



HAL
open science

L'image du 'démembrement' dans la doctrine française

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. L'image du 'démembrement' dans la doctrine française. *Jurisprudence. revue critique*, 2010, pp.33-45. hal-02504558

HAL Id: hal-02504558

<https://hal.science/hal-02504558v1>

Submitted on 10 May 2023

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

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



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

L'IMAGE DU « DÉMEMBREMENT » DANS LA DOCTRINE FRANÇAISE*

PAR MICHEL BOUDOT**

Le “démembrement” de la propriété est une métaphore utilisée par Pothier, consolidée et hypostasiée par la littérature juridique du XIX^e siècle. Abandonnée par les droits qui se sont détournés du modèle napoléonien, elle conserve les faveurs de la plupart des auteurs français qui la rangent au rayon des évidences. Une réforme du Code civil l’aura même consacrée en 2009 devant les propositions de réforme du Livre II qui en font un pilier de la définition des droits réels; mais les métaphores, aussi vives soient-elles, ne sont que des artifices sophistiqués quand on perd la trace de leurs origines, car la théorie du démembrement ne s’explique pas par elle-même. Les paralogismes qu’elle fait naître, immobilisent la propriété et les droits réels en laissant sur le côté les questions fondamentales posées par la destination des droits: propriétés intellectuelles, droit de l’environnement, propriété fiduciaire autant de domaines d’incompétence pour la prétendue « théorie » du démembrement.

The “dismemberment” of ownership is a metaphor that was first used by Pothier and then firmly established in legal scholarship during the nineteenth century. Although it was gradually abandoned by the legal systems that have drifted from the Napoleonic model, it retains the favour of a majority of French scholars who view it as an obvious and necessary institution. A reform proposal of the Civil Code in 2009 expressly recognized “dismemberments”, ahead of proposals of reform of Book II which make it a central pillar of the definition of real rights. Because the theory of dismemberment is not self-explanatory, the “dismemberment” metaphor, as strong as it may be, is no more than a sophistic device when one loses trace of its origins. The paralogisms it creates entails the immobilization of ownership and of real rights while leaving aside the fundamental questions raised by the destination of rights: intellectual property, environmental law, fiduciary property, all fall outside the scope of the supposed “theory” of dismemberment.

* Ce texte est tiré d’une conférence prononcée lors des *Quarte giornate di studio Roma tre – Poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, Rome, 16 et 17 juin 2006.

** Maître de conférences, Université de Poitiers.

Introduction

1. La théorie du droit réel conçu comme un démembrement du droit de propriété est une vieille théorie; toutes proportions gardées puisque son expression en droit français n'a guère plus de 200 ans, guère plus qu'un bicentenaire. Mais c'est une théorie qui a vieilli et qui a accompagné le vieillissement du deuxième Livre du Code civil français. Aujourd'hui, notre droit civil des biens n'est plus tout entier dans le Code, et les concepts du droit commun sont mal commodes pour comprendre les évolutions contemporaines du droit des propriétés intellectuelles et immatérielles; car, ce qui pourrait paraître incongru est arrivé: nous traitons comme des choses corporelles tout un ensemble d'objets dont la préhension physique est impossible. C'est une impasse théorique dans laquelle une situation législative figée a plongé le droit des biens et de la propriété¹. Notre droit commun des biens semble comme désemparé et parvient mal à expliquer l'usufruit des droits d'auteur², les droits réels sur les droits sociaux³, les contrats de cession de volume, et les questions classiques en sont bouleversées: naissance des droits réels, révocation unilatérale des droits réels, et bien sûr, *numerus clausus* des droits réels.

2. La question du *numerus clausus* des droits réels et de leur typicité légale, comme l'on dit à Rome, est une difficulté révélatrice des apories qui jonchent le raisonnement juridique. La situation du droit français est paradoxale, et le paradoxe dure, et il vieillit lui aussi, formant comme un vieux couple avec la théorie du démembrement de propriété.

La dogmatique juridique française nous apprend premièrement que le droit français ne connaît de limite à la création des droits réels nouveaux, il n'y a pas de *numerus clausus* des droits réels⁴; mais deuxièmement, que depuis les deux derniers siècles, il n'y a pas eu ou très peu eu de création de nouveaux types de droits réels, au moins de ceux qui ne seraient pas les accessoires d'une chose. En résumé, pas de *numerus clausus* des droits réels mais pas (ou très peu) de types réels nouveaux créés *ex contractu*.

L'explication de ce paradoxe tient à la fermeté et la rigidité de ce que l'on peut appeler en France *la théorie du démembrement*. D'abord, cette théorie, qui n'est guère plus qu'une image en vérité, s'appuie sur le postulat irrefragable que la propriété étant l'archétype des droits réels, le seul à être plein et entier, tous les droits réels autres que la propriété n'en seraient que des morceaux, des fractions, des divisions, des cisaillements.

Elle postule également que la qualité de propriétaire est tout entière dans le droit de disposer de la chose, de sorte que celui qui a le pouvoir d'aliéner, mais aussi de fragmenter et démembrer, est le propriétaire; et ce sera à son profit que la propriété sera reconstituée [remembrée (?)]⁵ lorsque le démembrement cessera et le droit réel s'éteindra.

Enfin cette théorie conserve le principe que les droits réels principaux nommés par l'article 543⁶ du Code civil français ont des régimes impératifs que la volonté individuelle ne saurait défaire: pas d'usufruit perpétuel, pas de servitude *in faciendo*, etc.

De ce triple postulat, la doctrine française en déduit un théorème: le propriétaire individuel ayant le droit de disposer de la chose (de la manière la plus

1 Voy. aussi le texte important de LIBCHABER, «La recodification du droit des biens» in *Livre du Bicentenaire*, 2004, p.297 sq.; VIDAL, «La propriété dans l'école de l'exégèse en France», *Quaderni fiorentini* 5/6, 1976/77, tome 1, p.7-40.

2 Par ex. LUCAS & LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2001, n°500.

3 Par ex. A. RABREAU, *L'usufruit des droits sociaux*, Litec, 2006.

4 Inversement en Italie, voy. M. NOCELLI, *La tipicità dei diritti reali. affermazione e significato del numero chiuso dei diritti reali*, Tesi di Laurea 2000, [sous la dir. P. M. Vecchi].

5 Le mot «remembrement» n'est utilisé en français que pour désigner la réunion concrète de biens immobiliers.

6 «On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre».

absolue), il peut démembrer son droit de la manière que bon lui semble comme nous dit l'article 686 du Code civil français en matière de servitudes⁷ ; mais cela ne veut pas pour autant dire qu'il puisse créer n'importe quel droit réel puisqu'il ne peut créer librement qu'un démembrement de la propriété. Autrement dit, les figures qui au lieu de diviser les droits et les prérogatives contenus dans le droit de propriété, combinerait démembrement et duplication (par ex. un véritable trust) sont évidemment difficilement compatibles avec la libre création des démembrements. Pour résoudre ce paradoxe, la catégorie des servitudes a dû s'adapter⁸ ; sont nées les obligations réelles ; les usufruits des choses immatérielles se sont multipliés avec ces choses.

Aussi sous l'empire de la théorie du démembrement, le droit français connaît un *quasi numerus clausus des droits réels* ; signifiant tout juste que l'on peut librement créer des divisions inédites de la propriété individuelle. Et le problème est là : ou bien on change notre manière de concevoir la propriété, ou bien on conserve l'état du *démembrement*, mais si on abandonne l'idéologie qui confond la propriété individuelle et le sacré, le risque sera de poser la nécessité d'un *numerus clausus* de droits portant sur la chose d'autrui. Un français du XXI^e siècle qui travaille sur un Code du XIX^e siècle peut-il accepter l'évolution qu'a connue le droit italien du XX^e siècle ?

7 « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient pas imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public ».

8 La jurisprudence admet depuis 2004 les servitudes en copropriété des immeubles bâtis (Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, *Bull. civ.* III, n^o 140), les servitudes de non-concurrence depuis 1987 (Cass. com., 15 juill. 1987, *Bull. civ.* IV, n^o 184, D. 1988, p. 360, note Atias & Mouly).

3. La situation géographique du « démembrement » est aussi intéressante à observer. L'Italie a abandonné la conception du *smembramento* héritée de la littérature pré-unitaire mais de nombreux pays hispanophones conservent les *desmembraciones* tout en posant le principe d'un *numerus clausus*. En Roumanie, mais aussi en Moldavie, on dira comme en France que « uzuzfructul este un *dezmembramint* al dreptului de proprietate ». Au nord de l'Amérique, l'enclave francophone du Québec fait encore mieux, le terme est entré dans la loi.

Depuis 1991, les articles 947 et 1119 du Code civil du Québec disposent :

Art. 947. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.

Elle est susceptible de modalités et de démembrements. (1991, c. 64, a. 947)⁹.

Art. 1119. L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont **des** démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels. (1991, c. 64, a. 1119).

La doctrine québécoise considère comme valable la constitution de droits réels innomés en se fondant sur le caractère indéfini de la liste : usufruit, usage, servitude et emphytéose sont **des** démembrements et non **les** démembrements de la propriété. Il est cependant douteux que le terme *démembrement* en droit québécois désigne le même objet qu'en droit français¹⁰. Le doute est même très sérieux puisque le Code civil québécois admet la figure de la fiducie-trust.

9 Le titre IV du Livre IV Des biens est intitulé « les démembrements » et compte usufruit, usage, servitudes, emphytéose.

10 La différence est logique : le droit québécois est un droit dont la source historique n'est pas le Code napoléon mais la coutume de Paris, c'est un droit qui n'a pas rompu de manière révolutionnaire avec le système féodal au sein de l'empire britannique puis du Canada.

Le grand comparatiste René David nous enseignait qu'il est « peu élégant de grouper sous le vocable *usus* le droit de faire usage de la chose (habiter une maison) celui de l'administrer (y faire des réparations ou en concéder l'usage à un tiers) ; il est presque ridicule de grouper sous le vocable *abusus* des prérogatives aussi différentes que le droit de détruire matériellement la chose et celui d'accomplir sur elle des actes de disposition. Lorsqu'on a compris tout ce que notre analyse du contenu de la propriété a d'insuffisant, on est prêt à comprendre le *trust*¹¹ ». Directement visée : la théorie du démembrement.

À travers l'étude des auteurs du XIX^e et du XX^e siècle, cette étude s'efforcera de présenter la manière dont la métaphore du « démembrement » est devenue une réalité intellectuelle, une hypostase qui résiste au temps.

Émergence (I), Omniprésence (II), Résistance (III).

I. Émergence de la théorie du démembrement

4. L'origine moderne de la métaphore se trouve chez Pothier. Dans son *Traité du domaine de propriété* (1764), Pothier entérine la thèse qui veut que le domaine utile soit celui qui reçoive « à l'égard des héritages le nom de domaine de propriété ». Cette thèse sera politiquement consacrée par la Révolution française qui éteindra législativement la controverse entre les théoriciens du domaine utile et les feudistes, partisans de la thèse qui faisait du domaine direct la seule et véritable propriété¹².

11 René DAVID & Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., 2002, n° 261

12 Le XVIII^e s. nourrit une importante controverse politico-juridique : les titulaires de fiefs (qui peuvent être des bourgeois enrichis) cherchent à reconstituer à leur profit les droits féodaux prétendument imprescriptibles dont la pratique avait été sinon abandonnée, du moins très largement mise en veille depuis deux siècles. La littérature juridique est nourrie par les feudistes pour qui la seule véritable propriété est au titulaire du domaine direct (à savoir le feudataire, dont la propriété est plus parfaite car plus noble que celle de son vassal). Ils reprennent en cela une opinion

Pothier utilise la formulation moderne de la distinction entre *ius in re* et *ius ad rem* : « *ius in re* est le droit que nous avons dans une chose par laquelle elle nous appartient au moins à certains égards. *Ius ad rem* est le droit que nous avons, non pas dans la chose, mais seulement dans le rapport à la chose contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner »¹³. Cette manière de voir, héritée des apports de Doneau et de l'École romano-hollandaise à la théorie des droits, a considérablement influencé Pothier qui dessine les contours unitaires du droit de propriété : la catégorie du droit réel comprend le droit de propriété et les droits sur la chose d'autrui incluant le gage et l'hypothèque, et se caractérise par la relation immédiate entre le titulaire et la chose sans égard pour un sujet passif. Pothier nous dit : « Il y a plusieurs espèces de *ius in re*, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels qui émanent de celui-ci, et qui sont comme des démembrements sont les droits de domaine de supériorité, tels que les droits de seigneuries féodales ou censuelles ; le droit de rente foncière, les droits de servitudes, tant ceux des servitudes personnelles, ceux des servitudes prédiales ; le droit d'hypothèque »¹⁴.

« **Comme des démembrements** » : Il faut noter que Pothier ne dit pas que les droits réels sont des démembrements, ils sont comme des démembrements. L'expression est utilisée pour signifier que la conception unitaire de la classe des droits réels dont l'archétype est

de Cujas pour qui le domaine utile était une sorte de servitude sur la propriété seigneuriale. Voy. sur ce point l'utile communication de notre éminent collègue VEILLON, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI^e au XVIII^e siècle », *Quarte giornate di studio Roma tre - Poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, Roma, 16 e 17 giugno 2006 ; disponible <http://droit.univ-poitiers.fr/poitiers-roma/spip.php?article28>.

13 POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, n° 1.

14 POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, n° 2.

la propriété, implique que les droits sur la chose d'autrui s'apparentent à des droits sur des objets séparés de la chose. Mais contrairement au démembrement foncier ou au démembrement de fiefs qui sont couramment et concrètement utilisés par la doctrine feudiste, Pothier paraît l'appliquer *comme à* un démembrement intellectuel. Les droits de supériorité féodale, comme les servitudes ou l'hypothèque, amputent intellectuellement le droit de propriété plein et entier : des parties sont **comme** retirées du tout, les droits réels sur la chose d'autrui sont **comme** des droits propres sur une part de la chose que l'on aurait intellectuellement extraite, détachée, séparée, démembrée.

Mais la métaphore n'est pas utilisée pour l'explication du domaine de propriété dans un dessein théorique, rien ne permet de dire que Pothier lui prête la consistance d'un élément de définition ou d'un caractère des droits réels ; du reste, il continue à raisonner en matière de fief selon une division physique des fonds : « Un même héritage peut être sous différents respects, et fief servant et fief dominant, et le propriétaire de cet héritage être en même temps, sous différents respects, seigneur et vassal ; car, si je démembre une partie de l'héritage que je tiens à titre de fief, c'est-à-dire, à la charge de la foi et hommage envers moi, la partie que j'ai retenue continuera d'être fief servant par rapport au fief dominant de qui je la tiens en fief, et sera en même temps dominant par rapport à la partie que j'en ai démembrée, et que j'ai donnée à titre de fief, et je serai en même temps et vassal par rapport au seigneur de qui je relève, et seigneur par rapport à celui à qui j'ai donné à titre de fief cette partie démembrée, lequel est mon vassal¹⁵ ». En matière de fief, la répartition

intellectuelle des droits n'a pas pour base symbolique les utilités de la chose ; c'est au contraire la foi en son seigneur, qui est le critère de répartition des charges et des droits.

Pothier écrit avant la Révolution et son analyse du domaine de propriété se situe dans une perspective plus globale d'explication des rapports juridiques à la fin de l'ancien Régime ; la suppression des droits de supériorité foncière, et la proclamation de l'identité entre droit de propriété et domaine utile vont conduire les auteurs du début du XIX^e siècle à réécrire une théorie des droits réels affranchie des charges perpétuelles¹⁶.

5. L'incidence du droit intermédiaire révolutionnaire est majeure. Les lois révolutionnaires ont supprimé les institutions et les contrats qui donnaient naissance au domaine direct, et par voie de conséquence à toutes sortes de droits réels dont Pothier nous disait qu'ils opéreraient comme des démembrements : l'inféodation, l'accensement, le bail à rente seigneuriale ou à champart seigneurial, et l'emphytéose perpétuelle¹⁷. Tous sont des contrats prohibés pour donner à la définition de la propriété le caractère de droit le plus absolu (Art. 544). Le régime de la rente foncière est modifié ; elle est supprimée en tant que droit réel, et toujours rachetable : le bail à rente stipulé pour une durée inférieure à 99 ans laisse la propriété au bailleur, s'il était stipulé pour une durée supérieure, elle est transférée au preneur. À la veille de 1804, la diversité des coutumes locales subit les affres de l'uniformisation¹⁸.

15 POTHIER, *Traité des fiefs*, n° 3 ; voy. aussi BOUCHER D'ARGIS, *Code rural ou Maximes et règlements concernant les biens de campagne...* Tome premier, p.32 « Démembrements & jeu de fiefs » ; ARGOU, *Institutions au droit françois*, tome 1^{er}, p.132 ou encore POTHIER, *Traité des fiefs*, 2nde partie, chapitre 3, art. 1^{er} : « Du démembrement » n° 789 sq.

16 V. pour l'étude des différentes conceptions de la propriété, PUGLIESE, « Dominium ex iure quiritium – propriété – property », in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, CEDAM, 1982, p. 1224, spéc. p. 1233 sq.

17 La directe féodale, qui était la base système, fut supprimée avec tous les droits qui tenaient à la féodalité par les lois des 20 août 1792 et 17 juillet 1793.

18 CHENON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, 2^e éd., 1923.

6. Pour les premiers commentateurs du Code civil, le traité du domaine de propriété de Pothier est le guide de l'interprétation des textes du Livre II. Une référence systématique y est faite chaque fois qu'il est jugé nécessaire de confronter la lecture du Code aux situations foncières persistantes de l'ancien Régime, et naturellement, ces premiers commentaires empruntent à Pothier plus que ce que lui-même avait exposé. Ils voient en Pothier à la fois un guide interprétatif et le support légitimant de leur exégèse. Et ainsi passe l'idée du démembrement intellectuel du droit de propriété chez **Toullier** (1811)¹⁹ : « Les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie concédée à un tiers des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement²⁰ ». Toullier utilise le substantif *démembrement* mais aussi le verbe *démembrer* et se demande « quels sont les droits qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manières on peut la démembrement ». Pour lui, la faculté de *démembrer* intellectuellement la propriété repose sur le principe « que chacun pouvant librement disposer de sa propriété de la manière la plus absolue (art. 544) il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut; en un mot, démembrement sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos²¹ ».

7. L'image passe aussi chez **Duranton** (2^e éd, 1828)²² : « Sous plusieurs rapports, ces divers droits (ceux de l'article 543) sont en effet des atténuations de la propriété, du domaine, quoiqu'en principe on ne considère pas les servitudes comme des démembrements, mais bien comme des qualités actives et passives des héritages, l'usufruit lui-même comme un droit distinct de celui

de propriété, qui, dans certains cas, n'empêche pas ce dernier d'être réputé plein et entier²³ ». La cause serait entendue et la métaphore ne vaudrait ni pour les servitudes, ni même pour l'usufruit²⁴ : les droits réels sont sous cet angle des droits indépendants du droit de propriété sur la chose grevée et n'ont pour effet que d'en freiner l'exercice sans pour autant amputer le droit. Ce sont des *atténuations de la propriété*. Mais Duranton poursuit l'analyse de l'usufruit : « Sous d'autres rapports, ce sont de véritables *diminutions du droit* de propriété, en ce que ce sont des restrictions apportées à son exercice; car ce droit consiste dans la faculté de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements (art. 544), et l'usufruit attribue à celui qui l'a, le droit de jouir de la chose comme propriétaire lui-même, à la charge d'en conserver la substance (art. 578); par conséquent tant qu'il subsiste, le propriétaire ne jouit pas : l'exercice de son droit, quant à la jouissance c'est-à-dire quant aux produits de la chose, est assoupi : or, la jouissance est un des principaux attributs de la propriété. L'usufruit est donc, sous ce rapport, un démembrement du domaine ». Cette deuxième manière de voir, qui a la préférence de l'auteur perçoit l'usufruit comme une série d'obstacles à la maîtrise concrète de la chose; or, si le droit de propriété est bien le droit de domaine utile, et que le propriétaire est privé de l'usage concret de sa chose, c'est qu'une part du domaine utile a été transférée, et que le droit de propriété lui-même a été amputé, et donc démembre²⁵. Pourtant, dans cette deuxième vue, Duranton utilise une autre métaphore contradictoire : passons sur l'opposition entre atténuation et diminution qui joue sur le droit

23 DURANTON, IV, n° 459.

24 Quant au droit de superficie et à l'emphytéose, DURANTON les traite à part; il les analyse comme des droits de jouissance ayant pour objet la superficie sur le modèle de l'usufruit (arg. art. 543).

25 Opinion de DÉMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, II, 1853, n° 414 à propos de l'usufruit, « on le considère démembrement temporairement de la propriété et appartenant à un autre ».

19 TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, III, 1811, n° 389 pour l'usufruit.

20 TOULLIER, III, n° 95.

21 TOULLIER, III, n° 96.

22 DURANTON, *Cours de droit civil français*, IV, 2^e éd, 1828, n° 74.

et l'exercice, et constatons simplement qu'en présence d'un démembrement, le droit de propriété s'est *assoupi*. Il dort. Cette image somnolente conviendrait plutôt à la première vue : les droits réels s'exerçant sur la chose d'autrui mettent en sommeil l'exercice plein du droit de propriété, et il y a loin entre dormir et perdre un bras. Mais pour Duranton, qui a à l'esprit les baux à longues années, ce sommeil est un coma qui peut être fort long²⁶ : pendant que le droit dort, le propriétaire ne jouit pas utilement de la chose et sa propriété est diminuée par le fait qu'il n'a pas droit à tout ou partie des utilités de la chose. Il demeure cependant propriétaire, puisqu'au réveil, il retrouvera l'intégralité des attributs de sa propriété.

Pour son exposé sur la nature des servitudes au Tome V, n° 475, Duranton renonce à l'utilisation de l'image du démembrement qu'il semblait avoir préféré au Tome IV, n° 459 ; cette fois-ci, il nous dit : « La servitude est un droit dans le fonds même qui en est affecté, et dans celui au profit duquel elle est établie, un droit réel, pour employer le langage de la doctrine et même de la loi : c'est métaphoriquement parlant, une qualité active et passive des héritages qui en sont l'objet, mais non comme on le dit quelquefois, un démembrement de la propriété elle-même, qui n'en est pas moins entière, quoique son usage soit plus ou moins restreint ; car, autre chose est le domaine, autre chose est son exercice ; je suis propriétaire absolu de tel fonds quoique vous y ayez un droit de servitude ; j'en puis valablement disposer, je puis l'hypothéquer sans votre consentement, et intégralement²⁷ ». La servitude n'est pas un démembrement parce qu'elle maintient l'unité du domaine en laissant coïncider le droit du propriétaire du fonds grevé et la maîtrise du fonds ; et ce même si la charge qui pèse sur le fonds en diminue l'exercice.

26 Si l'usufruit est viager, les servitudes prédiales sont perpétuelles, et le bail emphytéotique peut durer beaucoup plus longtemps qu'une vie d'homme.

27 DURANTON, V, n° 475.

Aux côtés de l'image du démembrement, les auteurs se tournent parfois vers la distinction entre propriété parfaite et propriété imparfaite : « elle est parfaite dans le cas où le droit du propriétaire n'est point sujet à s'évanouir par l'effet de quelque circonstance, telle qu'une clause résolutoire, le pacte de réméré, la charge de conserver et de rendre... Elle est imparfaite dans le cas contraire²⁸ ».

8. D'autres auteurs retiennent l'idée que les droits réels de jouissance sont séparés de la propriété, mais sans donner au démembrement une forte valeur explicative : c'est le cas de **Démante**²⁹ ou de **Marcadé**³⁰. Bien plus, dans son *Traité des droits d'usufruit*, Proudhon reste attaché à la conception ancienne du droit sur la chose d'autrui³¹, et la situation du *Cours de droit civil français* de **Zachariae** est une fois de plus exemplaire ; l'auteur ne se sert pas lui-même de la métaphore du *démembrement* dans les premières traductions (2^e éd. de la trad. franç. par Aubry et Rau, 1843). En revanche, ce sont les traducteurs qui devenant les continuateurs de l'œuvre française à partir de la 4^e éd., 1869, introduiront l'image du démembrement³², sans toutefois que la définition de la propriété comme ensemble de pouvoirs sur la chose (corporelle) proposée par Zachariae, ne s'en trouve véritablement affectée. Ils se contenteront de dire que le droit démembrement de l'usufruitier est patrimoniallement distinct du droit de propriété³³.

28 DURANTON, IV, n° 266.

29 DÉMANTE, II, n° 418.

30 MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, art. 543, n° 401.

31 PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, I, 1822, n° 4 ; VI, n° 3063.

32 AUBRY & RAU, *Cours de droit civil français*, II, 4^e éd., 1869, § 227.

33 AUBRY & RAU, II, 4^e éd., § 234 et la note « L'usufruit formant un démembrement de la propriété, et constituant pour l'usufruitier un bien compris dans son patrimoine, celui-ci ne peut en être privé qu'au moyen d'une usucapion réunissant, quant à lui, toutes les conditions requises par le droit commun ». Le démembrement est

À ce point, la métaphore du démembrement a un domaine restreint mais une base solide : elle repose sur l'idée que le droit de propriété se confond logiquement avec la catégorie même des droits réels³⁴, que tout propriétaire a causalement l'ensemble des droits sur sa propre chose : pour tout dire, la thèse du démembrement a fait ressurgir par la porte dérobée la thèse de l'usufruit causal³⁵. Avec Demolombe, elle va devenir omniprésente et omni-explicative.

II. Omniprésence de la théorie du démembrement

9. Dans son cours de code civil (puis Code Napoléon), **Demolombe** fait le détail des modifications de la propriété permise par le législateur, et s'interroge sur les *divers démembrements dont le droit de propriété est susceptible*³⁶. Il élabore une véritable explication de la nature des droits réels à partir des caractères du démembrement :

Les divers démembrements dont le droit de propriété est susceptible, sont aussi nécessairement des droits réels : l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes (art. 543).

Mais est-il vrai de dire, en sens inverse, que tout droit réel soit par cela même un démembrement du droit de propriété ? En d'autres termes, y a-t-il plusieurs espèces de droits réels, ou n'en existe-t-il, au contraire qu'un seul, à savoir : le droit de propriété, qui renfermerait tous les autres, et dont tous les autres, en effet, ne seraient qu'une émanation et un démembrement ?

Comme à son habitude, Demolombe répond à la question qu'il se pose de manière controversiste. Il admet qu'il est

bon de regarder la propriété comme une source générale des droits réels, mais il conteste que tous les droits réels soient des démembrements. Son attention se porte sur les sûretés réelles, – hypothèque et nantissement –, dont il réfute qu'elles opèrent morcellement ou fractionnement du droit de propriété³⁷.

La vérité, nous dit-il, est qu'en allant au fond des choses, on trouve qu'il existe deux sortes de droits réels : Les uns principaux qui constituent de véritables démembrements de la propriété, et qui ont en effet les mêmes caractères, en général, de stabilité et d'immuabilité qui la caractérise ;

Les autres au contraire, simplement accessoires, hypothèque, privilèges, nantissement, antichrèse, droits de gage perfectionnés, droits réels sui generis, qui participent à la nature des créances qu'ils ont seulement pour but de garantir, et qui sont comme elles, sujets à toutes les causes d'extinction spéciales des créances.

En proposant de distinguer les démembrements des droits réels accessoires, Demolombe a constitué la classe des droits réels principaux, et a érigé le *démembrement* en critère des éléments de la classe. Il se sert ensuite de ce critère pour savoir s'il existe des droits réels principaux que l'article 543 n'aurait pas prévus³⁸. Pour donner une assise théorique à sa présentation, Demolombe s'appuie sur les travaux du romaniste Pellat dont un important travail sur le droit de propriété a achevé de situer le concept de démembrement du droit de propriété dans une perspective historique. Tous deux affirment aussi bien en droit civil romain que français du XIX^e s. « d'autres fois, les divers attributs de la propriété se trouvent répartis entre plusieurs personnes, de telle sorte qu'aucune d'elles ne participe à tous ces attributs, ou qu'elles n'y participent pas de manière égale : alors la propriété est démembrée,

ici conçu comme *usufructus formalis* par opposition à une division inhérente au droit de propriété *usufructus causalis*.

34 Trait de caractère de la propriété souligné pour la même période par RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, 2001, p. 128 *sq.*, spéc. p. 130.

35 MARCADÉ, II, art. 578 ; voy. ROSSI, *Duplex est usufructus : ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto commune*, 1996.

36 DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IX, 471 *sq.*

37 DEMOLOMBE, IX, 472 ; voy. aussi ACOLLAS, *La propriété*, p. 83 : démembrement signifie *fractionnement*

38 DEMOLOMBE, IX, n° 478.

et chacun de ses démembrements prend un nom différent³⁹ ».

10. À partir du milieu du XIX^e siècle, la métaphore du démembrement est devenue un critère de distinction des droits réels principaux (les véritables démembrements) des droits accessoires (les garanties). Elle est justifiée historiquement par la division des prérogatives et des portions intellectuelles de la propriété individuelle. Le « démembrement » sert à discuter de la nature des droits : le possesseur n'a-t-il pas reçu du propriétaire une part de la jouissance puisqu'il a des actions pour défendre sa possession ? le superficiaire n'a-t-il pas une part du droit de disposer puisque son droit fait échec à l'accession ? l'emphytéote et le locataire à longues années n'ont-ils pas un fragment de la propriété sur la chose leur permettant de transmettre et d'hypothéquer leur droit ? Et les droits de chasse et les droits de pêche⁴⁰... en Bresse et ailleurs.

La doctrine utilise le démembrement comme moyen de qualification de la catégorie des droits réels principaux et ce ressort méthodologique et rhétorique ne va cesser de se développer. Le critère du démembrement étant posé, la jurisprudence peut répondre :

Attendu que le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits ; qu'à la différence de l'emphytéote et de l'usufruitier, le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle ; qu'il possède pour le propriétaire, dont il est, sous ce rapport, le représentant et le mandataire, et auquel, seul, sa possession profite.⁴¹

39 PELLAT, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e éd., 1850, n° 3 ; mais également ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, II, 6^e éd., 1857, n° 437 sq. ; ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, 2^e éd., 1874, I, n° 264 sq.

40 PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 2^e éd., 1901, n° 1560

41 *Synd. Vollot c. Chaussergues du Bord*, Cass. civ., 6 mars 1861, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^e éd., n° 181.

En somme, « Qu'est ce qu'un droit réel ? » se demande Laurent, « Sauf la propriété, qui est hors de cause, ce sont des démembrements de la propriété, c'est-à-dire des actes de propriété, des manières d'utiliser la propriété, d'en tirer profit⁴² ». Et « quand la chose qui m'appartient est grevée d'usufruit, la propriété en est démembrée, en ce sens qu'un attribut essentiel en est séparé⁴³ ».

11. À la fin du XIX^e siècle, la catégorie des démembrements (droits réels principaux) subit la concurrence de la catégorie générale des « servitudes personnelles et réelles ». L'influence des romanistes et des pandectes est forte à ce moment⁴⁴ ; Aubry et Rau, même s'ils introduisent occasionnellement l'idée du démembrement présentent l'usufruit comme une servitude personnelle, et Baudry-Lacantinerie en fait autant en notant bien à l'heure où il écrit qu'il n'y a plus de tabou à intituler le titre III du livre II « Des servitudes personnelles ». Mais cette présentation a un inconvénient majeur selon Planiol : du point de vue didactique, l'utilisation de « servitude personnelle » à propos de l'usufruit et des droits de jouissance conduit les étudiants à penser qu'il ne s'agit pas d'un droit réel ; et n'ayant pas de vertu explicative, il conseille de l'abandonner⁴⁵. Il y a là un moment clé de notre histoire doctrinale où Planiol va à contresens de l'emprunt qu'il fera à la pandectistique allemande ; il ne conçoit pas l'usufruit, archétype des droits réels, comme une servitude personnelle, et n'en déduit pas qu'il s'agisse d'une charge sur la chose d'autrui⁴⁶.

Dans la doctrine italienne, à la même époque, les termes « smembramento » ou « frazione » sont utilisés pour indiquer la décomposition de la propriété parfaite

42 LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, 2^e éd., 1876, VI, n° 84.

43 LAURENT, VI, n° 324.

44 ORTOLAN, PELLAT, ACCARIAS, GIRARD font coïncider servitudes et démembrement.

45 PLANIOL, I, n° 1563.

46 Présentation analogue chez Capitant ; comp. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1904, § 145 sq.

et pleine en d'autres droits réels (dénommés propriété imparfaite ou mi-pleine)⁴⁷; dans cette figure, les droits réels apparaissent distincts de la propriété non qualitativement, mais quantitativement. Il semble qu'une telle théorie des droits réels exprime la préoccupation des juristes de prêter au droit réel le même caractère absolu, qu'ils accordent à la propriété. Manière aussi de maintenir à la propriété ce caractère absolu face à la question de la relativité des droits.

La pandectistique va modifier cette présentation; Windscheid avance l'idée que la propriété est une totalité qui ne peut être fragmentée, qu'elle ne peut être analysée comme la réunion d'une série de facultés ou de prérogatives. La propriété est un pouvoir illimité sur une chose, qui bien sûr peut être restreint par des droits extérieurs et extrinsèques; des droits différents dont d'autres seraient titulaires. Les thèses de Windscheid vont être suivies en Allemagne et vont permettre à la doctrine italienne de se libérer de l'influence française⁴⁸.

12. En France, l'abandon du commentaire article par article, et l'adoption d'un mode synthétique d'exposition du droit civil sera un facteur d'affermissement des catégories juridiques. Dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert, la quatrième partie du volume consacrée aux biens est intitulée «Démembrements de la propriété». À partir

de cet instant, les traités, cours, manuels jusqu'aux plus petits ouvrages de droit civil français du xx^e siècle vont presque tous (*l'exception est rarissime*) aborder la typologie des droits réels à travers la métaphore du démembrement⁴⁹. Bien peu d'auteurs vont s'élever contre cette rhétorique. De Vareilles – Sommières adopte la position allemande au début du xx^e siècle: «la propriété, nous dit-il, est la virtualité de l'omnipotence sur une chose, et peut n'avoir qu'un caractère résiduel quand des droits sont constitués sur la chose»⁵⁰. Une telle conception exclut l'idée d'un démembrement. Plus tard, le professeur Zénati, sur les traces de Ginossar, va élaborer une approche excluant le droit de propriété de la catégorie des droits réels, portant nécessairement sur la chose d'autrui⁵¹.

Mais ces exceptions mises à part, la métaphore du démembrement est bien présente dans la doctrine française du xx^e siècle; reste à en connaître la valeur et l'intensité. Formellement, et didactiquement, les «démembrements» apparaissent dans les plans des traités et manuels pour signifier la distinction des droits réels principaux et droits réels accessoires, des droits réels du premier degré et ceux du second degré, des droits réels démembrés et des droits réels de garantie; mais le concept de «démembrement» n'a pas la grande portée explicative que lui prêtait Demolombe. Il peut même paraître curieux que l'usage de la «propriété démembrée» fasse l'objet de précautions de la part des auteurs qui en use. Josserand

47 par ex: F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, II, [1877, 2^e éd. 1886], § 121; § 272. L'auteur voit encore l'usufruit et les servitudes comme des *smembramenti*: «La servitù è una limitazione imposta all'altrui proprietà in vantaggio di un'altra. [...] Parlando dell'usufrutto, vedemmo che esso è uno smembramento della proprietà, in quanto alcuni attributi della medesima passano dal proprietario nell'usufruttario. Al contrario la servitù se limita la proprietà, non importa lo smembramento della medesima a beneficio di un altro, nè l'avente diritto alla servitù può ritenersi che posseda una porzione dell'altrui proprietà».

48 voy. G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2^e éd., UTET, 1972, p.46; COMPORZI, v^o *servitù*, Enc. dir. p.281; GROSSI, «Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà», *Quaderni fiorentini*, 5/6, 1976/77, tome I, p.201 sq.; voy. aussi NOCCELLI, 2000, p.64 sq.

49 La liste des grands auteurs du xx^e siècle qui ont «démembré» la propriété est longue: BAUDRY – LACANTINERIE & CHAUVEAU (3^e éd., 1905) et plus tard BONNECASE; PLANIOL, (2^e éd., 1901); PLANIOL & RIPERT, III, 1926, par Picard, n^o756 sq.; COLIN, CAPITANT (1914) et plus tard JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, et jusqu'à aujourd'hui WEILL, TERRÉ, SIMLER, *Les biens*, 2002; CARBONNIER (1955, dern. 2004); MARTY et RAYNAUD, 1965, et plus tard JOURDAIN; H. L. et J. MAZEAUD & CHABAS, *Leçons de droit civil, Biens*, Montchrestien, 1994; ATIAS, *Les biens*, Litec, 9^e éd. 2007; BERGEL, BRUSCHI, CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000.

50 DE VAREILLES – SOMMIÈRES, «La définition et la notion juridique de la propriété», *RTD civ.* 1905, p.447 sq.

51 ZÉNATI, *Les biens*, (1988, 3^e éd., 2008, avec Revet).

prend soin de dire qu'il ne range pas les charges foncières et les servitudes dans la catégorie du démembrement qui ne comporte au fond que l'usufruit; Carbonnier qualifie l'usufruit et les différents baux conférant des droits réels de jouissance comme des modifications de la propriété emportant démembrement *au sens technique*⁵²; Marty et Raynaud font état des éléments qui ont sensiblement modifié la compréhension des rapports aux choses laissant entendre que la *théorie traditionnelle* du démembrement se trouve inadaptée pour expliquer ces réalités de plus en plus complexes: volume, espace, meubles incorporels etc.⁵³; MM. Malaurie et Aynès exposent encore l'analyse classique mais souligne ses faiblesses jusque et y compris pour expliquer l'usufruit⁵⁴ ou encore, MM. Terré et Simler semblent renoncer à reconnaître au démembrement plus que ce qu'il est, à savoir une simple métaphore:

Le concept usuel de démembrement est une approximation commode, vivement critiquée par une fraction de la doctrine. [...] La qualification de droit sur la chose d'autrui plutôt que de démembrement de la propriété ne se heurte à aucune objection, du moins pour les droits réels autres que le droit de superficie. Il est certain que les droits ainsi présentés ne se caractérisent pas par une redistribution rigoureuse des prérogatives attachées à la pleine propriété et ne constituent pas des fractions de celle-ci dont l'addition serait égale au tout que serait la pleine propriété. Ainsi n'a-t-on pas manqué de faire remarquer, s'agissant de la distinction entre usufruit et nue-propriété, que quantitativement, l'usufruitier a moins de pouvoir que le propriétaire n'en perd...; quant au nu-propriétaire, il a moins de pouvoir que ce qu'il aurait si son droit était ce qu'il reste de la propriété après ablation de l'usus et du fructus. Il reste que, outre ses vertus didactiques, l'idée de démembrement, que ne récuse pas la doctrine

majoritaire, n'est pas contraire à la réalité, si l'on admet qu'elle est plus une image que l'expression d'une vérité physique⁵⁵.

En résumé, nous en sommes revenus au point de départ et nous n'avons pas de théorie très claire de la propriété. Les critiques aujourd'hui sont sévères contre la manière dont la doctrine française n'est pas parvenue à régénérer les principes du droit des biens, figés, englués dans des catégories fondées sur une esthétique métaphorique. Concepts rudimentaires, théories vieillies, idiosyncrasies nationalistes, dictature de l'immeuble, les critiques ne manquent pas. Et pourtant, ... elle tourne.

III. Résistance de la théorie du démembrement

13. Vieille et paralytique, la *théorie du démembrement* est loin d'avoir dit son dernier mot. C'est ainsi que, du point de vue de la dogmatique, l'exposition des concepts qui gouvernent l'explication du livre II du Code civil sont bien peu différents de ceux qu'avait proposés Demolombe, et le temps passant ils résistent toujours malgré la critique⁵⁶. La vieille théorie du démembrement est aussi absurde que celle de l'usufruit causal, nous disent des auteurs italiens; les comparatistes la trouvent si rudimentaire qu'il nous demande de l'oublier pour comprendre le trust-fiducie⁵⁷.

Pourquoi la théorie du démembrement a-t-elle une si grande capacité de résistance? La première explication tiendrait à la paresse intellectuelle des juristes, à leur conservatisme naturel, mais ce serait trop simpliste. Une

52 CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2 [2004], n° 846.

53 MARTY & RAYNAUD, *Les biens*, 1965, n° 2 sq.

54 MALAURIE & AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n° 810.

55 TERRÉ & SIMLER, *Les biens*, Dalloz, 6^e éd., 2002, n° 773 (précision ne figurant pas dans l'édition précédente).

56 LIBCHABER, au Livre du Bicentenaire du Code civil, et au colloque de l'ARISTEC à Poitiers en septembre 2005; GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, 1961; ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993.305 sq.

57 A. BIANCO, « Trust et fiducie: analyse de droit comparé », Mémoire pour le Master 2 *Contrats en droit européen*, Poitiers, 2008.

deuxième explication réside dans la coïncidence de plusieurs éléments fixateurs : d'un premier côté, la propriété individuelle conçue comme droit naturel, repousse les tentations « collectivistes », or ce premier point est loin de se mettre en retrait. Il faut noter qu'au début des années 1980, il existe un fort mouvement de défense de la propriété individuelle dans la doctrine française qui a coïncidé avec les résistances politiques aux lois de nationalisation ; ce mouvement montre clairement ses préférences en faveur d'une conception individualiste et volontariste de la propriété et des contrats. Coïncidence ou symptôme, l'arrêt Caquelard de 1834 qui avait opté pour le principe de la libre création des droits réels réapparaît dans ce débat. Curieusement, lorsqu'Henri Capitant en 1933 publie *les grands arrêts de la jurisprudence civile*, il n'y faisait pas figurer l'arrêt Caquelard pour illustrer le principe de liberté de création des types de droits réels mais un arrêt de 1899 relatif à des clauses de non-responsabilité pour des dommages causés aux propriétaires par les exploitants des mines en sous-sol⁵⁸. Cet arrêt n'apparaîtra plus dans les éditions suivantes ; et la question du *numerus clausus* ne sera plus traitée jusqu'à la huitième édition de 1984, moment où les auteurs vont introduire pour la première fois l'arrêt Caquelard, et vont plaider pour la libre création des droits réels innomés.

D'un deuxième côté, la théorie du patrimoine héritée d'Aubry et Rau, et de laquelle dérive notre conception des personnes morales, a été à la fois un facteur limitant de la libre création des droits réels⁵⁹, (puisqu'il était plus simple de constituer des obligations personnelles entre personnes juridiques qui peuvent être éternelles), et un élément fixateur de l'image du démembrement. Du point de vue économique, en terme de stricte valeur,

il est parfaitement exact de dire que l'usufruit transfère une partie de la valeur du bien à l'usufruitier ; de même le fonds servant vaut moins que s'il n'était pas grevé d'une charge⁶⁰... mais ce partage des valeurs devrait conduire à dire que le preneur d'un bail de longue durée, et pas seulement l'emphytéote, a un démembrement de la valeur.

D'un troisième côté, proche du précédent, les mutations économiques ont accompagné le changement de statut de l'économie dans le monde des idées, et la pensée économique envahit le discours des légistes en induisant d'autres modes de compréhension du droit de propriété. L'associé est-il propriétaire des actions ? L'associé est-il propriétaire d'une fraction de la personne morale ? Des économistes répondraient par l'affirmative et sans difficulté à ces deux questions, alors que les juristes auront du mal à ne pas être nuancés sur la première question et dénonceront la confusion conceptuelle de la seconde. La différence tient à la conception des biens comme valeur.

14. Cette conception n'est pas neuve ; elle est entrée depuis longtemps dans le droit français par le fonds de commerce dont la valorisation en fait une universalité, plus récemment le fonds libéral, les monopoles d'exploitations (brevet, marque, droit d'exploitation des œuvres...). Si le bien est sa valeur, la répartition des pouvoirs sur la chose n'est plus limitée par le cadre unitaire de la propriété parfaite ; on peut concevoir toutes sortes de rapports juridiques, qui en droit français seront conçus comme autant de rapports sur des choses immatérielles et intellectuelles. L'usufruitier d'un brevet ou d'une œuvre de l'esprit peut-il accomplir des actes de disposition (conclure un contrat d'édition) ? S'il ne le peut, quelles sont ses prérogatives ? S'il le peut, que reste-t-il au nu-propriétaire ? Bien des apories dans lesquelles se trouvent les « démembrements » du droit d'auteur.

58 Cass. civ., 12 décembre 1899, *Grands arrêts*, 1^{re} éd., n°76 ; voy. GENY, « De l'effet des clauses d'irresponsabilité de la mine à l'égard des ayants cause à titre particulier du superficiaire qui les a consenties », *Rev. bourguignonne*. 1897, p. 151 sq.

59 ATIAS, *Les biens*, 2007, n°71, p. 51-52.

60 C'est l'opinion de PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2^e éd., UTET, 1972, p. 46.

Et s'il y a identité entre le bien et sa valeur, toutes les modalités de la propriété sont comme des démembrements de valeur. Nous sommes arrivés à un état de confusion conceptuelle qui devrait nous amener à renoncer à la métaphore du démembrement.

15. C'est pourtant l'inverse que la doctrine protolégislative promeut. Le « démembrement » vient même de faire son entrée dans le Code civil français, pour l'heure par la petite porte, à l'occasion d'une modification de l'article 815-1 al. 1^{er}⁶¹ par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures⁶². Le législateur français aura vu en lui une source de clarté et de simplicité. Mais ce ne serait qu'une étape, les promoteurs de la réforme du Livre II du Code civil en font un véritable pilier du droit des biens nouveau⁶³. D'un point de vue politique, le « démembrement » permet d'articuler une conception du droit de propriété qui conserve son primat absolutiste et son caractère non destiné quand les droits sectoriels de l'environnement, des propriétés immatérielles ou du logement, poussent en faveur d'une redéfinition de la propriété autour d'un axe qui ne ferait plus de la propriété immobilière l'archétype éternel du droit sur les biens. La proposition du groupe Périnet-Marquet campe le principe que « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits (al. 1^{er}). Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent (al. 2) ».

61 « Sauf en cas de **démembrement** de la propriété du bien ou si l'un des indivisaires se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 836, l'aliénation d'un bien indivis peut être autorisée par le tribunal de grande instance, à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis, suivant les conditions et modalités définies aux alinéas suivants ».

62 F. ROME, « *Ob, la belle loi* », D. 2009, p. 1329.

63 PÉRINET-MARQUET et alii, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, 2008. http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf.

« Nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui »⁶⁴, sans un mot sur la destination du droit de propriété⁶⁵. Seuls les démembrements limités de la propriété permettraient ces aménagements de la jouissance, et les opinions faussement dissidentes de certains membres du groupe de travail, témoignent de l'étau dans lequel l'image du démembrement maintient les droits réels sur la chose d'autrui : l'invention d'un droit de jouissance spéciale taillé sur le modèle de l'usufruit autoriserait même l'avènement d'un *numerus clausus* des démembrements⁶⁶.

64 Art. 534 et 535 Prop. Liv. II.

65 Pour illustration, lire l'art. 1228 du Code civil du Brésil : « Le propriétaire a la faculté d'user, de jouir et disposer de la chose, et de la revendiquer entre les mains de celui qui la posséderait ou la détiendrait injustement.

§ 1^o. Le droit de propriété doit être exercé selon ses finalités économiques et sociales et de manière à ce que soient préservés, conformément à ce qui est établi par les lois spéciales, la faune, la flore, les beautés naturelles, les équilibres écologiques et le patrimoine historique et artistique, et de façon à ce que soit évitée toute pollution de l'air et des eaux ».

66 BERGEL, à la RDImm 2009, p. 137 « On peut déplorer... que la thèse du *numerus clausus* des droits réels l'ait ainsi emporté. Mais tant d'articles laissent place à la liberté contractuelle ou à des droits réels largement ouverts, comme le droit réel de jouissance spéciale ou les servitudes, que les réticences que suscitent ces choix s'estompent fortement et que la volonté d'éviter trop de dérives incontrôlées paraît se justifier. Il en est d'autant plus ainsi que les textes proposés renvoient à des législations spéciales existantes ou susceptibles d'intervenir dont ils réservent l'application de régimes spécifiques ». Pour poursuivre l'analyse, lire absolument : F. ZENATI-CASTAING, « La proposition de refonte du Livre II du Code civil », RTD civ. 2009, p. 211.