarnation dans les rapports juridiques qui s'installent. Dans ce cadre, « le sujet du rapport de droit n'est pas envisagé dans sa personnalité humaine, mais abstraitement, ès qualité de propriétaire du fonds »[1222]. C'est donc essentiellement dans la découverte de l'utilité qui découle du fonds servant que réside l'intérêt de la matière.

D'un point de vue objectif, la notion de servitude apparait totalement détachée de toute considération d'ordre social. La situation qui résulte de l'existence d'une servitude n'est en aucun cas un élément de détermination de la position sociale du propriétaire du fonds grevé. La constitution d'une servitude n'est pas de nature à affecter sa condition. La terminologie employée pour l'élaboration des règles relatives à la discipline n'est donc pas porteuse d'une quelconque idéologie. En dépit des dénominations qu'il consacre, le

---

[1220] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 151, p. 280.

[1221] On découvre néanmoins, dans un même mouvement, un certain anthropomorphisme appliqué à la chose. Il résulte des dispositions de la loi une personnalisation des fonds en cause. Cette présentation paraît introduire une idée juridiquement contestable au terme de laquelle « le fonds servant serait débiteur de la servitude, le fonds dominant serait créancier de la servitude » : MALAURIE (Ph.), *Les biens, La publicité foncière, op. cit.*, n° 1109, p. 331.

[1222] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 159, p. 290.

vocabulaire propre au droit des servitudes, n'évoque pas l'idée de soumission du fonds servant, il ne consacre pas la suprématie sociale du propriétaire du fonds dominant. Tout retour à l'idée de vassalité est donc proscrit. Le législateur de 1804 prend, en effet, soin d'ajouter au Code une indication majeure selon laquelle « la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre »[1223].

Dédiées à l'utilité de l'héritage voisin, certaines servitudes, généralement qualifiées de négatives, viennent porter atteinte à la plénitude du droit de propriété en prescrivant au propriétaire du fonds servant de ne pas exercer une partie prérogatives attachées à sa qualité ; d'autres, les servitudes dites positives imposent au propriétaire du fonds grevé de laisser accomplir chez lui certains actes d'usage par le propriétaire du fonds dominant. En cela l'existence d'une servitude constitue « une brèche importante dans l'exclusivisme du droit de propriété »[1224]. L'établissement d'une servitude affecte donc le droit dont dispose théoriquement en propre le propriétaire d'un fonds. L'atteinte dont souffre le droit du propriétaire du fonds servant semble néanmoins justifiée par le profit que la collectivité peut trouver dans l'usage du bien grevé. Cette contrariété est suggérée par la physionomie même des servitudes. Elles naissent d'un certain mixte entre des intérêts divers, ce qui leur procure une allure particulière. En effet, « les servitudes sont remplies d'antinomies qui ne se recoupent pas : entre la plénitude de la propriété qu'elles entravent, la meilleure exploitation qu'elles permettent ; entre la fixité et le transformisme, la perpétuité et l'éphémère, le passé et le présent, la campagne et la ville, le privé et le public (…) »[1225].

L'atteinte au caractère exclusif du droit du propriétaire du fonds servant parait légitimée, au plan économique et social, par le relief qu'elle permet de donner à la chose asservie. La servitude impose une restriction aux droits d'un propriétaire dans l'intérêt de l'immeuble voisin. Elle doit être établie en raison de l'utilité qu'elle sert. C'est une exigence légale.

[1223] Article 638 du Code civil.

[1224] CARON (Ch.) et LECUYER (H.), *Le droit des biens, op. cit.*, p. 102.

[1225] MALAURIE (Ph.), *Cours de droit civil, Les biens, La publicité foncière, op. cit.*, n° 1103, p. 327.

Elle est au service de l'utilité privée. La servitude favorise l'exploitation des terres et l'usage du bâtiment voisin. Elle développe dans une certaine mesure l'utilité de la chose. Le bien impliqué est ainsi placé au service de plusieurs[1226]. Il s'établit une communauté d'intérêt autour du fonds servant qui en accentue la valeur. Dans ce sens, l'existence de la servitude permet de révéler l'utilité et la valeur qui se placent aujourd'hui au cœur de la notion de bien.

C'est le développement des nouvelles formes de propriété qui a permis un certain regain d'intérêt pour le droit des servitudes. Dans la représentation contemporaine la notion de propriété évolue et se conçoit désormais fréquemment en volume. On doit à René Savatier d'avoir initié, dans l'une de ses chroniques[1227], une réflexion ordonnée autour de l'appropriation de l'espace. Cette possibilité est, en réalité, offerte au terme d'une extension du droit de superficie dans l'espace. L'auteur a également démontré la conformité de son analyse à la description traditionnelle de la propriété. Il résulterait, en effet, de l'article 552 du Code civil, qu'au plan géométrique, l'étendue du droit de propriété désignerait davantage un volume qu'une surface plane. Il apparait qu'aux termes de ces applications, le sol, l'espace et le tréfonds peuvent indifféremment être des objets susceptibles d'appropriation. Développant une analyse visionnaire, le Doyen Savatier indiquait, dans *Les métamorphoses*[1228] que s'installerait « l'habitude de traiter l'espace comme une sorte de chose susceptible d'être appropriée et vendue – au cubage ». Dans sa forme actuelle, la propriété s'édifie en volume. Cette caractéristique du paysage urbain contemporain est de nature à donner un nouveau souffle au droit des servitudes. Les servitudes interviennent, en effet, dans ce cadre particulier de construction pour articuler les rapports réciproques des volumes entre eux. Il s'élabore dans ces structures un réseau

---

[1226] Voir à ce propos WEILL (A.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 626, p. 518

[1227] SAVATIER (R.), « La propriété de l'espace », *D.*, 1965, Chron. p. 213.

[1228] *Op. cit.*, n° 445.

spécifique de servitudes propres à organiser l'agencement des volumes envisagés[1229]. Cette nouvelle exploitation de l'espace a contribué à vivifier la notion de servitude. Avec les services qu'elle rend en termes d'organisation des formes nouvelles de la propriété immobilière, il apparait désormais que « la servitude est une notion conquérante »[1230].

§ 2. La relation individuelle de voisinage

Une difficulté résulte de l'appréhension de la communauté de voisinage. Il faut, en effet, organiser des « rapports de voisinage entre propriétaires ayant des droits égaux, soumis à la même loi, exerçant un droit semblable sur des fonds différents et rivaux par la nature même des choses »[1231]. Au surplus, une évolution que certains attribuent au développement industriel technique[1232] va tendre à consacrer des rapports conflictuels entre « individus armés de droits semblables et prétendant en faire l'usage le plus différent »[1233]. C'est principalement cette diversité dans l'exploitation du bien immobilier qui semble à l'origine de nombreux désaccords entre propriétaires voisins. L'apaisement de ces relations est certainement à rechercher à travers deux obligations qui s'imposent aux propriétaires dans la cadre du rapport de voisinage : celle de ne pas opposer un trouble anormal à la jouissance du voisin (A) et celle de ne pas nuire au voisin en accomplissant

---

[1229] V. sur ce point : PEYRET (J.), « L'évolution du droit des servitudes » in *L'évolution contemporaine du droit des biens, op. cit.*, p. 69 et s.

[1230] CARON (C.) et LECUYER (H.), *Le droit des biens, op. cit.*, p. 104.

[1231] RIPERT (G.), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, *op. cit*, p. 11

[1232] V. sur ce point APPERT (G.), « Les droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins », *RTD. Civ*, 1906, p. 71

[1233] RIPERT (G.), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, *op. cit.* p. 15

les prérogatives qui s'attachent à la propriété (B). La découverte de ces devoirs a progressivement amené à l'élaboration de sanctions pour réprimer les atteintes auquel l'exercice du droit de propriété peut donner lieu. C'est dans la manière de jouir du bien qui faut rechercher le fondement à l'action. Le propriétaire engage sa responsabilité tant lorsque l'usage auquel il se livre est excessif que lorsqu'il est abusif.

A. La collectivité génératrice d'une obligation de ne pas troubler anormalement le voisin dans la jouissance de sa propriété.

Il se noue entre propriétaires voisins des rapports personnels qui forment l'objet d'obligations auxquelles font référence les articles 1370 alinéa 3 et 651 du Code civil[1234]. Cette mention permet d'indiquer la nature quasi-contractuelle de ces relations. La loi indique donc l'existence de devoirs qui découlent de la fréquentation du voisinage. Il en résulte notamment une obligation générale de ne pas causer au voisin un trouble intolérable. C'est la jurisprudence qui suggère une telle déclinaison en sanctionnant sur la base des principes de la responsabilité civile celui qui dans l'exercice de son droit de propriété cause au voisin une gêne anormale. La théorie des inconvénients anormaux de voisinage[1235] affiche un profond ancrage disciplinaire dans le droit de la responsabilité. Elle relève également du domaine du droit des biens dans la mesure où l'action prend sa source dans les modalités d'exercice du droit de propriété. La convocation, pour l'analyse, de ces deux terrains juridiques parait de nature à démontrer que la propriété donne bien

[1234] Le premier texte évoquant les engagements qui se forment sans aucune convention, précise : « tels ceux qui naissent entre propriétaires voisins ». Le second indique au terme de l'énoncé des différentes charges afférentes à la propriété que « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre indépendamment de toute convention ».

[1235] On relèvera que la théorie jurisprudentielle des troubles du voisinage a fait son entrée dans l'avant-projet de réforme du droit des biens qui prévoit aux termes d'un art. 629 que : « nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage ».

lieu à une série de contraintes. Une telle collaboration[1236] dévoile le cadre dans lequel peuvent s'épanouir les relations de voisinage. Les rapports de bon voisinage sont générateurs d'obligations[1237].

A l'origine, l'application de l'article 1382 du Code civil au contentieux qui prend naissance dans le cadre de ces relations de voisinage suppose, au plan de la logique juridique, l'existence d'une obligation de ne pas troubler le propriétaire voisin dans l'exercice de son droit. La responsabilité vient sanctionner un excès qui tient dans l'anormalité de l'usage de son droit par le propriétaire. Progressivement l'action fondée sur la réparation des inconvénients anormaux de voisinage acquiert, dans la jurisprudence, une certaine autonomie[1238]. C'est un système purement objectif qui se met en place. Dans les solutions apportées aux litiges, on constate désormais une relative indifférence aux notions d'abus et de faute dans l'appréciation de l'anormalité du trouble. La répression résulte d'une atteinte excessive au droit du propriétaire voisin. C'est à la lumière d'une conception renouvelée de la notion d'excès que la théorie des troubles anormaux de voisinage apparait sous ses traits contemporains[1239]. On rencontre dans la jurisprudence

---

[1236] Elle parait d'ailleurs ancienne. Cette collaboration est, en effet, consommée depuis que la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 27 novembre 1844, a admis le principe d'une responsabilité pour troubles du voisinage, en conjuguant au sein du visa retenu les articles 1382 et 544 du Code civil, Cass. civ. 27 novembre 1844, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Paris Dalloz, n° 74.

[1237] Pothier le soulignait déjà dans son *Traité du droit de domaine de propriété* de 1831 : « le propriétaire d'un héritage, quelque parfait que soit son droit de propriété ne peut donner atteinte, ni par conséquent faire de son héritage ce que les obligations qui naissent du voisinage ne lui permettent pas de faire dans son héritage au préjudice de ses voisins ».

[1238] Elle constitue désormais un rameau autonome de la responsabilité civile. Elle forme même un principe général du droit régulièrement visé par la cour de cassation selon lequel : « Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ».

[1239] « Le détachement progressif de l'appréciation de l'anormalité du trouble des notions de faute et d'abus est extrêmement révélateur de la prise de conscience des juges de l'autonomie de la notion d'excès par rapport à des notions éminemment subjectives qui supposent, pour les caractériser, une véritable investigation psychologique. On remarquera que la consécration de cette autonomie, en matière de troubles de voisinage, coïncide, chronologiquement, avec le développement de l'émergence de l'excès à l'époque contemporaine, ce qui permet de dire que si la responsabilité pour troubles de voisinage a été dégagée au dix-neuvième siècle, c'est seulement depuis une quarantaine d'années que la spécificité du critère de sa mise

des années 1970 des attendus qui paraissent significatifs de cette tendance. Dans certains arrêts, la Cour de cassation indique que « si, (…) la propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements, le propriétaire voisin de celui qui construit légitimement sur son terrain est néanmoins tenu de subir les inconvénients normaux de voisinage ; qu'en revanche, il est en droit d'exiger une réparation dès lors que ces inconvénients excèdent cette limite »[1240]. La sanction intervient donc lorsque le trouble subi dépasse la mesure de ce que le voisinage amène à supporter. Il doit s'établir entre les propriétés voisines un rapport d'équilibre. Si la vie en communauté implique nécessairement une gêne réciproque, celle-ci doit être contenue dans des limites normales. C'est donc à celui qui rompt ce rapport d'équilibre qu'incombe la charge de la réparation. La référence classique à l'anormalité de l'atteinte parait ici relativement explicite. Elle signale, en réalité, la teneur véritable de l'obligation qui résulte de la fréquentation du voisinage. La proximité des propriétés voisines engage le propriétaire à souffrir quelques inconvénients ordinaires inhérents au voisinage, « c'est là, indique Carbonnier, l'idée maîtresse de la communauté de voisinage »[1241].

La théorie des inconvénients anormaux de voisinage semble assez représentative de cette tendance qui porte à considérer le voisinage comme une « technique privilégiée de socialisation de la propriété »[1242]. Elle intervient en tempérament à une sorte d'égoïsme naturel qui commande la marche des rapports humains et juridiques. Cet état de fait a déjà été décrit comme un postulat pour en appeler à une moralisation des rapports de droit

---

en œuvre (le caractère excessif du trouble) a été isolée », BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, Préf. GOBERT (M.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 432, n° 29, pp. 28-29.

[1240] Cass. civ. 3ème, 4 février 1971, *Bull. civ. III*, n° 179, p. 58, obs. DURRY (G.) in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, *op. cit.*, n° 75.

[1241] *Droit civil, Les biens*, *op. cit*., n° 172, p. 307.

[1242] ZENATI (F.), « le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », art. préc., p. 22.

privé[1243]. On ne saurait ignorer la pression exercée sur le propriétaire par la collectivité que représente le voisinage. Le propriétaire est, en effet, ramené devant les contraintes qui naissent de la rencontre des droits voisins. Ces droits sont théoriquement équivalents à celui qu'il détient. C'est donc, dans le cadre du voisinage, un principe d'altérité qui est censé gouverner et déterminer l'action du propriétaire. L'exercice de la propriété doit s'accomplir compte tenu de l'existence de droits égaux. Au sein de la communauté de voisinage, la liberté du propriétaire est affectée. Néanmoins, il résulte de cette confrontation entre droits identiques un principe de limitations réciproques. Dans le contexte du voisinage, le droit de la propriété immobilière s'élabore dans la considération d'une mutualité d'intérêts parfois concurrents. Cette collectivité particulière invite à extraire la propriété de ses contours individualistes. Il se développe avec la théorie des inconvénients anormaux de voisinage une conception qui engage à entrevoir le voisinage comme une réalité qui détermine l'impératif de « concilier le contenu concret des deux « propriétés » »[1244]. S'il apparait comme une nécessité de se souffrir entre voisins, c'est du moins jusqu'à ce que les limites du supportable ne soient atteintes. Ce sont principalement les limites « posées par les règles du jeu social »[1245] qui sont visées au titre de l'appréciation du seuil où peut céder la tolérance à l'égard de l'activité du voisin. Dans cette perspective le trouble, « l'inconvénient anormal de voisinage apparait en somme comme un abus de la dimension sociale de la propriété »[1246]. Il faut partant entrevoir que la philosophie qui sous-tend le principe de réparation du trouble causée est éminemment sociale. C'est dons en considération de ses fondements que « la théorie a été facilement

---

[1243] « L'homme contracte, travaille, agit sans nul souci des autres hommes ; il est prêt à briser les activités concurrentes et à étouffer les intérêts rivaux, il en profite pour écraser le prochain ; s'il acquiert un bien, il tâche que ce soit au moindre prix. Il a fallu que la morale chrétienne vint discipliner ces intérêts égoïstes », RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, n° 20, p. 32.

[1244] MARTIN (R.), « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD. Civ*, 1975, n° 15, p. 60.

[1245] ZENATI (F.), « le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », art. préc., p. 23.

[1246] *Ibid*.

présentée comme une manifestation de la socialisation, si souvent décrite, du droit civil »[1247].

B. La collectivité génératrice d'une obligation de ne pas nuire au voisin dans l'usage de la propriété.

C'est dans la motivation qui gouverne l'action du propriétaire que doit être recherchée la conformité au droit de l'acte accompli. Dans l'hypothèse où le propriétaire agit non pour la satisfaction de son propre agrément mais en poursuivant l'objectif de nuire à son voisin, il commet un abus dans l'usage de sa propriété. Il existe donc un devoir général à la charge du propriétaire de se livrer à l'exercice de son droit de propriété sans être animé d'une quelconque intention de nuire au voisin. La jurisprudence a eu l'occasion d'envisager et de traduire les différentes déclinaisons auxquelles cette obligation donne lieu. Elle a pu faire application de ce principe de l'abus du droit de propriété à plusieurs espèces dans lesquelles l'intention de nuire est caractérisée. Il s'agit entre autres, pour les hypothèses célèbres, de sanctionner le propriétaire édifiant, pour nuire à ses voisins, une fausse cheminée destinée à obscurcir leur façade[1248] ; de celui qui a élevé des ouvrages surmontés de tiges pointues, pour déchirer les enveloppes des dirigeables sortant du hangar voisin[1249] ou encore celui qui établit en limite séparative des deux propriétés un

---

[1247] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 170, p. 306.

[1248] CA Colmar, 2 mai 1855, *Doerr, D.P.*, 56.II.9 : « C'est méchamment que l'appelant, sans utilité pour lui, et dans l'unique but de nuire à son voisin, a élevé, en face et presque contre la fenêtre de l'intimé, (…) une fausse cheminée (…) qui enlève la presque totalité du jour qui reste à sa fenêtre ; (…) s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et à abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui ».

[1249] Req., 3 août 1915, *Clément-Bayard, D.P.*, 17.I.79. Rappelons que la chambre retient pour ordonner l'enlèvement de l'installation qu' « il ressort de l'arrêt attaqué que Coquerel a installé sur son terrain attenant

épais rideau de fougères par pure malveillance envers le voisin[1250]. Si le propriétaire peut se rendre fautif alors même qu'il exerce son droit, c'est que celui-ci est censé s'accomplir en vue d'une certaine destination. Dans la mesure où c'est dans l'intérêt du propriétaire voisin que s'élabore la sanction, il faut considérer que c'est principalement le voisinage qui fait apparaitre le droit de propriété dans sa dimension sociale.

La responsabilité du propriétaire peut encore être engagée s'il use de sa propriété exclusivement dans l'intention de nuire au voisin. Le dommage qui résulte de l'exercice du droit de propriété peut être le fait de l'activité du propriétaire mais ne saurait en constituer le mobile. Si tel est le cas l'abus du droit de propriété parait caractérisé. L'exercice d'un droit peut être constitutif d'une faute s'il s'accomplit dans des conditions abusives. Même en restant cantonnée dans les limites apparentes que la loi lui indique, l'activité du propriétaire peut être constitutive d'une faute. Cette contrariété ne saurait être résolue que par la découverte d'autres limites que celles posées par la loi qui encadrent l'action du propriétaire et qui tiennent à l'esprit et à la fin en vue desquels le droit de propriété doit être exercé. Concevoir la possibilité de l'abus du droit de propriété revient à envisager que le propriétaire peut ponctuellement déborder le cadre qu'on lui assigne pour la réalisation de ses activités. En effet, « poser que le sujet puisse abuser de son droit, c'est admettre nécessairement que le droit a une finalité autre que la volonté pure du sujet »[1251]. S'il constitue un des droits subjectifs de l'individu, le droit de propriété également s'exerce en milieu social. En conséquence, si le droit de propriété reste une prérogative du sujet, son exercice ne saurait être abandonné au pur égoïsme de l'individu. Dans la conception particulière du droit entendu comme une fonction, il faut relever, que « le sujet, en exerçant son droit, n'extériorise pas un pouvoir égoïste, il remplit une fonction

---

à celui de Clément-Bayard, [un] dispositif [qui] ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été édifié que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard ».

[1250] Cass. Civ 1ère, 20 janvier 1964, *Lassus*, *D.*, 1964, 518.

[1251] MARTIN (R.), « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », art. préc., n° 11, p. 57.

sociale »[1252]. Emettre l'idée qu'une certaine finalité s'attache à l'exercice d'un droit c'est en effet admettre « qu'un droit subjectif puisse satisfaire autre chose qu'un intérêt individuel »[1253]. En insistant sur la fonction sociale du droit de propriété, on signale, en réalité toutes les contraintes qui apparaissent dans le souci de préserver les intérêts d'une collectivité plus large. C'est principalement dans le cadre du voisinage que s'épanouit cette perspective mais au sens le plus général c'est la bonne marche de la vie en société qui est cause. Il faut donc relever la physionomie essentiellement sociale des litiges qui naissent sous la rubrique de cette théorie de l'abus de propriété. Le développement des hypothèses dans lesquelles intervient la sanction relative à l'usage abusif du droit de propriété parait assez révélateur du mouvement de socialisation qui affecte la propriété. Dans ce contexte les transformations qui atteignent l'exercice du droit de propriété semblent symptomatiques d'une pénétration de l'institution par la morale. Dans son allure actuelle le droit de propriété présente certains signes de cette rencontre. Il convient en effet de remarquer qu' « il n'est pas de morale qui, dans l'abstrait, ne se sente en accord avec la théorie de l'abus de droit »[1254]. Les influences sont diverses et diffuses : il parait s'agir « la morale chrétienne et sa loi d'amour appliquée au prochain, la morale républicaine et sa loi de fraternité, la morale vaguement socialisante de la solidarité (…), plus généralement, enfin, la morale en suspension dans la conscience collective »[1255].

[1252] *Ibid.*

[1253] PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, Chron. p. 69.

[1254] CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 171, p. 307.

[1255] *Ibid.*

Conclusion du Chapitre 2 **:**

Il ressort de l'analyse que des règles affectant l'exercice de la propriété individuelle se sont multipliées pour les besoins croissants de la communauté et de la société. Il en résulte, autour du droit des biens, une « interpénétration croissante des considérations de droit privé et de droit public »[1256]. Le souci de concilier la propriété individuelle et les intérêts de la collectivité est permanent. Il s'est considérablement développé. Il se réalise à la faveur d'un éventail de limitations, d'ampleur variable et tenant à la manière dont le propriétaire est autorisé à utiliser sa chose, à en jouir ou à en disposer. Il faut même parler de restrictions puisque le propriétaire est privé de la possibilité d'exercer pleinement son droit. On pourrait même considérer qu'il en est « dépouillé »[1257], si l'on s'arrêtait, pour définir la propriété, à l'énumération des attributs qu'elle confère. Néanmoins, le propriétaire doit pouvoir s'accommoder de cette perte puisque, par principe, la plénitude et l'absolutisme ne sont pas, dans les faits, des composantes de la propriété individuelle moderne. Régulièrement, l'intérêt particulier du propriétaire a reculé devant l'intérêt social. Qu'elles visent à aménager les relations de voisinages, ou à préserver des intérêts généraux et de plus en plus variés, il faut considérer que ces limitations participent de la socialisation du droit de propriété.

Conclusion du Titre 2 :

La série de contraintes dans lesquelles est prise la propriété individuelle fait douter de son intangibilité. L' « étiolement du droit de propriété »[1258] serait le fait de sa nature même.

[1256] TERRE (F.), *Les biens, op. cit*., n° 333, p. 269.

[1257] *Ibid.*

[1258] AGOSTINI (E.), « L'étiolement du droit de propriété : 1804-1985 », *Mél. G. Flattet*,,Lausanne, Payot, 1985, p. 3.

Pour les révolutionnaires et les rédacteurs du Code la propriété est le reflet de la liberté individuelle, c'est ce qui justifie que sa composante sociale ait parfois été méconnue. L'idée que la propriété est, avant tout, une relation sociale est aujourd'hui admise. On réalise désormais que le droit de propriété s'accomplit en société[1259]. Aussi, le droit subjectif de propriété désigné comme le plus absolutiste connait une certaine socialisation. On considère souvent que le recul de l'individualisme sert l'idée de socialisation du droit de propriété. Le passage de l'individuel au collectif en serait le trait caractéristique.

Rien n'est moins certain. Le principe de la propriété individuelle suppose d'extraire un bien de l'usage commun pour en assurer la maîtrise privative. C'est ainsi que « la « socialisation » de la propriété se manifeste par une réintégration des tiers »[1260]. Dans ce sens, la propriété est une relation aux personnes. Le droit de propriété est un lien social. Appliqué à l'hypothèse de la propriété, le terme « socialisation » suggère, dans un autre sens, que l'on passe du collectif à l'individuel, pour appréhender effectivement les biens qui en forment le support.

[1259] ROCHFELD (J.), *Les grandes notions…*, *op. cit.*, p. 290.

[1260] *Ibid.*

Conclusion de la seconde partie :

Par l'évolution de ses concepts le droit des biens contribue à la mise en œuvre de la socialisation. On peut même affirmer qu'il existe un phénomène assez remarquable de socialisation du droit des biens. Cette socialisation affecte principalement la notion de propriété et s'accomplit dans deux directions. Elle a, d'une part, guidé l'évolution du domaine de la propriété, elle a, ensuite, agi sur les conceptions relatives à l'exercice celle-ci. L'évolution de ces deux composantes laisse apparaître qu'elles ont chacune connu des fortunes différentes. L'analyse des transformations qui ont marqué le droit des biens permet de relever que le domaine de l'appropriation s'est développé, il s'est enrichi d'objets nouveaux, alors que régulièrement des motifs d'intérêt général ont poussé à limiter le droit subjectif de propriété. Il faut constater que le droit de propriété a gagné en étendue mais, qu'à l'inverse, il a perdu de son intensité.

Cette tension qui résulte des variations auxquelles sont soumis le champ de l'appropriation et l'utilisation de la propriété est le fait de la pluralité de sens que l'on attribue au terme « socialisation ». Le thème de la socialisation a généralement été employé dans le combat contre les excès de l'individualisme juridique. Les idées socialisantes mettent en relief la dimension collective et sociale de l'usage des droits subjectifs. Elles sont, dans les contours du droit des biens, à l'origine d'une désacralisation du droit de propriété, lequel ne saurait définitivement plus être considéré comme un absolu. La socialisation du droit de propriété tient à ce qu'il est limité dans l'intérêt des voisins ou dans l'intérêt de la collectivité. La socialisation du droit implique également une certaine « mise à jour » des règles et notions juridiques. Elle traduit la nécessité d'élaborer un droit *actuel*, adapté à la réalité. La plupart des évolutions que le droit des biens a connues se sont accomplies dans le sens d'une mise en correspondance de ses principes avec des réalités nouvelles. En abordant le droit des biens on relève que le progrès des techniques a, dans un certain sens, favorisé le renouvellement des formes de l'appropriation et la découverte d'objets

nouveaux de propriété. On considère désormais que la notion de bien ne renvoie pas nécessairement à une réalité tangible.

CONCLUSION GENERALE

On prétend généralement que le Code civil est imprégné de l'idéologie révolutionnaire et que ses dispositions sont l'expression d'une conception individualiste des droits subjectifs. La première proposition de l'article 544 du Code civil, selon laquelle « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus *absolue* (…) », paraît conforter une telle analyse. Si l'on s'en tient à cet énoncé, la notion de propriété serait tout à fait étrangère au thème de la socialisation qui, lorsqu'il s'applique au droit, est censé révéler l'aptitude des cadres juridiques à accueillir les manifestations du *collectif*. En réalité, en ajoutant que l'usage de la propriété ne saurait être contraire aux lois et règlements, « le législateur » admet que le propriétaire est contraint au respect des intérêts de la collectivité. Les rédacteurs du Code ont donc contribué à faire de la propriété individuelle une formule tout à fait compatible avec la thématique de la socialisation du droit. D'une manière générale, les différentes évolutions qui ont affecté le droit des biens ont permis d'accorder le caractère social de la propriété avec son usage privé. La propriété individuelle n'est pas une propriété individualiste, l'exercice de celle-ci est ordonné au respect des mesures édictées à la faveur d'une communauté plus ou moins élargie. La propriété est désormais prise dans une série de contraintes d'essence légale ou réglementaire qui restreignent la portée des pouvoirs qu'elle confère. Le regard porté sur la notion révèle que l'évolution actuelle de la propriété s'accomplit en direction de sa socialisation.

Certaines des manifestations de la socialisation du droit des biens tombent sous le sens. D'abord, lorsque l'on considère le phénomène de constitutionnalisation du droit de propriété ou lorsque l'on observe la part des principes issus du droit public sur la construction contemporaine du concept de propriété puisque l'on assimile désormais aisément les termes « publicisation du droit » et « socialisation du droit »[1261]. Ensuite, quand on s'attache à mesurer la portée des développements doctrinaux mettant en relief la dimension sociale de la propriété privée. On songe notamment à la thèse de la relativité des droits subjectifs ou à la théorie de l'abus de droit qui offrent de tempérer le postulat du caractère absolu du droit de propriété. Selon ces principes le propriétaire ne saurait user de son droit avec excès. Progressivement, une conception sociale de la propriété s'est installée dans les contours du droit des biens. Le droit de propriété apparait aujourd'hui diminué puisque l'idée domine que l'exercice de la propriété privée doit être concilié avec la réalisation des droits d'égale teneur. La contribution de la notion d'exclusivité à la construction d'un droit des biens socialisé est, sans doute, moins évidente. Elle est pourtant réelle. Un examen du sens à donner à l'exclusivité du droit de propriété révèle que, dans ses fondements, elle revêt une dimension sociale. En effet, la propriété ne se dévoile pas dans la relation qui unit le propriétaire à la chose mais elle se manifeste dans les rapports que le propriétaire entretient avec les autres, relativement à la chose. La permanence de la référence à l'exclusivisme, lequel forme toujours, à l'issue du projet de réforme du droit des biens, un des caractères du droit de propriété, témoigne de la volonté des auteurs contemporains de mettre en œuvre une conception sociale de la propriété. L'évolution contemporaine de la notion d'exclusivité participe également à l'actualisation du droit des biens et du concept de propriété puisque l'on conçoit désormais, moyennant un ajustement de ses traits caractéristiques, qu'elle puisse être appliquée aux biens entendus comme des valeurs.

[1261] Nous renvoyons not. à la participation de Ripert à la révélation de cette analogie v. *Le déclin du droit ...,op. cit.*, p. 38.

De manière générale, les mutations contemporaines du droit des biens tendent à montrer que la matière se socialise. La thématique de la socialisation du droit connait dans ses contours des applications remarquables. Le droit des biens a permis aux tendances socialisantes de s'épanouir concrètement. Il faut maintenant admettre que le projet de socialiser le droit passe nécessairement par une socialisation du droit des biens. Si l'on entend par socialisation, la capacité d'une discipline à adapter ses principes aux grands changements sociaux ou économiques, on ne peut que relever la centralité du droit des biens qui n'a cessé d'accueillir dans ses cadres des réalités nouvelles. L'entrée de valeurs nouvelles, incorporelles dans le champ des choses susceptibles d'appropriation a notamment révélé que le droit des biens avait évolué de manière à faire face aux bouleversements qu'a engendré la Révolution de l'immatériel. L'insertion des richesses immatérielles au cœur du droit des biens a agi sur les conceptions et les notions qu'il accueille. Il en ressort notamment une profonde révision du concept de bien juridique qui ne saurait, à l'heure actuelle, être défini sans le recours à la notion de valeur. Ces considérations tout à fait neuves qui ont affecté la définition classique du bien conçu comme une chose pourvue de *corpus* ont largement contribué à la rénovation du droit des biens. L'installation de la valeur au centre de la présentation contemporaine de la notion de bien et l'établissement des valeurs au cœur du champ de l'appropriation ont offert à la propriété des objets inédits et des dimensions élargies. L'assimilation des choses dénuées de *corpus* dans le domaine des biens a également suggéré de nouvelles pistes pour parfaire l'actualisation et la socialisation de la discipline. Il apparaît que le maintien du critère « physique » posé à l'article 516 du Code civil pour distinguer entre meubles et immeubles entame lourdement les possibilités d'offrir une organisation réaliste au droit des biens. Il s'applique assez mal à la forme et aux particularités des biens nouveaux. Il semble également que le droit des biens pourrait tout à fait prendre en compte, en vue de leur donner un statut juridique, certains biens ou certaines distinctions entre les biens qui ont émergé et qui ont acquis une importance particulière au regard de l'évolution du contenu du patrimoine.

Si le droit des biens est le siège d'une réflexion orientée vers la manière de rendre le droit plus compréhensible, plus large[1262] qu'il n'était et de l'adapter à l'état contemporain de la société, c'est parce que la discipline affiche des qualités particulières, qu'elle fournit des instruments qui permettent et ont permis l'ancrage du droit dans le *social*. Le droit des biens a accueilli une conception sociale du droit bien avant que l'idée de socialisation ne soit explicitement exposée à la fin du 19ème siècle. Depuis Rome jusqu'aux abords du Code civil, l'histoire de la discipline révèle que les manifestations de la dimension sociale de la propriété sont nombreuses. Plus tard, lorsque la nécessité de socialiser le droit a investi le discours juridique, la permanence du thème de la propriété et les références à sa destination sociale, ont assuré au droit des biens une participation déterminante à l'élaboration du concept juridique de socialisation. La contribution de la matière à la mise en œuvre de la socialisation du droit est également justifiée par la proximité méthodologique qu'entretiennent droit des biens et socialisation. La socialisation du droit doit amener à étendre le droit à toutes les catégories sociales et à favoriser l'installation de l'égalité réelle matérielle. Elle porte à envisager sous le couvert de l'unité des éléments affectés, à l'origine, par certaines différences. La plupart des mécanismes et des objets que l'on rencontre en abordant le droit des biens mettent relèvent de cette dynamique. Le droit des biens a, en effet, développé des techniques qui lui permettent de se saisir de la diversité des composantes de la réalité matérielle. Elles permettent d'appréhender des manifestations d'essence collective. Elles facilitent l'assimilation par le droit des biens de données concrètes. C'est ce qui semble justifier que la discipline ait été et soit encore un lieu de projection des perspectives égalitaires et solidaristes. C'est, en somme, ce qui permet de concevoir le droit des biens comme une terre d'élection pour que l'idée d'un droit social s'épanouisse.

[1262] Nous faisons référence à la définition développée par CHARMONT *in* « La socialisation du droit », art.préc., p. 380.

BIBLIOGRAPHIE

- Dictionnaires et usuels :

- **ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF, 2003
- **ARNAUD (A.-J) (dir.)**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2ème édition, 1993
- **CORNU (G.) (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 7ème éd., 2005 ; 9ème éd., 2012
- **DAUZAT (A.), DUBOIS (J.), MITERRAND (H.)**, *Dictionnaire étymologique et historique de français*, Paris, Larousse, rééd. 2011

- Traités, manuels et ouvrages généraux

- **ANCEL (P.)**, *Droit des sûretés*, Paris, Lexisnexis, coll. « Objectif droit », 6ème éd., 2011
- **AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.)**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Sirey Université », 13ème éd., 2010 ; 14ème éd. 2012
- **AYNES (L.), CROCQ (P.)**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Defrénois, 5ème éd., 2011

- **AUBRY (Ch.), RAU (Ch.)**, *Cours de droit civil français*, t. 2, Impr. Et libr. gén. jur., 6ème éd., par BARTIN (E.), 1935

- **BAUDRY-LACANTINERIE (G.), CHAUVEAU (M.)**, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens,* Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1896

- **BERGEL (J.-L.)**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4ème éd., 2003 ; 5ème éd. 2012

- **BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.)**, *Traité de droit civil, Les biens*, Paris, LGDJ, 2000 ; 2ème éd. 2010

- **BEUDANT (C.) et LEREBOURG-PIGEONNIERE (P.)**, *Cours de droit civil français*, t. 4, *Les biens*, Paris, Rousseau, 2ème éd., 1938

- **BRUGUIERE (J.-M.)**, *Droit des propriétés intellectuelles*, Paris, Ellipses, 2ème éd., 2011

- **BRUSCHI (M.)**, *Droit des biens*, Paris, Ellipses, Universités de droit, 2001

- **CARBONNIER (J.)**,

  - *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, Thémis, 25ème éd., 1997 ; 27ème éd. refondue, 2004

  - *Droit civil, Les biens*, Paris, PUF, Thémis, 19ème éd., 2000 ; 19ème éd. refondue, 2004

  - *Droit civil, Les personnes : Personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris PUF, Thémis, 21ème éd., 2000

- **CARON (Ch.)**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Lexisnexis, 2ème éd., 2009 ; 3ème éd., 2013

- **CARON (Ch.) et LECUYER (H.)**, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2002

- **CHABAS (F.), MAZEAUD (H., L. et J.)**,

  - *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 12ème éd., 2000

  - *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, 8ème éd., 1994

- **CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.)**, *Droit des biens*, Bréal, Lexifac, 2003 ; 2ème éd. 2007
- **COMTE (Ch.)**, *Traité de la propriété*, t. 1 et 2, Paris, Chamerot, 1834
- **CORNU (G.)**,

  - *Droit civil, Les biens*, Paris, Montchrestien, 13ème éd., 2007

  - *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, 12ème éd., 2005
- **COURBE (P.)**, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, Mémentos, 3ème éd., 2005
- **COURBE (P.), LATINA (M.)**, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, Mémentos, 6ème éd., 2011
- **DEMOLOMBE (C.)**, *Cours de Code civil*, t. 9, *De la distinction des biens, de la propriété*, Livre 2, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, Paris, Durand, 1852
- **DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, t.1, *La règle de droit. Le problème de l'Etat*, t. 2,3, *La théorie générale de l'Etat*, Paris, Fontemoing et Cie, 2ème éd., 1921
- **DROSS (W.)**,

  - *Droit civil, Les choses*, Paris, LGDJ, 2012

  - *Droit des biens*, Paris, Montchrestien, 2012
- **DRUFFIN-BRICCA (S.)**, *L'essentiel du droit des biens*, Paris, Gualino éditeur, 6ème éd., 2012
- **DRUFFIN-BRICCA (S.), HENRY (L.-C.)**, *Droit civil, Les biens*, Paris, Gualino éditeur, 2004 ; 4ème éd., 2011
- **DUMONT (F.)**, *Cours de droit romain et d'ancien droit français*, Les cours de droit 1961-1962
- **ELLUL (J.)**,

  - *Histoire des institutions, L'Antiquité*, Paris, PUF, Thémis, 8ème éd., 1992

  - *Histoire des institutions, Le Moyen Age*, Paris, PUF, Quadrige, 2006
- **GAUTIER (P.-Y.)**, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 8ème éd., 2012

- **GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.)** avec le concours de FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4ème éd, 1994
- **GIRARD (P.-F.)**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003
- **HALPERIN (J.-L.)**,

  - *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996 ; 2ème éd. 2012

  - *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008
- **JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit civil français*, t. 1, *Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réel principaux*, Paris, Sirey, 1930
- **JOURDAIN (P.)**, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 1995
- **LARRROUMET (Ch.)**,

  - *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, Paris, Economica, 5ème éd., 2006

  - *Droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 5ème éd., 2006
- **LEVY (J.-Ph.), CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002 ; 2ème éd., 2010
- **MALAURIE (Ph.), AYNES (L.)**, *Droit civil, Les biens*, Paris, Defrénois, 4ème éd., 2010 ; 5ème éd., 2013
- **MARTY (G.), RAYNAUD (P.)**,

  - *Droit civil*. t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 2ème éd., 1972

  - *Droit civil*, t. 2, vol. 2, *Les biens*, Paris, Sirey, 1965
- **MEMETEAU (G.)**, *Droit des biens*, Paradigme publications universitaires, 5ème éd., 2012
- **PATAULT (A.-M.)**, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989
- **PIEDELIEVRE (A.)**, *Droit des biens, Les biens, la publicité foncière, les sûretés réelles*, Paris, Masson, 1977

- **PLANIOL (M.)**,

  - *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapacités, Les biens*, Paris, LGDJ, 1922

  - *Traité pratique de droit civil*, t. 2, Paris, LGDJ, 1953

- **PLANIOL (M.), RIPERT (G.)**, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, *Les biens*, LGDJ, 2ème éd., par PICARD, LGDJ, 1952

- **POTHIER (R. J.)**,

  - *Œuvres*, t. 10, *Traités du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Paris, Siffrein : Chanson, 1821

  - *Œuvres*, t. 13, *Traités des propres, des donations testamentaires, des donations entre-vifs, des personnes et des choses*, Paris, Siffrein : Chanson, 1823

- **OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.)**,

  - *Histoire du droit privé*, t. 2, *Les biens*, Paris, PUF, Thémis, 1961

  - *Droit romain et ancien droit*, t. 2, *Les biens*, Paris, PUF, Thémis, 1957

- **REBOUL-MAUPIN (N.),** *Droit des biens*, Paris, dalloz, coll. « Hypercours », 4ème éd., 2012

- **RENOUARD (A.-C.),** *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860

- **RIPERT (G.), BOULANGER (J.)**, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. 2, *Obligations, contrats, responsabilité. Droits réels, biens, propriété*, Paris, LGDJ, 1957

- **ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, Thémis, 2ème éd., 2013

- **SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)**, *Le droit des marques au XXIe siècle*, Paris, Litec, 2011

- **SCHILLER (S.)**, *Droit des biens*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 5ème éd. 2011

- **SEUBE (J.-B.)**, *Droit des biens*, Litec, coll. « Objectif droit », 5ème éd., 2010

- **SIMLER (Ph.)**, *Les biens*, Grenoble, PUG, coll. « Le Droit en plus », 3ème éd., 2006

- **SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.)**, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 6ème éd., 2012.

- **STRICKLER (Y.),** *Les biens*, Paris, PUF, Thémis, 2006
- **TERRE (F.), SIMLER (Ph.)**, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 8ème éd., 2010
- **TOULLIER (Ch.-B.-M.)**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, Paris, Renouard et Cie, 5ème éd., 1840
- **VIVANT (M.), BRUGUIERE (J.-M.)**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2ème éd., 2013
- **WEILL (A.)**, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1970 ; 2ème éd., 1983
- **WEILL (A.) et TERRE (F.)**, *Introduction générale*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 4ème éd., 1979
- **WEILL (A.), TERRE (F.), SIMLER (Ph.)**, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 3ème éd., 1985
- **ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.)**,

  - *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1ère éd., 2006

  - *Les biens*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 3ème éd., 2008

▪ Monographies, thèses et ouvrages spécialisés

– **AGUITON (C.) et BENSAID (D.)**, *Le retour de la question sociale : le renouveau des mouvements sociaux en France*, éd. Page deux, Lausanne, coll. « Cahiers libres », 1997

– **ARNAUD (A.-J.)**,

- *Critique de la raison juridique, 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1981

- *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1969

– **ATTALI (J.)**, *Au propre et au figuré. Une histoire de la propriété*, Paris, Fayard, 1988

- **AYMARD (A.), AUBOYER (J.)**, *Rome et son Empire*, Paris, PUF, 5ème éd., 1967
- **BAKOUCHE (D.)**, *L'excès en droit civil*, Préf. GOBERT (M.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 432, 2004
- **BARASCH (M.-I.)**, *Le socialisme juridique et son influence sur l'évolution du droit civil en France à la fin du XIXe siècle et au XXe siècle*, th. Paris, PUF, 1923
- **BARBIERY (J.-F.)**, *Perpétuité et perpétuations dans la théorie des droits réels – Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, th. Toulouse, 1977
- **BARRE (M.)**, *L'accession à la propriété d'une maison individuelle, Etude socio-juridique du contrat*, Préf. FOUCHARD (P.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 191, 1986
- **BERGEL (J.-L.)**, *La propriété*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1994
- **BERGER (P.), LUCKMANN (T.)**, *La construction sociale de la réalité*, traduit de l'américain par Pierre Taminiaux, Paris, Meridiens klincksieck, 2ème éd. 1996
- **BERLIOZ (P.)**, *La notion de bien*, Préf. AYNES (L.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 489, 2007
- **BEUDANT (Ch.)**, *Le droit individuel et l'Etat, Introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau, 1891.
- **BLAIS (M.-C.)**, *La solidarité – Histoire d'une idée*, Paris, nrf Gallimard, coll. « Bibliothèque des idées », 2007
- **BLANLUET (G.)**, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Préf. CATALA (P.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 313, 1999
- **BONNECASE (J.)**, *La notion de droit en France au XIXème siècle*, Paris, Broccard, 1919
- **BORGETTO (M.)**,

  - *La notion de fraternité en droit public français – Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Préf. ARDANT (Ph.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. public, t. 170, 1993

  - *La devise liberté, égalité, fraternité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1ère éd. 1997

  - *La République sociale : contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, coll. « Politique éclatée », 2000

– **BOUGLE (C.)**,

- *Le solidarisme*, Paris, Giard, 1924, 1ère éd., 1907
- *Les idées égalitaires : étude sociologique*, Paris, Alcan, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 3ème éd., 1925
- *Socialismes français : Du « Socialisme utopique » à la « Démocratie industrielle »*, Paris, A. Colin, 1932
- *Bilan de la sociologie française contemporaine*, Paris, Alcan, coll. « Nouvelle encyclopédie philosophique », 1935
- *Solidarisme et libéralisme – Réflexions sur le mouvement politique et l'éducation morale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 2009

– **BOURGEOIS (L.)**,

- *Solidarité*, Paris, Colin, 1896
- *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris, Alcan, 1902

– **CAPITANT (H.)**, *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*, Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation Comparée, 1922.

– **CARBONNIER (J.)**,

- *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 1ère éd., 1978
- *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001

– **CASTEL (R.)**, *Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », 1999

– **CASTAGNEZ –RUGGIU (N.)**, *Histoire des idées socialistes*, Paris, La découverte, coll. « Repères », 1997

– **CATALA (P.)**, *Famille et patrimoine*, Paris, PUF, 2000

– **CHATILLON (Ch.)**, *Les choses empreintes de subjectivité, Etude de droit privé français*, Sarrebruck, Ed. universitaires européennes, 2010

– **CHARMONT (J.)**, *Les transformations du droit civil*, Paris, A. Colin, coll. « Le mouvement social », 1912

– **CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.)**, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991

- **CHAMARD (C.)**, *La distinction des biens publics et des biens, Contribution à la définition de la notion de biens*, Préf. UNTERMAIER (J.), Paris, Dalloz, Nlle Bibl. th., t. 33, 2004

- **COSTE – FLORET (P.)**, *La nature juridique du Droit de propriété, d'après le code civil et depuis le code civil*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935

- **COTTA (A.)**, *Le capitalisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3ème éd., 1983

- **COTTET (M.)**, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, Préf. ROCHFELD (J.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 544, 2013

- **CROCQ (P.)**, *Propriété et garantie*, Préf. GOBERT (M.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 248, 1995

- **DABIN (J.),**

  - *La technique de l'élaboration du droit positif – Spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935

  - *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952

- **DAGONET (F.),** *Philosophie de la propriété, L'avoir*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1992

- **DALLIGNY (S.)**, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, Paris, LGDJ, 1976

- **DARMON (M.)**, *La socialisation*, Paris, A. Colin, 2006

- **DAVID (M.)**, *Les fondements du social : De la IIIème République à l'heure actuelle*, Paris, Anthropos – Economica, 1993

- **DEKKERS (R.)**, *La fiction juridique – Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935

- **DELCENSERIE (S.)**, *Les biens à caractère personnel*, th. Paris II, TERRE (F.) (dir.), 2006

- **DEMOGUE (R.)**, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris, éd. « La mémoire du droit », 2001

- **DEMONTE (K.)**, *La spécialisation du droit des biens*, th. Avignon, BRUGUIERES (J.-M.) (dir.), 2011

- **DE LANVERSIN (J.)**, *La propriété, une nouvelle règle du jeu ?*, Paris, PUF, coll. « Droit d'aujourd'hui », 1975

- **DEROUSSIN (D.) (dir.)**, *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIème République : La Faculté de droit de Lyon*, Centre lyonnais d'histoire du Droit et de la Pensée politique, Paris, éd. « La mémoire du droit », 2007
- **DONZELOT (J.)**, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Points – Essais, 1984, réed. 1994
- **DROSS (W.)**, *Le mécanisme de l'accession – Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. Nancy II, GOUBEAUX (G.) (dir.), 2000
- **DUBAR (C.)**, *La socialisation : Construction des identités sociales et professionnelles*, Paris, A. Colin, 3ème éd., 2000
- **DUBOIS (P.)**, *Le solidarisme*, th. Lille II, 1985.
- **DUGUIT (L.)**,

  - *Les transformations générales du droit privé depuis le Code napoléon*, Paris, Alcan, 1912

  - *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat,* Paris, Alcan et Guillaumin, 2ème éd., 1911
- **DURKHEIM (E.)**,

  - *De la division du travail social*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 7ème éd., 2007

  - *Leçons de sociologie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 5ème éd., 2010
- **EWALD (F.)**,

  - *L'Etat providence,* Paris, Grasset, 1986

  - *Naissance du Code civil. An VIII – An XII – 1800 – 1804*, Paris, Flammarion, 1989
- **FARJAT (G.)**, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963
- **FENET (P.-A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XI, *De la propriété*, Titre II, Paris, 1828
- **FOUILLEE (A.)**, *L'idée moderne du droit*, Paris, Hachette, 1878
- **FOULETIER (M.)**, *Recherches sur l'équité en droit public français*, th. Bordeaux, 2005
- **FRANGI (M.)**, *Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, Préf. FAVOREU (L.), Paris, Economica, 1992

- **GANSHOF (F.-L.)**, *Qu'est-ce que la féodalité ?*, Bruxelles, Office de publicité, 3ème éd., 1957
- **GASTAUD (J.-P.)**, *Personnalité morale et droit subjectif – essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature et la contenu des droits des membres des groupements personnifiés*, Préf. SORTAIS (J.P.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 149, 1977
- **GAUDEMET (E.)**, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, éd. « La Mémoire du Droit », 2002
- **GENY (F.)**,

  −*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, 2 t., Paris, LGDJ, 2ème éd., 1919

  −*Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 3ème partie, *Elaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1921
- **GIDE (Ch.)**, *La coopération*, Conférences de propagande, 1900, Paris, Sirey, 1910, 1ère éd. 1900
- **GOLDFINGER (Ch.)**, *L'utile et le futile. L'économie de l'immatériel*, Paris, O. Jacob, 1994
- **GOUBEAUX (G.)**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. TALLON (D.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 93, 1969
- **GRIDEL (J.-P.)**, *Le signe et le droit : les bornes, les uniformes, la signalisation routière et autres*, Préf. CARBONNIER (J.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 162, 1979
- **GRZEGORCZYK (Ch.)**, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Préf. VILLEY (M.), Paris, LGDJ, Bibl. de philosophie du droit, t. 25, 1982
- **GULPHE (P.)**, *L'immobilisation par destination*, th. Paris, 1943
- **GURVITCH (G.)**, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946
- **IHERING (R. Von)**, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O de Meulenaere, Paris, 1886-1888
- **HARTOG (F.), REVEL (J.)**, *Les usages politiques du passé*, Paris, éd. De l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2001

- **HATZFELD (H.)**, *Du paupérisme à la Sécurité sociale 1850 – 1940 – Essai sur les origines de la Sécurité sociale en France*, Nancy, PUN, coll. « Espace Social », 1989
- **HENRY (A.)**, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, th. Nancy, Paris, Rousseau, 1913
- **HERRERA (C.-M.)**,

  −*Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003

  −*Les juristes face au politique : le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris, Kimé, 2005.
- **HIEZ (D.)**, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Préf. JESTAZ (Ph.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 399, 2003
- **HUMBERT (H.)**, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, th. Paris, 1940
- **IZOULET (J.)**, La Cité moderne et la métaphysique de la sociologie, Paris, F. Alcan, 1894
- **JANSSE (L.)**, *La propriété, Le régime des biens dans les civilisations occidentales*, Préf. LEBRET (L.-J.), Paris, Les éditions ouvrières économie et humanisme, 1958
- **JARROSSON (Ch.)**, *La notion d'arbitrage*, Préf. OPPETIT (B.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 198, 1987
- **JESTAZ (P.) et JAMIN (Ch.)**, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004
- **JOSSERAND (L.)**,

  −*Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928

  - *De l'esprit des lois et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, préf. DEROUSSIN (D.), Paris, Dalloz, 2ème éd., 2006
- **HUSSON (L.)**, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974
- **KOURILSKY (C.)**,

  −*Les processus de socialisation juridique : la formation des connaissances et des représentations du droit avant l'âge adulte*, (rapport final), Centre national de la recherche scientifique, 1990

  - *Socialisation juridique et modèle culturel : l'image du droit en Russie et en France*, Paris, LGDJ, Droit et Société, 1996

- **KRIEF - SEMITKO (C.)**, *La valeur en droit civil, Essai sur les biens, la propriété et la possession*, Préf. ATIAS (Ch.), Paris, L'Harmattan, 2009
- **LECOCQ (L.)**, *De la fiction comme procédé juridique*, th. Paris, Rousseau, 1914
- **LE GOFF (J.)**, *Du silence à la parole – Droit du travail, société, Etat (1830-1989)*, Rennes, PUR, 2004
- **LEPAGE (H.)**, *Pourquoi la propriété ?*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1985
- **LEVY (J.-F.)**, *Histoire de la propriété*, Paris, PUF, 1972
- **LEVY (E.)**, *La vision socialiste du droit*, Préf. LAMBERT (E.), Paris, M. Giard 1926
- **LIORA (I.), SACRISTE (G.), VAUCHEZ (A.), WILLEMEZ (L.) (dir.)** CURAPP, *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, 2005
- **LOGEAT (C.)**, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Préf. PETIT (J.), Paris, L'Harmattan, 2011
- **MARTIN (X.)**, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, Brouère, D. Martin Morin, 2003
- **MAZIERES (P.)**, *Le principe d'égalité en droit privé*, Préf. TEYSSIE (B.), Aix-en-Provence, PUAM, 2003
- **MERCIER (V.)**, *L'apport des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, préf. PORRACHIA (D.), Aix-en-Provence, PUAM, 2005
- **MICHAS (H.)**, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, th. Paris, Pédone, 1900
- **MICHOUD (L.)**, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 3ème éd., 1932
- **MINC (A.)**, *La machine égalitaire*, Paris, Grasset, 1987
- **MOLFESSIS (N.)**, *Conseil constitutionnel et droit privé*, Préf. GOBERT (M.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 287, 1997
- **MORIN (G.)**, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 4ème éd., 1920
- **MUCCHIELI (L.)**, *La découverte du social : Naissance de la sociologie en France (1870- 1914)*, Paris, éd. La découverte, 1998

- **NIORT (J.-F.)**, *Homo civilis : Contribution à l'histoire du code civil français*, 2 t., Préf. HALPERIN (J.-L.), Aix-en- Provence, PUAM, 2004
- **PARANCE (B.)**, *La possession des biens incorporels*, Préf. AYNES (L.), Paris, LGDJ, Bibl. A. Tunc, t. 15, 2008
- **PELISSIER (A.)**, *Possession et meubles incorporels*, Préf. CABRILLAC (R.), Paris, Dalloz, Nlle. Bibl. th., t. 8, 2001
- **PELISSON (E.)**, *Les discriminations*, Paris, Ellipses, 2007
- **PERELMAN (C.)**, *Ethique et Droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990
- **PERINET-MARQUET (H.) (dir.)**, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris, Litec, coll. « Carré Droit », 2009
- **PIPPI (F.)**, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, Paris, LGDJ, Bibl. d'ouvrages de droit social, t. 8, 1966
- **POULANTZAS (N.)**, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965
- **PORTALIS (J.-E.-M.)**,
    - *Ecrits et discours politiques et juridiques*, Préf. SERIAUX (A.), Aix-en-Provence, PUAM, 1988
    - *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*, t. 2, Paris, Moutardier et Balland, 2ème éd., 1827
- **QUIEVY (J.-F.)**, *Anthropologie juridique de la personne morale*, Préf. MARTIN (D.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 510, 2009
- **RANOUIL (V.)**, *La subrogation réelle en droit français*, Préf. MALAURIE (Ph.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 187, 1985
- **RENARD (G.), TROTABAS (L.)**, *La fonction sociale de la propriété privée*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930
- **RENOUARD (A.-C.)**, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin et Cie, 1860
- **REVET (Th.)**, *La force de travail (étude juridique)*, Préf. ZENATI (F.), Paris, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992.

- **RIPERT (G.)**,

  - *Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, A. Rousseau, 1902

  - *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1948

  - *Le déclin du droit – Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949 -

  - *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949

  - *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1951

  - *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1955

- **ROGUIN (E.)**, *La règle de droit, Analyse générale, spécialités, souveraineté des Etats, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, Lausanne, F. Rouge, 1889

- **ROUSSEAU (J.-J.)**, *Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Paris, Bordas, 1985

- **ROSANVALLON (P.)**, *La nouvelle question sociale : Repenser l'Etat-providence*, Paris, éd. du Seuil,

- **SAINT-MARC (Ph.),** *La socialisation de la Nature***,** Paris, Stock, 1971

- **SAVATIER (R.)**,

  - *Du droit civil au droit public – A travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 1945

  - *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 3ème éd., 1964

  - *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, Dalloz, 1969

- **SALEILLES (R.)**, *De la personnalité juridique – Histoire et théories – Vingt cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, LGDJ, éd. La mémoire du droit, 2003, (réimpression de l'éd. de 1910)

- **SCHATZ (A.)**, *L'individualisme économique et social : ses origines, son évolution, ses formes contemporaines*, Paris, A. Colin, 1907

- **SIMLER (Ch.)**, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Préf. CARON (Ch.), Avant-propos REBOUL (Y.), Paris, Litec, Coll. « CEIPI », 2010

- **SPTIZ (J.-F)**,

  -*Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, nrf essais, 2005

  - *La liberté politique*, Paris, PUF, 1995

  - *L'amour de l'égalité – Essai sur la critique de l'égalitarisme républicain en France 1770-1830*, Paris, Vrin-EHESS, 2000

- **STORA-LAMARRE (A.)**, *La République des faibles. Les origines intellectuelles du droit républicain 1870-1914*, Paris, A. Colin, 2005

- **SUPIOT (A.)**,

  - *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I, 1979

  - *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, éd. du Seuil, coll. « La couleur des idées », 1ère éd., 2005

- **TARDE (G.)**, *Les transformations du droit – étude sociologique*, Paris, 1893

- **THIERS (A.)**, *Histoire du Consulat et de l'Empire faisant suite à l'histoire de la Révolution française*, Tome III, Paris, Paulin, 1845

- **TOCQUEVILLE (A.)**, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 1990

- **VAN DE KERCHOVE (M.), OST (F.)**,

  - *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit, 1ère éd., 1988

  - *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990

  - *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 2002

- **VANUXEM (S.)**, *Les choses saisies par la propriété*, Préf. REVET (Th.), Paris, Bibl. A. Tunc, t. 35, 2012

- **VIEIRA (D.)**, *Un regard sur l'émergence de la solidarité au XIXe siècle*, Paris, Mare et Martin, coll. « Carrefour social », 2008

- **VILLEY (M.)**,

  −*Le droit romain*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 10ème éd., 2002

  −*Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », 2ème éd., 1962

- **WALINE (M.)**, *L'individualisme et le droit*, Préf. MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), Paris, Dalloz, 2007, 2ème éd, 2007

- **WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. AMIEL-DONAT (J.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 253, 1997

- **XIFARAS (M.)**, *La propriété – Etude de philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Fondements de la politique », 2004

- **ZATTARA (A.-F.)**, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Préf. CABRILLAC (R.), Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 351, 2001

- **ZENATI (F.)**, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie juridique du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981

▪ Articles et chroniques

- **ANTOINE (S.)**,

  - « Rapport sur le régime juridique de l'animal », *La Documentation française*, p. 1

  - « L'animal et le droit des biens », *D.*, 2003, Chron. p. 2651

- **ATIAS (Ch.)**,

  - « Ouverture », *in Destins du droit de propriété*, *Droits*, 1, 1985, p. 5

  - « Les biens en propre et au figuré, destitution du propriétaire et disqualification de la propriété », *D.*, 2004, p. 1459

- **ALFANDARI (E.)**, « Le droit au sein des rapports entre l' « économique » et le « social » », *in Les orientations sociales du droit contemporain*, Paris, PUF, 1992, p. 31

- **ALMA – DELETTRE (S.)**, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », *in Propriété intellectuelle et droit commun*, Préf. VIVANT (M.), PUAM, 2007, p. 25
- **AGOSTINI (E.)**, « L'étiolement du droit de propriété : 1804-1985 », *Mél. G. Flattet*, Lausanne, Faculté de droit Lausanne, 1985, p. 3.
- **APPERT (G.)**, « Les droits du propriétaire vis-à-vis des ses voisins », *RTD. Civ*., 1906, p. 71
- **AUDREN (F.)**, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et les Traditions de la science sociale (1875-1935) », *in Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III ème République*, Paris, La mémoire du droit, 2007, p. 3
- **BATTIFOL (H.)**, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *in Les biens et les choses, APD*, t. 24, 1979, p. 11
- **BELLEAU (M.-C.)**, « Les « juristes inquiets » : classicisme et critique du droit au début du XXème siècle en France », *Cahiers de droit*, vol. 40, 1999, p. 507
- **BENABOU (V.-L.)**, « La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien », *Dr. et patr*, mars 2001, p. 84
- **BENOIT (F.-P.)**, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *Mél. G. Peiser*, PUG, 1995, p. 23
- **BERGEL (J.-L.)**,

  - « Paradoxes du droit immobilier français à la fin du XXe siècle », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Mél. Catala*, Paris, Litec, 2001, p.641

  - « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », *Mél. Beguet*, Publication de la faculté de droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 13

  - « Rapport général », *in La propriété – Journées Franco-vietnamiennes, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 53, 2003
- **BORGETTO (M.)**, « Egalité, Solidarité … Equité ? », *in Le préambule de la constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, p. 239
- **BOUGLE (C.)**, « Note sur les origines chrétiennes du solidarisme », *Rev. de métaphysique et de morale*, t. 14, 1906, p. 251

- **BOURGEOIS (L.)**, « Rapport au Congrès d'Education Sociale en 1900 », *in Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896

- **BRUGUIERES (J.-M.)**,

  - « Image des biens : la première chambre civile aurait-elle quelques doutes ? », *LPA*, 22 août 2001, p. 8

  - « Image des biens : la troublante métamorphose », *D.*, 2004, p. 1545

- **CAILLOSSE (J.)**, « Droit public - droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, p. 955

- **CAPITANT (H.)**, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD. civ.*, 1919, p. 385

- **CARBONNIER (J.)**, « Sur les traces du non-sujet de droit », *in Le sujet de droit, APD*, t. 34, 1989, p. 197

- **CARON (Ch.)**, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP. G*, 2004, I, 162, p. 3.

- **CASTEL (R.) et LAE (J.-F.)**, « La diagonale du pauvre », *in Le revenu minimum d'insertion, une dette sociale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1992, p. 9

- **CATALA (P.),**

  - « La « propriété » de l'information », *Mél. Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97

  - « La matière et l'énergie », *in L'avenir du droit*, *Mél. Terré*, Paris, PUF, p. 557

  - « Exposé de synthèse » *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, *Troisièmes journées Savatier*, Paris, PUF, 1992

  - « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD. Civ.*, 1966, p. 185

- **CAYLA (O.)**, « Ouverture : Le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça » », *Droits*, 21, 1995 p.3

- **CERBAN (A.)**, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD. Civ.*, t. 38, 1939, p.47

- **CHARMONT (J.)**, « La socialisation du droit », *Rev. de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380

- **CHENE (C.),** « Crises et système juridique français du XIXème à nos jours », *in Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique, Cinquièmes Journées Savatier,* Paris, PUF, 1997, p. 17
- **CLAM (J.)**, « Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes », *in Le privé et le public, APD*, 1997, t. 41, Paris, p. 215
- **COHET-CORDEY (F.)**, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD. Civ*, 1996, p. 819
- **COMMAILLE (J.)**, « Code civil et nouveaux codes sociaux », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004,
- **CORNU (G.)**,

  - « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *in Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1961-1962, p. 87

  - « La personne humaine, sujet de droit », Rapport de synthèse *in L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998.
- **CROCQ (P.)**, « Dix ans après : l'évolution des propriétés-garanties », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Mél. Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 347.
- **DAVID (A.)**, « Les biens et leur évolution », *in Le dépassement du droit, APD*, t. 8., 1963, p. 168
- **DELVOLVE (P.)**, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil : le point de vue d'un publiciste », *RTD. civ.*, 2002, p. 729
- **DERIEUX (E.),** « Image des biens : Limite au droit de s'opposer, au titre du droit de propriété, à l'exploitation de l'image d'un bien », *LPA*, 20 juillet 2001, p. 26
- **DE VAREILLES-SOMMIERES**, « La définition et la notion juridique de propriété », *RTD. Civ*., 1905, p. 443
- **DROSS (W.)**, « Une approche structurale de la propriété », *RTD. Civ*., 2012, p. 419.
- **DROSS (W.), MALLET-BRICOUT (B.), «** L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.*, 2009, p. 508
- **DURAND (P.)**, « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Droit social*, n° 3, juin 1942, p. 83

- **EWALD (F.)**, « Rapport philosophique : une politique du droit », *in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004
- **FABRE-MAGNAN (M.)**, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.*, 1997, p. 583
- **FRISON-ROCHE (M.-A.)**,

  - « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Mél. Catala*, p. 759

  - « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, 6/1994, p. 483
- **GAMEL (C.)**, « Les fondements éthiques et économiques de la protection sociale », *in Réduire les inégalités – Quel rôle pour la protection sociale ?*, Paris, dress, coll. « MIRe », 2000, p. 7
- **GAUTHIER (P.-Y.)**,

  - « Rapport de synthèse », in *Le droit et l'immatériel, APD*, t. 43, 1999

  - « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation a créé de la para-propriété intellectuelle », *JCP. G*, 1999, II, 10078
- **GEIGER (Ch.)**, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, 2010, n° 9, p. 510
- **GIDE (Ch.)**, « L'idée de solidarité en tant que programme économique », in *Rev. internationale de sociologie*, 1893, p. 1
- **GOUBEAUX (G.)**, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », *in Aspects actuels du droit commercial français, Mél. Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 199
- **GOYARD-FABRE (S.)**, « La chose dans « La prose de la vie » selon Hegel », *in Les biens et les choses, APD*., t. 24, 1979, p. 173
- **GRZEGORCZYK (C.)**,

  - « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *in Les biens et les choses*, APD, t. 24, 1979, p. 259

  - « Le sujet de droit : trois hypostases », *in Le sujet de droit, APD*, t. 34 1989, p. 9
- **GUTMANN (D.)**, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *in Le droit et l'immatériel, APD*, t. 43, 1999, p. 65

- **HANNOUN (C.)**, « Les fictions en droit économique », *Droits*, 21,1995, p. 83
- **HAMEL (J.)**, « La personnalité morale et ses limites », *D.*, 1949, p. 141
- **HAMOU (R.)**, « Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens ? », *Gaz. Pal.*, 15 et 16 décembre 2000, p. 2242
- **HERMITTE (M.-A.)**, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *in La philosophie du droit aujourd'hui, APD*, t. 33, 1988, p. 301
- **HERRERA (C.-M.)**, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Droit et société*, 2004/1, p. 111
- **HOUIN (R.)**, « Rapport sur le problème des fictions en droit civil », *in Le problème des fictions en droit civil, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 3, 1947, p. 242
- **ISRAEL (L.), SACRISTE (G.), VAUCHEZ (A.), WILLEMEZ (L.)**, « Introduction », *in Sur la portée sociale du droit : Usages et légitimité du registre juridique*, CURAPP, Paris, PUF, 2005
- **JAMIN (Ch.)**, « Demogue et son temps, réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *R.I.E.J.*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2006.56, p. 5
- **JAMIN (Ch.) et VERKINDT (P.-Y.)**, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX ème siècle » *in Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003, p. 101
- **JAUBERT (P.)**, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.*, 1945, p. 75
- **JEAN (J.-P.) et ROYER (J.-P.)**, « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale – Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs*, n° 107, *Le Code civil*, nov. 2003, p. 127
- **JEULAND (E.)**, « L'égalité dans les liens de droit », in *L'égalité, APD*, t. 51, 2008, p. 29
- **JOSSERAND (L.)**,

  - « Essai sur la Propriété collective », *in Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, Société d'études législatives, 1904, p. 381

  - « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *Mél. Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95

- « La « publicisation » du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, Cinquième partie, *Le droit comparé comme science sociale*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 143

- **KOURILSKY (C.)**, « Socialisation juridique et identité du sujet », *Droit et société*, 19-1991, p. 259
- **KNAPP (V.)**, « Le rôle de l'intérêt dans le droit socialiste », *in Droit et intérêt*, vol. 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 437
- **LASSERRE-KIESOW (V.)**, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.*, 2006, p. 2279
- **LAUDE (A.)**, « La fongibilité. La diversité de la fongibilité. L'unité des effets de la fongibilité », *RTD. Com.*, 1995, p. 307
- **LE TOURNEAU (Ph.)**, « Le parasitisme dans tous ses états », *D.*, 1993, Chron., p. 310
- **LIBCHABER (R.)**,

  - « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD. Civ.*, 2003, p. 166

  - « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, p. 297

  - « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », *RTD. Civ*, 2001, p. 239
- **LOUIS-LUCAS (P.)**, « Vérité matérielle et vérité juridique », *Mél. René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 583
- **LUCHAIRE (F.)**, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD. Civ.*, 1982, p. 266
- **LUCHAIRE (F.)**, « Socialisme, propriété et Constitution », in *Droit, institutions et systèmes politiques, Mél. Duverger*, Paris, PUF, 1987, p. 133
- **LYON-CAEN (G.)**, « Divagations sur un adjectif qualificatif », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Mél. Jean Savatier*, Paris, PUF. 1992, p. 345
- **MADIOT (Y.)**, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Mél. Jean Savatier*, Paris, PUF. 1992, p. 353

- **MALAURIE (Ph.)**, « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle, Mél. Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 25
- **MALLET-POUJOL (N.), ROBIN (A.)**, « Introduction », *in Propriété intellectuelle et droit commun*, Préf. VIVANT (M.), Aix-Marseille, PUAM, 2007
- **MARGUENAUD (J.-P.)**, « La personnalité juridique des animaux », *D.*, 1998, Chron. p. 205
- **MARTIN (X.)**, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *Rev. d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1987, p. 87
- **MICHEL (J.)**, « François Ost, Raconter la loi (aux sources de l'imaginaire juridique) », *RTD civ.*, 2005, p. 442
- **MIEVRE (J.)**, « Le solidarisme de Léon Bourgeois – Naissance et métamorphose d'un concept », *Cahiers de la méditerranée*, vol. 63, 2001, version numérique, p. 1.
- **MIGNOT (M.)**, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *R RJ*, 2006, p. 1807
- **MORANGE (J.)**, « La Déclaration et le droit de propriété », *Droits*, 1988, n° 8, p. 101
- **MORIN (G.)**, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Mél. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. 2, p. 3.
- **MOUSSERON (J.-M.)**,

  - « Valeurs, biens, droits », *Mél. Breton-Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277

  - « Parasitisme et droit », *JCP. G.*, 1992, supplément n° 6, p. 15
- **MOUSSERON (J.-M), RAYNARD (J.), REVET (Th.)**, « De la propriété comme modèle », *Mél. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281
- **NOREAU (P.)**, « Le droit comme forme de socialisation ; Georg Simmel et le problème de la légitimité », *Rev. française de science politique*, vol. 45, n°2, avril 1995, p. 56
- **MOREAU de BELAING (L.)**, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », *in La solidarité : un sentiment républicain ?*, Paris, PUF, 1992, p. 85
- **PATAULT (A.-M.)**,

- « Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *Rev. Historique de Droit français et étranger,* 1977, p. 239

- « La propriété absolue à l'épreuve du voisinage au XIXe siècle », *in Histoire du droit social, Mél. Imbert,* Paris, PUF, 1989, p. 457.

- **PERINET – MARQUET (H.)**,

- « L'immeuble et le Code civil », *in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir,* Paris, Dalloz, 2004, p. 395

- « Evolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil », *in Droit et actualité, Mél. Béguin,* Paris, Litec, 2005, p. 642

- « La place de l'incorporel dans l'avant-projet de droit des biens », *Rev. Lamy droit civil,* n° spécial supplément nov. 2009

- « Regard sur les nouveaux biens », *JCP. G.,* 2010, 1100

- **PIEDELIEVRE (S.)**, « Le matériel et l'immatériel, Essai d'approche de la notion de bien», *Mél. De Juglart,* Paris, LGDJ, 1986, p. 55

- **PIROVANO (A.)**, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, Chron. p. 67

- **OURLIAC (P.)**, « Propriété et exploitation : l'évolution récente du droit rural », *Mél. Marty,* Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 881

- **RAVANAS (J.)**, « L'image d'un bien saisi par le droit », *D.*, 2000, Chron., p. 19

- **REVET (Th.)**,

- « Les nouveaux biens », *in La propriété - Travaux de l'association Henri Capitant,* Paris, Dalloz 2006, p. 271

- « Le Code civil comme modèle », *in Code civil et modèles : Des modèles du Code au Code comme modèle,* Paris, LGDJ, coll. Bibl. A. Tunc, 2005

- « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine,* n° 124, mars 2004, p. 20.

- « La Cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-propriétaire », *Droit et Patrimoine,* n° 128, juillet-août 2004, p. 34

- « L'incorporel en droit des biens », *Rev. Lamy droit civil,* n° spécial, supplément nov. 2009

- **RICHET (L.)**, « Service public et intérêt privé », *in Le public et le privé, APD*, t. 41, 1997, p. 293
- **RICOEUR (P.)**, « Le cercle de la démonstration », in Individu et justice sociale, Autour de John Rawls, AUDARD (C.) (dir.), préf. TERRE (F.), Paris, éd. du Seuil, 1988, p. 78
- **RIPERT (G.)**, « Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de Monsieur Josserand », *Rev. critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 33
- **RIVERO (J.)**,

  - « Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ? », *D.*, 1947, Chron., p.69

  - « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *in Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1961-1962, p.343
- **ROUAST (A.)**, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.*, 1944, p. 3
- **ROUHETTE (G.)**, « Le droit privé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préf. VEDEL (G.), Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 1999, p. 39
- **SAVATIER (R.)** :

  - « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs », *Mél. Gothot*, Liège, Faculté de droit, 1962, p. 567

  - « Beati possidentes », *D.*, 1937, Chron., p. 61

  - « Droit privé et droit public », *D.*, 1946, Chron. p. 25

  - « Destin du Code civil français. 1804-1954 », *Rev. internationale de droit comparé*, vol. 6, n°4, oct-déc. 1954, p. 637

  - « Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif », *Mél. Dabin* ,I., *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1963, p. 293

  - « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui – Structures matérielles et structures juridiques » *in Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Mél. Ripert* – t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 75

  - « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, 1961, Chron., p. 117

  - « Essai d'une présentation nouvelles des biens incorporels », *RTD Civ.*, 1958, p. 331

- « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD. Civ*., 1958, p. 1

- **SCMIDT-SZALEWSKI (J.)**, « Les fictions en droit privé », *in Réformes du droit de la famille, APD*, t. 20, 1975, p. 273

- **SERIAUX (A.)**, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe « avoir » », *RTD civ*, 1994, p. 801

- **SEUBE (J.-B.)**, « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, 15 juin 2005, p. 3

- **SEVE (R.)**, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *in Les biens et les choses, APD*., t. 24, 1979, p. 247

- **SIIRAIAINEN (F.)**, « Les « réalités immatérielles » et le droit » *in Immatériel, nouveaux concepts*, Paris, Economica, 2001, p. 10

- **SKAPSKA (G.)**, « La socialisation juridique et le changement social », *Droit et Société*, 19-1991, p. 365

- **SPITZ (J.-F.)**, « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD Civ*., 2007, p. 281

- **STOYANOVITCH (K.)**, « Les biens selon Marx », *in Les biens et les choses, APD*., t. 24, 1979, p. 197

- **TESSIER (A.)**, « Le Code civil et les classes ouvrières », *in Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, Société d'études législatives, 1904, p. 314

- **TERRAT (B.)**, « Du régime de la propriété dans le Code civil », in *Le Code civil 1804-1904 – Livre du Centenaire*, Société d'études législatives, 1904, p. 350

- **TERRE (F.)**,

- « Variation de sociologie juridique sur les biens », *in Les biens et les choses, APD*, t. 24, 1979, p.17

- « L'évolution du droit de propriété », *Droits*, 1, 1985, p. 2

- « Avant-propos», *in Le droit et l'immatériel, APD*, t. 43, 1999, p.9

- « Meubles et immeubles », *in Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, LexisNexis, éd. du Juris-Classeur, 2004, p. 281

- « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *in L'égalité, APD*., t. 51, 2008, p. 21

- « Un progrès du droit ? », *JCP. G*., Hors-série, 21 juin 2010, p. 15

- **THIRIEAU (J.-L.)**, « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles », in *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque A. Tunc, 2005, p. 27
- **THOMAS (Y.)**, « Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 21, 1995, p. 17
- **VARNEROT (V.)**, « L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines », *Rev. juridique de l'environnement*, 2002, n° 2, p. 135
- **VERBAERE (C.)**, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, Application au droit de rétention », *RRJ*, 1999-3, p. 685
- **VILLEY (M.)**, « Préface historique », *in Formes de rationalité en droit, APD.*, t. 23, 1978, p. 2
- **VIVANT (M.)**, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G.*, 2000, I, 91, p. 10
- **VOIRIN (P.)**, « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », *Revue générale de droit*, 1930, p. 102
- **WEILL (A.),** « Rapport sur le problème des fictions en droit civil », *in Le problème des fictions en droit civil, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1947, t. 3, 1947, p. 290
- **XIFARAS (M.)**, « La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques Rousseau », *Les études philosophiques*, 2003/3-1, n°66, p. 331
- **ZACCARIA (G.)**, « Le juriste et la volonté : quelques notes sur Betti et les fiction juridiques », *Droits*, 1995, n°21, p.127
- **ZENATI (F.)**,

  - « Le droit français des biens entre jeu et providence », *in Les biens et les choses, APD*, t. 24, 1979, p. 213

  - « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier *», in L'évolution contemporaine du droit des biens, 3ème journées René Savatier*, 1991, p. 13

  - « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD. Civ.*, 1993, p. 305

  - « L'immatériel et les choses », *in Le droit et l'immatériel, APD*, t. 43, 1999, p. 79

- Notes, observations et conclusions des principales décisions de justice

- **AGOSTINI (E.)**, note sous Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1999, *D.*, 1999, p. 319
- **BERGEL (J.-L.)**, note sous Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1999, *RDI.*, 1999, p. 187
- **CARON (Ch.)**, note sous Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, *JCP G.*, 2004, II, 10085
- **DREYER (E.),** note sous Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, *D.*, 2004, p. 1547
- **DURRY (G.),** obs. sous Cass. Civ. 3ème, 4 février 1971, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, n° 75
- **FRANCON (A.),** note sous Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1999, RTD. Com, 1999, p. 397
- **GRIMALDI (M.)**, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 4 janv. 1995, *D.*, 1995. Somm., p. 328
- **HAMON (L.),** note sous Cons. const., 16 janv. 1982, décision n° 81 – 132 DC ; *D.*, 1983, p. 169
- **HAUSER (J.)**, note sous Cass. Civ. 1ère, 11 déc. 2008, *RTD. Civ.*, 2009,
- **LE TALLEC (G.)**, note sous Cass. Com, 12 mars 1985, *Gaz. Pal.*, 20 avril 1985, n° 109, p. 110
- **LOISEAU (G.)**, note sous Cass. Civ. 1ère, 11 déc. 2008, JCP G., 2009, II, 10025
- **MOLFESSIS (N.)**, obs. Cons. const., 29 juill. 1998, décision n° 98-403, *RTD. Civ*, 1988, p. 799
- **NGUYEN (Q.-V.)**, note sous Cons. const., 16 janv. 1982, décision n° 81 – 132 DC, *JCP. G.*, 1982, II, 19788
- **OPPETIT (B.)**, note sous Cass. Civ 1ère, 20 janv. 1964, JCP. G., 1965, II, 14035
- **PAULIAT (H.),** note sous Cons. const., 19 janvier 1995, décision n° 95 – 359 DC, *D.*, 1995, p. 283

- **PERINET – MARQUET (H.),**

  - obs. sous Cass. Civ. 1ère, 4 janv. 1995, *JCP. G.*, 1996. I. 3921

  - note sous Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1999, *JCP. G.*, 1999, I, 2

- **PIEDELIEVRE (A.), DUPICHOT (J.)**, note sous Cons. const., 16 janv. 1982, décision n° 81 – 132 DC, *Gaz. Pal.*, 1982, 1, 67

- **PIEDELIEVRE (S.)**, note sous Cass. Civ. 1ère, 2 mai, 2001, *Defrénois*, 2002, p. 329

- **REVET (Th.)**,

  - « Meubles et immeubles », à propos de Cass. Com. 2 mars 1999, *RTD. Civ.*, 2000, p. 866

  - « Image des biens » à propos de Cass. Civ. 1ère, 25 janvier 2000, et Cass. Civ. 1ère, 2 mai 2001, *RTD. Civ.*, 2001, p. 618

  - « Notion de bien », à propos de Cass. Civ. 3ème, 1er octobre 2003, *RTD. Civ*. 2003, p. 730

  - « Image des biens », à propos de Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, *RTD. Civ.*, 2004 p. 528

  - « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », à propos de Cons. const., 27 juill. 2006, décision 2006-540 DC, *RTD Civ.*, 2006 p. 791

  - « L'image de la personne est un bien », à propos de Cass. Civ 1ère, 11 déc. 2008, *RTD. Civ.*, 2009 p. 342

- **SAINT- JOURS (Y.)**, note sous CA Paris, 7 février 1989, *JCP. G.*, 1989, II, 21360

- **SERNA (M.)**, note sous Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1999, *JCP. E.*, 1999, p. 819

- **TERRE (F.), LEQUETTE (Y.),** obs. sous Cons. const., 16 janv. 1982, décision n° 81 – 132 DC, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux*, successions, n° 2

- **ZENATI (F.),**

  - note sous Cass. Civ. 1ère, 10 mars 1999, *RTD. Civ.*, 1999, p. 859

  - obs. sous Cons. const., 29 juill. 1998, décision n° 98-403, *RTD. Civ.*, 1999, p. 132

  - obs. sous Cass. Civ. 1ère, 4 janv. 1995, *RTD. Civ*, 1996, p. 932

INDEX

A –

- **Abstraction (du droit des biens) :** ***23 ; 96 ; 173 et s. ; 178 et s.***
- **Abus (du droit) :** ***22 et s. ; 70 ; 110 et s. ; 345 et s. ; 388 et s.***
- **Absolutisme (du droit de propriété) :** ***22 et s. ; 42 et s. ; 54 et s. ; 72 ; 109 et s. ; 341 et s. ; 388 et s.***
- **Accession :** ***188 et s.***
- **Actualisation (du droit) :** ***24 ; 202 ; 225 ; 245 ; 268 ; 273 ; 277 ; 287 ; 307 ; 315 et s. ; 330 ; 396 et s.***

- *B –*

- **Bien (définition) :** ***225 et s. ; 251 et s.***
- **Bien élémentaire – bien complexe :** ***297 et s.***
- **Bien meuble – bien immeuble :** ***249 et s. ; 277 et s.***
- **Bien objectif – bien subjectif :** ***291 et s.***
- **Bien précaire – bien durable :** ***294 et s.***
- **Bien unique – bien duplicable :** ***295***

- *C –*

- **Chose (distinction chose – bien) :** ***227 et s.***
- **Chose de genre – corps certains :** ***184 et s. ; 192***
- **Code civil**
  - et conception sociale de la propriété : ***58 et s.***
  - et évolution du droit privé : ***98 et s.***
- **Constitutionnalisation de la propriété :** ***364 et s.***
- **Corporéité (des biens)** : ***224 et s.*** ; ***238 ; 245 et s. ; 330 et s.***

- *D-*

- **Dématérialisation**
  - du droit des biens : ***219 ; 245 et s.***
  - de l'immeuble : ***270 et s.***

- ***E –***

- **Egalité réelle, matérielle**
  - **et égalité civile** ***: 124 et s.***
  - **et égalité mathématique : *128 et s.***
- **Exclusivité (du droit de propriété)**
  - **dimension sociale de l'- : *319 et s.***
  - **évolution de la notion d'- : *330 et s.***
- **Excès (exercice excessif de la propriété) : *339 et s.***

- ***F –***

- **Fiction juridique : *173 et s.***
- **Fiducie : *15 ; 200 ; 308***
- **Fongibilité : *183 et s. ; 190 et s.***

- ***I –***

- **Image (des biens) : *338 et s.***
- **Indivision : *20 et s. ; 325 et s.***
- **Individualisme juridique : *20 ; 23 et s. ; 32 ; 80 ; 113 ; 133 et s. ; 204 et s. ; 340 ; 367 ; 392***
- **Intellectualisation (du droit de propriété) : *221 ; 247 et s. ; 302 et s.***
- **Immatériel (domaine de l') : *2 ; 25 ; 225 ; 238 et s. ; 275 et s. ; 301 et s.***
- **Immobilisation par destination : *202 et s.***

- ***J-***

- **Justice sociale : *133 et s. ; 143 et s.***

- ***P-***

- **Patrimoine :**
  - **caractéristiques : *15 et s. ; 187 ; 196 et s. ; 212 ; 310 et s.***
  - **composition : *260 et s. ; 293 et s.***
- **Patrimonialisation**
  - **de la valeur travail : *262 et s.***
  - **des éléments affectés à la personne : *289 et s.***
- **Personnalité juridique**
  - **question de la personnalité juridique de l'animal : *290 et s.***
- **Personne morale : *206 et s.***
- **Propriété**
  - **extension du domaine de la (-) : *223 et s.***
  - **intellectuelle : *302 et s.***
  - **à fin de garantie : *307 et s.***
  - **limitation du droit de (-) : *355 et s.***
- **Publicisation (du droit) : *9 ; 72 ; 78 ; 358 et s. ; 396***
- **Projet de réforme du droit des biens : *286 ; 287 ; 323 ; 378 ; 384 ; 396***
- **Prolétarisation (du droit) : *16 ; 17 ; 267***

Q-

- **Question sociale :** ***79 et s. ; 143***

- ***R-***

- **Rareté (des biens) :** ***236 et s.***
- **Relativité (théorie de la relativité des droits) :** ***72 ; 110 et s. ; 344 ; 350 ; 396***

- ***S –***

- **Socialisation :** ***3 et s.***
- **Socialisation au droit :** ***5 et s.***
- **Socialisation du droit :**
  - construction du concept de (-) : ***96 et s.***
  - dans le droit romain des biens : ***34 et s.***
  - dans le droit féodal des biens : ***46 et s.***
  - dans les idées préliminaires au Code civil : ***58 et s.***
  - définition : ***p. 6 et s.***
  - émergence du concept de (-) : ***78 et s.***
  - et dématérialisation de la propriété : ***245 et s.***
- **Solidarité – solidarisme :** ***7 ; 48 et s. ; 143 et s. ; 194 ; 200 ; 295 ; 388 ;***
- **Subrogation réelle :** ***186 et s.***

- ***T-***

- **Troubles du voisinage :** ***384 et s.***

- ***U –***

- **Universalité de droit :** ***196 ; 200***
- **Utilité (des biens juridiques) :** ***228 et s.***

- ***V-***

- **Valeur (et bien juridique) :** ***2 ; 185 ; 223 et s. ; 259 et s. ; 277 et s.***

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION **2**

PREMIERE PARTIE : LE DROIT DES BIENS, TERRE D'ELECTION DE LA SOCIALISATION DU DROIT **27**

TITRE 1ER : LE ROLE DU DROIT DES BIENS DANS LA CONCEPTION SOCIALE DU DROIT : L'EXPLICATION PAR L'HISTOIRE 29

Chapitre 1er : Les expressions anciennes de la socialisation dans le droit des biens 31

Section 1 : Les origines lointaines et sociales du droit des biens 32

§ 1. Le traitement de la question de la propriété par le droit romain 33

A. La propriété dans l'ancien droit romain 34

B. La propriété à l'époque classique 38

C. La propriété au Bas-Empire 41

§ 2. Le traitement de la question de la propriété par le droit féodal 46

A. La propriété à l'époque franque 46

B. La propriété au Moyen-âge 49

§ 3. Les apports de l'analyse historique à la compréhension de la conception contemporaine de la propriété 54

Section 2 : La portée socialisante des idées préliminaires au Code civil 58

§ 1. L'objet du Code 59

§ 2. Le droit des biens, axe central du Code 65

A. Le primat de la propriété individuelle 65

B. Les idées socialisantes appliquées aux biens 70

Conclusion du Chapitre 1 75

Chapitre 2nd : La part du droit des biens dans la formulation des idées relatives à la socialisation du droit *77*

Section 1 : L'émergence du concept de socialisation du droit 78

§ 1. L'incidence de la « question sociale » sur les conceptions juridiques 79

A. L'arrivée de la « question sociale » 80

B. La « question sociale » : une question juridique 83

§ 2. Une rencontre disciplinaire autour de l'objet « social ». 86

A. La polysémie du terme « social » 87
B. Les apports de la sociologie naissante à la science du droit 91
Section 2 : La construction du concept de socialisation du droit 96
§ 1. Le Code civil à l'épreuve des faits 97
A. L'inadaptation du Code à la réalité sociale 98
B. Le Code : un outil au service de l'évolution du droit 102
§ 2. L'orientation sociale du droit privé 107
A. Un objet privilégié : la propriété au service des conceptions sociales 108
B. Le droit des biens : siège de réalisation d'une socialisation du droit 112
Conclusion du Chapitre 2 : 117
Conclusion du Titre 1 : 117
TITRE 2ND : LE ROLE DU DROIT DES BIENS DANS LA CONCEPTION SOCIALE DU DROIT : L'EXPLICATION PAR L'OBJET 119
Chapitre 1 : L'apport du droit des biens à la mise en œuvre des mécanismes de réduction de la diversité sociale *121*
Section 1 : L'établissement de la notion de socialisation dans le droit des biens par la référence à l'égalité matérielle 122
§ 1. La singularité de la notion d'égalité matérielle 123
A. Une égalité distincte de l'égalité civile 124
B. Une égalité distincte de l'égalité mathématique 128
§ 2. L'importance de la recherche d'égalité matérielle dans la réalisation du progrès social 133
A. La disqualification des conceptions individualistes 133
B. La promotion de l'appropriation 137
Section 2 : L'établissement de la notion de socialisation dans le droit des biens par la référence aux idées solidaristes 143
§ 1 : La solidarité : un fondement de la justice sociale 145
A. La permanence des liens entre solidarité et équité 145
B. La solidarité et la socialisation du risque pauvreté 148
§ 2. La solidarité : une doctrine sociale 150
A. L'assise sociale des thèses solidaristes 151
B. La rencontre du solidarisme avec les théories voisines 155

1. La confrontation entre solidarisme et libéralisme 155
2. La confrontation entre solidarisme et socialisme 162
Conclusion du chapitre 1. 169
Chapitre 2 : L'apport des procédés de simplification de la réalité matérielle à la construction d'un droit des biens socialisé 171
Section 1 : Les mécanismes de simplification concourant à la socialisation du droit des biens 172
§ 1. La contribution du mécanisme de la fiction juridique à la socialisation du droit des biens 173
A. Une abstraction nécessaire à la socialisation du droit 173
B. L'abstraction du droit des biens 178
§ 2. L'apport des mécanismes visant à installer une équivalence entre les biens à la socialisation du droit 182
A. L'essence des différents mécanismes 183
1. Le concept de fongibilité 183
2. Le concept de subrogation réelle 186
3. Le concept d'accession 188
B. La finalité commune des différents mécanismes 189
Section 2 : Les instruments de simplification concourant à la socialisation du droit des biens 193
§ 1. Les objets propres à installer une unité au sein d'un ensemble de biens .. 194
A. La contribution des universalités juridiques à la construction d'un droit des biens socialisé 195
B. La participation des immeubles par destination à l'élaboration d'un droit des biens socialisé 201
§ 2. Les sujets permettant la mise en œuvre d'une unité autour d'un ensemble de biens 205
A. L'individualisation : un mode d'appréhension des phénomènes collectifs 205
B. L'individualisation : mode d'appropriation collective des biens 211
Conclusion du chapitre 2. 215
Conclusion du titre 2. 215

Conclusion de la première partie : 217

SECONDE PARTIE : LE DROIT DES BIENS, TERRAIN D'EXPANSION DE LA SOCIALISATION DU DROIT 219

TITRE 1ER : LA SOCIALISATION DU DROIT DES BIENS REVELEE PAR LA RECOMPOSITION DU DOMAINE DE L'APPROPRIATION 221

Chapitre 1 : L'extension du champ de l'appropriation 223

Section 1 : La valeur au cœur d'une présentation renouvelée de la notion de bien 224

§ 1 : Une tendance actuelle à définir le bien juridique par la valeur 226

A. L'utilité : condition de la valorisation de la notion de bien 226

B. La rareté : condition de la valorisation de la notion de bien 234

§ 2 : Une tendance actuelle à concevoir la valeur comme un bien juridique ... 238

A. L'abolition du clivage matériel – immatériel 239

B. Dématérialisation de la propriété et socialisation du droit des biens 245

Section 2 : Les dimensions contemporaines de la propriété 248

§ 1 : La diversification des objets de la propriété 250

A. Le développement des « nouveaux biens » 250

B. La réception juridique des nouveaux biens 253

§ 2 : la multiplication des choses appropriables 259

A. Une valorisation de la force de travail 259

A. La dimension sociale de l'accès à la propriété 266

Conclusion du chapitre 1 : 273

Chapitre 2 : L'ouverture du droit civil des biens 275

Section 1 : Une ouverture du droit des biens aux transformations internes 276

§ 1 : Eléments d'une hiérarchie des biens : la place des distinctions anciennes. 277

A. Permanence dans la classification des biens de la distinction des meubles et des immeubles 277

B. Pertinence d'un système de distinction des biens ordonné autour de la distinction des meubles et des immeubles 280

§ 2 : Eléments d'une organisation des biens : la part des distinctions émergentes 287

A. La distinction du vivant et de l'inerte 288
B. La distinction biens objectifs/ biens subjectifs 291
C. La distinction biens précaires/ biens durables 294
D. La distinction biens uniques/ biens duplicables 295
E. La distinction biens élémentaires/ biens complexes 296
Section 2 : Une conception élargie du droit des biens..... 298
§ 1 : L'existence d'un droit commun des biens..... 299
§ 2 : La spécialisation du droit des biens..... 302
A. La nécessité de prendre en charge juridiquement le domaine incorporel et l'intellectualisation de la propriété 302
B. La nécessité de favoriser le développement du droit du crédit et le recours à la propriété à fin de garantie 307
Conclusion du Chapitre 2 : 313
Conclusion du Titre 1 : 313
TITRE 2ND : LA SOCIALISATION DU DROIT DES BIENS REVELEE PAR LES PRINCIPES RELATIFS A L'EXERCICE DU DROIT DE PROPRIETE..... 315
Chapitre 1 : La délimitation des droits du propriétaire sur la chose appropriée.... 317
Section 1 : L'exercice exclusif de la propriété 318
§ 1 : Les fondements sociaux de l'exclusivité du droit de propriété 319
A. L'exclusivité : essence de la propriété privée..... 319
B. La participation de la notion d'exclusivité à l'activation du lien social .. 324
§ 2. L'évolution contemporaine de la notion d'exclusivité. 330
A. Une acculturation rendue nécessaire en raison de l'absence de corporalité des biens nouveaux..... 330
B. La conception actuelle : l'exclusivité appliquée à une valeur économique 335
Section 2 : L'exercice excessif de la propriété..... 339
§ 1 : La sacralisation du droit de propriété 341
§ 2. La socialisation du droit de propriété 345
A. Le caractère mixte du droit de propriété : droit et fonction..... 345
B. L'opportunité du maintien du caractère absolu 350
Conclusion du Chapitre 1 : 353

Chapitre 2 : Les limitations aux droits du propriétaire sur la chose appropriée 355
Section 1 : Les restrictions à la propriété privée nées dans l'orbite du droit public 356
§ 1. L'emprise du droit public sur le droit de propriété..... 357
A. La publicisation du droit privé 358
B. La constitutionnalisation du droit de propriété 364
§ 2. Diversité et gradations dans la nature des restrictions à l'exercice de la propriété privée..... 368
A. Une diversité dans les contraintes liées à l'expression des intérêts de la collectivité 368
B. La variété des atteintes portées à la propriété privée 372
Section 2 : Les restrictions à la propriété privée nées dans l'orbite du droit privé. 374
§ 1. Les limites tenant à la situation du bien 376
A. Délimitation matérielle des fonds voisins 376
B. La mise en relation des fonds voisins 379
§ 2. La relation individuelle de voisinage 383
A. La collectivité génératrice d'une obligation de ne pas troubler anormalement le voisin dans la jouissance de sa propriété. 384
B. La collectivité génératrice d'une obligation de ne pas nuire au voisin dans l'usage de la propriété**.** 388
Conclusion du Chapitre 2 391
Conclusion du Titre 2 : 391
Conclusion de la seconde partie : 393
CONCLUSION GENERALE 395
BIBLIOGRAPHIE 399
INDEX 429