



HAL
open science

Représentations concurrentes de la propriété en droit civil français

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Représentations concurrentes de la propriété en droit civil français. Michel Boudot; Didier Veillon. Les propriétés : Université d'été 2015, Presses universitaires juridiques de Poitiers, pp.19-32, 2016, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. Actes & colloques, 979-10-90426-56-6. <hal-04011511>

HAL Id: hal-04011511

<https://hal.science/hal-04011511v1>

Submitted on 21 Feb 2025

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.



HAL Authorization

PRESSES UNIVERSITAIRES JURIDIQUES
UNIVERSITÉ DE POITIERS
COLLECTION DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES

UNIVERSITÉ D'ÉTÉ 2015
LES PROPRIÉTÉS

Sous la direction de

Michel BOUDOT

Didier VEILLON

LES REPRÉSENTATIONS CONCURRENTES DE LA PROPRIÉTÉ EN DROIT CIVIL FRANÇAIS¹

La propriété du Code civil français est traditionnellement présentée sous une forme moderne monolithique au moyen des attributs qui lui ont été conférés par deux siècles de commentaires et de jurisprudence. Exclusivisme, absolutisme, perpétuité². Mais les textes du Code, très ambigus à l'origine, n'ont pas cessé de l'être avec le développement hors du Code d'une abondante législation relative aux biens de toutes sortes. Elle a été un enjeu idéologique et révolutionnaire, ici et là depuis 200 ans, et aujourd'hui dans une économie mondialisée, les systèmes et conceptions de la propriété témoignent des luttes âpres en vue d'établir d'un côté des modèles économiques favorisant le développement des nouvelles technologies, et d'un autre ceux permettant l'exploitation et la protection des ressources naturelles. Brandie comme étendard de la liberté, dénoncée comme une illusion asservissante, elle reste un puissant vecteur idéologique habillé sous une expression technique. C'est justement cette expression technique qui servira de matière à cette réflexion pour tenter de comprendre comment joue la rhétorique de « surdétermination de la relation aux biens (...) allant jusqu'à soumettre à son empire des situations qui auraient dû y échapper³ ». Je voudrais aussi rappeler que non seulement les caractères de la propriété, absolutisme, exclusivisme et perpétuité sont amphibologiques, mais encore que les discours centripètes qui décrivent toutes les formes d'appartenance gravitant autour d'un modèle unique, utilisent en réalité chacun des caractères de la propriété de manière alternative et non pas cumulative revenant à dire que tout ce qui est d'usage exclusif est propriété du titulaire ; tout ce qui est objet d'un pouvoir absolu est propriété du titulaire ; tout ce qui est droit perpétuel est propriété du titulaire (puisque la propriété est archétype des droits réels lesquels sont perpétuels – ceci est un sophisme). Perpétuel voulant dire simultanément transmissible librement et éternel. Grâce à un lexique réduit au minimum tout devient propriété. Avant d'entrer dans la matière dogmatique, je ferais une observation purement linguistique quant aux formes que peuvent revêtir les représentations de l'appartenance dans nos différentes langues. Ces formes dépendent des ressources linguistiques pour l'exprimer : par le génitif du nom en latin ou de l'article en allemand, l'antéposition en anglais, ou l'attribution « *ad* » *dégénéré* des langues romanes ; par les déterminants possessifs « ses biens, ses droits », des déterminants attributifs ou la déclinaison des pronoms ; par le sens du nom-sujet qui qualifie et induit un certain type de relation. Le propriétaire, le

- 1 Ce texte a fait l'objet d'une première version publiée pour les actes des 12^e journées Poitiers - Roma TRE [2014], in L. VACCA, *Le proprietà*, Jovene, 2015, pp. 59-80.
- 2 J.-L. BERGEL, « Aperçu comparatiste du droit de propriété », *Mélanges Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p.103 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2000, n° 80 et sq. ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 140 et sq.
- 3 R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Livre du bicentenaire*, 2004, p.311, n° 11.

possesseur, le détenteur... ; et enfin par le verbe qui exprime la relation entre l'être et l'avoir. Ce dernier point mérite qu'on s'y arrête un instant : en français, la propriété s'exprime 1°. de manière statique : être propriétaire de, avoir la propriété ; 2°. de manière dynamique, s'approprier, devenir propriétaire, se rendre propriétaire mais aussi obtenir, détenir, maintenir, retenir qui expriment des modalités de l'action d'avoir ou simplement *tenir* (*tenere, tener*)⁴.

Ces verbes informent sur l'état ou l'action du sujet en le qualifiant.

Mais le lexique de la langue française ne contient pas de verbe taillé sur le radical « propriétaire » pour signifier la propriété par l'action comme en anglais (*The owner owns*); et pour cela, on utilise généralement deux autres verbes sémantiquement réciproques : *posséder* et *appartenir* : « Le sujet possède, l'objet-direct, lequel réciproquement lui appartient »⁵.

Quelques exemples :

Code civil, art. 3. al. 2 [1804] « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » ; paraphrasé sans perte de sens par « Les lois réelles régissent indistinctement tous les immeubles, même ceux qui appartiennent à des étrangers »⁶.

Code civil, art. 537 [1804] « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ».

Code civil, art. 2420, 1° [2006] « Celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition ».

Dans les usages non spécifiques de la langue, les interférences sémantiques entre appartenance / appartenir, détention / détenir, possession / posséder et propriété sont innombrables. Quand la théorie juridique imagine des distinctions pour identifier des usages linguistiques, elle décrit l'influence des phénomènes linguistiques sur l'interprétation des règles ; en revanche, quand les juristes unifient, agrègent et agglomèrent dans un pot commun des usages linguistiques distincts, ils plaident pour la constitution d'un monopole conceptuel dont les conséquences politiques ne sont pas lisibles⁷. Cela ne date pas d'aujourd'hui. « Dans son acception la plus simple et la plus naturelle, le mot propriété désigne ce qui est propre à quelqu'un, ce qui est convenable et inhérent à son être, et qui forme une partie essentielle de son existence. La propriété la plus évidente d'un homme est celle de sa personne, de tous les membres qui la composent, des facultés qui en sont les attributs, comme la vie, la pensée, l'action, le mouvement, etc. Les attentats les plus révoltants contre la propriété, sont aussi ceux qui attaquent la personne ou les droits qui

4. En français le verbe *tenir* ne concurrence *avoir* que de manière idiomatique, car nous n'avons qu'un seul auxiliaire actif qui est 'avoir'. « Le second gratifié est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité (Art. 1051) ».

5. On n'oubliera pas que pour C. TOULLIER - seul contre tous ou presque -, le possesseur a un droit réel concurrent et contradictoire de celui du propriétaire : *Droit civil français*, III, 1811, n° 74 et sq.

6. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, I, 3^e éd., 1865, n° 90.

7. U. MATTEI et A. GALLARATI, "La proprietà come istituzione fondamentale dell'economia," in *Economia politica del diritto civile*, Giappichelli, 2009, pp. 87-120. J.P. CHAZAL, "La propriété : dogme ou instrument politique ? : ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel", *RTD civ.* 2014, p.763 ; "De quelques modes iconoclastes d'appropriation", *Cahiers de droit de l'entreprise* - Novembre 2015 - n° 6.

en dépendent. Cette espèce de propriété est en quelque sorte intérieure; elle ne s'étend pas au-delà de la personne, dont elle fait partie. *Suite : il existe une autre propriété extérieure... »*⁸.

Au cours du 19^e siècle, les théories du patrimoine ont cherché à défaire l'amalgame entre personne (être propre) et biens (avoir propriété) : qu'il s'agisse des théories du patrimoine d'affectation ou de la thèse de l'unité, la doctrine a cherché à distinguer ce qui était du patrimoine (avoir), et ce qui était extra-patrimonial (être), mais la valorisation de certaines activités, poussée par des exigences comptables autant que scientifiques, a brouillé ces distinctions fragiles⁹. Les joueurs de football sont intégrés au capital social des sociétés sportives, les données personnelles sont traitées comme des biens incorporels, les volumes abstraits sont acquis comme des biens prêts à constituer des droits sur des choses futures. Pour y voir plus clair, je m'intéresserai à trois séries de propositions dogmatiques relatives à ce que l'on a appelé la propriété individuelle des choses matérielles (I), la propriété dite 'intellectuelle' (II) et la propriété dite 'publique' (III). La première est l'archétype, pétrie par les principes communs ; la seconde est une sous-catégorie du genre 'propriété des choses incorporelles' ; la troisième est l'enjeu constant des controverses politiques que les deux premières ne parviennent pas à neutraliser.

I. PROPRIÉTÉ INDIVIDUELLE DES CHOSES CORPORELLES

En 1804, l'article 537 du Code civil pose le principe républicain primordial que *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent*. La législation civile en a terminé avec ce qui restait de la féodalité foncière et proclame l'absolue propriété, droit naturel de l'homme. Bien plus, proclamer l'abolition de la féodalité, abroger ses règles, c'était aussi rejeter ses concepts et ses sources. Adieu théorie du double domaine¹⁰ ! Mais le passage *du domaine de propriété au droit de propriété* est sinueux, car les premiers commentateurs ont un peu de mal à en forger qui soient des concepts véritablement neufs, eux qui sont nés avant la Révolution ; ils font appel aux vues des philosophes et aux moralistes du XVIII^e siècle pour justifier de l'origine de la nouvelle propriété : la « communauté négative » primitive popularisée par Pufendorf¹¹ ne pouvait subsister qu'autant que les *hommes vivaient dans une grande simplicité* ; la société civilisée du 18^e siècle (précapitaliste), et *a fortiori* la société préindustrielle du début du 19^e siècle, ont arrimé aux droits naturels de l'homme le pouvoir de disposer librement des choses qu'il possède, mais sans pour autant que la formule de l'article 544 « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » ne soit considérée au moins dans un premier temps de manière purement

8 J. BERNARDI, *Cours de droit civil français*, tome 2, 1803, p. 237.

9 F. CHÉNÉDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n° 139, p. 19.

10 E. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les remontrances : Etude de dogmatique juridique », *Mélanges Fitting*, 1907-1908, t. II, p. 409-461 ; R. FEENSTRA, « Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des ultramontani) », *Fata juris romani, Etudes d'histoire du droit*, Presses Universitaires de Leyde, 1974, p. 215-259 ; D. VEILLON, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI^e au XVIII^e siècle », *Cahiers poitevins d'histoire du droit*, n° 3, LGDJ, 2011, pp.149-162.

11 S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, tome 1^{er}, Amsterdam, Vve Pierre de Coup, 1734, p. 564 et sq. ; R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Œuvres*, éd. Bugnet, 1861, tome 9, n° 21.

abstraite. Propriété et domaine existent concurremment : Pardessus, « La propriété, c'est-à-dire le droit pour tout individu de disposer exclusivement d'une chose¹², s'étant introduite parmi les hommes, et les législateurs l'ayant mise au premier rang des droits dont le corps social doit la garantie à chaque citoyen, presque tout ce qui, dans l'état primitif, n'avait été que l'objet d'une occupation momentanée, sorti de cette communauté universelle, appelée par les jurisconsultes communauté négative »¹³ ; ou encore Toullier, « Le droit de propriété subsiste indépendamment de l'exercice qu'on en peut faire. On n'est pas moins propriétaire, quoiqu'on ne fasse aucun acte de propriété, quoiqu'on soit dans l'impuissance de les faire, et même quoiqu'un autre les fasse, soit à l'insu, soit contre le gré même du propriétaire. Le droit consiste dans la faculté légale de faire des actes par soi ou par autrui, en notre nom. La propriété est considérée comme une qualité inhérente à la chose »¹⁴.

La qualité inhérente à la chose, *ius in re*, a un double sens signifiant premièrement que le lien de la propriété existe entre le propriétaire et sa chose, indépendamment de toute autre personne. C'est cette faculté de suivre la chose partout où elle se trouve, qui forme le caractère spécifique de ce que l'on appelle un droit réel ; deuxièmement que le droit de propriété dépend de la nature et de la consistance de la chose, de ses propriétés internes ; c'est ce qui justifie que le Code impose à certaines choses des régimes propriétaires spécifiques ayant diverses dénominations. En 1804, Pardessus pensait à l'eau dont le régime était posé au titre des servitudes légales, (et qui aujourd'hui est réglementé par des textes spécifiques du Code rural et du Code de l'environnement). « L'eau, considérée comme substance indépendante du terrain où elle repose, est restée dans cette communauté négative, et n'appartient évidemment qu'à celui qui s'en empare le premier »¹⁵. Mais son écoulement inflige aux terrains qui la reçoivent en raison de leurs propriétés physiques (situation des lieux) une destination particulière qui affecte le droit de celui à qui ils appartiennent. Toujours pour Pardessus, le lit des cours d'eau doit être entretenu « L'eau qui coule dans ces lits, n'a d'utilité réelle que par son application aux besoins de l'agriculture et de l'industrie. Autant elle offre d'avantages lorsqu'elle est sagement dirigée vers ce double but, autant elle peut causer de dommages, tant aux particuliers qu'à la société entière, si les propriétaires des lits qu'elle occupe étaient libres d'y faire sans surveillance, tous les ouvrages que le caprice leur suggérerait, ou pouvaient, en se dispensant de les curer, laisser l'eau devenir stagnante et insalubre »¹⁶. Il est guère possible d'être exhaustif mais dès 1804, le Code connaît des modèles propriétaires différents pour certains biens meubles ou immeubles : outre les

12 J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes*, 1811. Cette apposition n'apparaît plus dans la 8e édition, tome 1, 1838, p.174

13 J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes*, 1811, n.75, p.121.

14 *Droit civil français*, III, 1811, n.82 et sq.

15 J.-M. PARDESSUS, *loc. cit.* « Mais plusieurs choses, par leur nature, ont continué de n'appartenir pas plus aux uns qu'aux autres. L'usage actuel qu'on en fait est le seul titre qu'on ait à n'en être pas dépossédé; dès qu'il a cessé, une autre personne a les mêmes droits, et si ces choses ne sont pas devenues un objet de propriété exclusive par suite de cet usage, celui qui les occupe à son tour n'est pas censé s'emparer du bien d'autrui. L'eau, considérée comme substance indépendante du terrain où elle repose, est restée dans cette communauté négative, et n'appartient évidemment qu'à celui qui s'en empare le premier. Un homme qui recevrait la pluie dans un vase placé au-dessus du terrain sur lequel cette eau aurait dû tomber, ne pourrait être poursuivi comme voleur par le propriétaire de ce terrain ce dernier ne serait fondé à se plaindre que de ce que l'étranger aurait, sans droit, placé un vase au-dessus de son fonds ».

16 J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes*, Tome 1^{er}, 8^e éd. 1838, p.180.

distinctions propres à chaque catégorie de biens (art. 516 *et sq.*), les murs mitoyens, les trésors, les immeubles divisés par étages, les clôtures, les fruits naturels, les produits de la mine, les forêts en taille réglée, les cheptels, les animaux en général (art. 1385), les bâtiments menaçant ruine (art. 1386), ... la propriété de tous les biens cités ne correspond pas à un modèle abstrait de libre disposition ou d'exclusivité, mais dépend toujours d'un mode d'exercice particulier concret. Toullier n'en fait pas mystère, même s'il n'entend pas faire renaître l'idée d'un domaine sur les biens, il ne se prive pas de souligner que « L'exercice de la propriété, que certains appellent le domaine, consiste dans tous les actes qui sont permis au propriétaire, ou plutôt qui ne lui sont pas défendus ». Et en détaillant ces trois classes d'actes : 1° la jouissance qui comprend tous ceux qui ont pour but de retirer de la chose tout le profit, toute l'utilité ou l'agrément qu'elle peut procurer ; ..., de la faire servir à tous les usages possibles et non défendus. 2° tous les actes qui tendent à interdire aux autres l'usage de la chose, à la revendiquer, à réprimer les troubles qu'on voudrait apporter à la jouissance ou à la disposition du propriétaire, 3° les actes de disposition de la chose.

Sur le plan de la construction dogmatique, les premiers commentateurs intègrent le changement révolutionnaire, malgré ses allusions au domaine des choses, en posant bien que, contrairement à la disposition, les usages de la chose ne sont pas absolus. Pour que les choses soient claires, il faut bien souligner que les premières constructions civilistes sont contrastées : la propriété est la maîtrise souveraine par quoi l'homme soumet le monde à sa volonté, mais elle est aussi une totalité de pouvoirs, de restrictions, de permissions, d'interdits¹⁷. La propriété est parfaite ou imparfaite¹⁸, elle connaît des démembrements où chaque droit détaché de la propriété parfaite devient lui-même une propriété¹⁹. Toutefois, c'est important de le noter, cet absolutisme n'est pas encore celui des auteurs de la fin du 19^e siècle qui auront à lutter contre l'émergence des théories relativistes, et qui rigidifieront le modèle abstrait de la propriété pleine et parfaite.

Par comparaison, cent ans plus tard, Baudry-Lacantinerie écrira : *Caractères* : 1. « Le droit de propriété est tout d'abord absolu. Le propriétaire a sur sa chose le pouvoir juridique le plus complet, *plena in re potestas*. Il jouira donc de sa chose comme il voudra, même si cela lui plait d'une manière abusive, tandis que celui qui a un droit d'usufruit doit jouir en bon père de famille ». 2. Le droit de propriété est exclusif, ce qui en réalité n'est qu'une façon nouvelle de traduire son caractère absolu... Il en résulte que la propriété d'une même chose ne peut appartenir pour le tout à deux personnes différentes. Une même chose peut appartenir à plusieurs personnes en commun ; il y aura plusieurs copropriétaires de la chose pour partie ». 3. Le droit de propriété est perpétuel²⁰.

Les formulations ont comme changées de proches en proches au cours du siècle. Marcadé dit : « Ce droit rend le propriétaire maître et seigneur de la

17 Il faut absolument lire : M. XIFARAS, *La propriété*, PUF, 2004, p. 93 *et sq.* Chapitre III. *Le domaine, entrelacs des absolus*.

18 C. TOULLIER, III, 1811, n° 92 *et sq.* ; C. DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, I, 1808, p. 317.

19 M. BOUDOT, "L'image du « démembrement » dans la doctrine française", *Jurisprudence, revue critique*, Lextenso, 2010, pp. 33-45.

20 G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des biens, 1905, n° 200 *et sq.*

chose et lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier. Mais ce pouvoir indéfini sur la chose peut être et est souvent limité quand une loi spéciale et formelle vient dans un but d'intérêt public, lui imposer des restrictions. C'est ainsi que les biens de l'Etat, des communes, des établissements publics, et ceux composent les majorats sont soumis à un régime particulier ; que les biens des mineurs et interdits subissent un régime protecteur mais gênant, et que les biens mêmes des particuliers majeurs et capables ressentent encore, quoique à un moindre degré, cet effet de la prédominance de l'intérêt général sur l'intérêt privé »²¹. Demolombe ensuite : « Deux caractères essentiels [du droit de propriété] : ... il est absolu ; il est exclusif ». 1° Droit absolu, la propriété confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet. Il peut en user, *usus* ; il peut en jouir, *fructus* ; il peut en abuser, *abusus*. Ces trois éléments ou attributs, étant réunis dans sa main, ne forment pour lui qu'un seul tout, et qu'un droit unique, qui est propriété parfaite²² ». Plus loin, « Le propriétaire est libre en effet de commettre ces sortes d'excès sur sa chose. Mais il importe toutefois de remarquer que ces excès, qui sont la conséquence de son droit absolu, ne constituent pourtant point par eux-mêmes un mode d'exercice de ce droit, que les lois reconnaissent et approuvent... Mais enfin, il faut bien reconnaître que la propriété étant absolue, confère, sinon en droit, du moins nécessairement en fait, au propriétaire, le droit de mésuser de sa chose ; car, il ne serait pas absolu sans cela ; et toute restriction préventive, en portant atteinte au droit même de propriété, aurait eu ainsi beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages²³ ».

Et Laurent ajoute : le propriétaire a le droit de jouir à savoir « posséder une chose et en retirer tous les fruits, tous les émoluments, tous les avantages ». Le propriétaire a le droit de disposer de la chose. C'est en faire ce que l'on veut *de la manière la plus absolue*. C'est le pouvoir d'aliéner, de démembrer, d'abdiquer, de dénaturer, de mésuser. Le propriétaire « peut jeter son argent, et ce qui est pis encore, le dépenser en plaisirs grossiers, en débauches ». Le propriétaire a le pouvoir d'exclure « ce qui comprend tous les actes qui tendent à interdire aux autres l'usage de la chose, à réprimer les troubles qu'on voudrait apporter à la jouissance ou à la disposition du maître »²⁴.

Il est intéressant de constater que ce mouvement d'absolutisation passant de la disposition de la chose à son usage, s'est appuyé sur une propriété individuelle « romanisée » utilisant la puissante rhétorique de la justification par le recours au droit romain comme source du vrai²⁵. On vante toujours une propriété monolithique taillée sur un modèle absolutiste que l'on qualifie volontiers de « romain » sans se poser vraiment la question de sa romanité²⁶.

21 V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, 5^e éd, 1852, n° 405.

22 C. DEMOLOMBE, IX, 3^e éd., 1866 n° 475 et sq., n° 542 et sq. : voy. l'assimilation du *dominium* romain à la propriété du Code.

23 C. DEMOLOMBE, IX, n° 545.

24 F. LAURENT, *Principes du droit civil*, VI, 1876, n° 100 et sq.

25 C. A. PELLAT, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e éd., 1850 ; C. GIRAUD, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, sous la république et sous l'empire*, 1838 ; A. LAHOVARY, *Du «Dominium» ou droit de propriété en droit romain*. Du Régime de la propriété foncière au point de vue des droits réels qui peuvent en être détachés dans l'ancien droit français et dans le droit actuel, 1865.

26 L. PEPPE, *Uso e Ri-uso del diritto romano*, Giappichelli, 2012 ; L. VACCA, "La proprietà e le proprietà nell'esperienza giuridica romana", in *Le proprietà*, Jovene, 2015, pp. 1-16 ; Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2002/6 (57^e année), p. 1431-1462.

Ce mouvement d'absolutisation de l'usage a fait coïncider d'une part la réaction des propriétaires aux politiques d'urbanisme, au développement des législations publiques et restrictions foncières, et d'autre part, l'exercice des libertés promues par le capitalisme industriel ; il s'est alors trouvé en conflit avec l'expansion des conceptions finalisées du droit de propriété (sociales / socialistes) que la doctrine des premiers commentateurs n'avait pensées que pour le domaine public.

Au 21^e siècle, les auteurs français sont restés très largement soudés à cette vision qui donne à l'absolutisme la première place symbolique, et qui d'un point de vue conceptuel en fait un caractère fourre-tout. Topique, l'avant-Projet de réforme du livre II, rédigé sous l'égide de l'association Henri Capitant propose : « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la règlemente (Av. projet, art. 534). Nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui (Av. projet, art. 535) ». Mais on peut voir autrement l'absolutisme : l'article 1.202 des propositions du *Study group on a European civil code*²⁷ qualifie la propriété d'absolue parce qu'elle confère des prérogatives qui s'exercent *erga omnes*.

Il serait difficile de comprendre aujourd'hui le primat absolutiste comme une révérence révolutionnaire, encore que les formes contemporaines de la féodalité ne soient pas moins puissantes que celles du passé mais il n'est pas dans les ambitions des *proto-législateurs* de régir les relations propriétaires au sein des groupes de sociétés²⁸. Reste qu'un nouveau glissement conceptuel étire la propriété : le droit de propriété confère au titulaire un pouvoir '*absolu sous réserve*', ce qui induit que des lois *spéciales* que l'on interprétera *strictement* pourront *exceptionnellement* teinter la propriété de certains biens de finalités sociales particulières. Les propriétés environnementales et rurales, les propriétés intellectuelles et immatérielles, les propriétés culturelles et historiques, les propriétés commerciales et fiduciaires, les intérêts patrimoniaux protégés comme par *la propriété au sens* de la Convention européenne des Droits de l'homme, se trouvent rejetés en bordure de la propriété absolue sans qu'il ne soit jamais affirmé que le droit de propriété doive s'exercer conformément à ses finalités économiques et sociales, et de façon à préserver la flore, la faune, les beautés naturelles, l'équilibre écologique et le patrimoine historique et artistique, que soit évitée toute pollution de l'air et des eaux²⁹.

II. PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

A. PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE

Lors de la promulgation du Code civil, propriété littéraire et droits des auteurs sont régis par la loi de 19-24 juillet 1793³⁰, et le Code n'y touchera pas. Ce fut la première loi qui permit aux auteurs de jouir durant leur vie

27 B. LURGER et W. FABER, *Acquisition and loss of Ownership of Goods*, Sellier, coll. Principles of European Law, 2011.

28 G. CHIANEA, "La directe féodale aujourd'hui en France", *Mélanges Pierre Jaubert*, PU Bordeaux, 1992, p. 143.

29 Código civil do Brasil, art. 1228 §1.

30 Relative aux droits de propriété des auteurs, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs.

entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d'en céder la propriété en tout ou en partie (art. 1^{er}) et à leurs héritiers ou cessionnaires la jouissance du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs (*Ce terme sera porté à vingt ans par le décret-loi du 5 février 1810, puis à trente ans au profit des seuls enfants par la loi du 8 avril 1854, cinquante ans en 1866, aujourd'hui soixante-dix*). Les commentateurs des Codes ne vont pas s'intéresser spécifiquement à la nature de la propriété littéraire ; mais ils ont néanmoins besoin de la qualifier de propriété mobilière par détermination de loi pour en connaître la destination communautaire dans les régimes matrimoniaux³¹. Ils s'en occupent également au commentaire de l'article 1598 « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation »³², ou au titre des ventes spéciales en droit commercial.

On peut lire chez Pardessus : « Le droit de cet auteur, tout en étant de nature mobilière, ne peut être rangé parmi les meubles, d'une manière telle que la possession du manuscrit suffise pour prétendre en disposer, le publier et en vendre les exemplaires... les droits des auteurs sont immatériels... Ainsi la possession d'un manuscrit n'établit jamais, au profit de celui qui le détient, une présomption de propriété contre l'auteur, ses héritiers ou ayant-cause »³³. Et Troplong ajoute : « La propriété littéraire est incorporelle. C'est la pensée de l'auteur rendue visible par des procédés typographiques... C'est la propriété de la pensée rendue visible par les procédés typographiques. L'auteur et le musicien ne vendent pas le papier sur lequel leurs idées ont été fixées, mais bien une production immatérielle de l'esprit qui s'adresse à l'intelligence de ceux que ces productions intéressent. Dans une cession de ce genre, l'éditeur ne saurait jamais acquérir la propriété absolue de l'ouvrage. Quelque étendue que soit la transmission qui lui est faite, il n'a droit qu'à l'exploitation commerciale dont le manuscrit est susceptible ; il n'est maître que de la spéculation dont la publication est l'objet ; pour le surplus, il est *penitus extraneus*. Ainsi il ne pourrait effacer le nom de l'auteur pour lui donner le sien ; il ne pourrait faire de changements ou corrections au manuscrit ; bien plus, il doit recevoir toutes celles que l'auteur juge nécessaires. La substance de l'ouvrage, si je peux parler ainsi, appartient toujours à celui qui l'a créé, tandis que l'éditeur n'en a que l'usage ou la partie utile³⁴... » : *partie utile* que Troplong appelle propriété utile (p.287, puis p.288). Enfin, Renouard observe que « parmi les ouvrages d'esprit, les uns sont du domaine public, c'est-à-dire que chacun des individus dont le public se compose peut librement en user, et les reproduire, les fabriquer, les vendre ; les autres sont du domaine privé, c'est-à-dire que l'exploitation en est réservée aux personnes investies à cet effet d'un droit exclusif »³⁵.

Pour les commentateurs, il ne fait aucun doute que la propriété littéraire est un bien meuble, mais à aucun moment, il n'est question de propriété de l'œuvre sauf pour dire qu'elle est d'une certaine manière inaliénable ; il est constant que ce qui est objet de propriété littéraire, est une jouissance

31 V. MARCADÉ, II, n° 384 une seule ligne ; C. DEMOLOMBE, IX, n° 439 ; F. LAURENT, XXI, n° 226.

32 R.-T. TROPLONG, *De la vente*, tome I, 3^e éd., 1837, n° 203 et sq.

33 J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, tome 2, 2^e éd., 1825, n° 307 et sq. , spéc. p. 314.

34 R.-T. TROPLONG, *De la vente*, tome I, 3^e éd., 1837, spéc. p. 285 et sq.

35 A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs*, 1838, tome 2, n° 3.

temporaire des revenus de l'œuvre. Comme aujourd'hui, artistes et éditeurs ont fait pression pour accroître leurs droits, cela a donné lieu à une abondante littérature juridique, et à de violentes disputes politiques lorsque il s'est agi de réformer la loi de 19-24 juillet 1793. Dans les années 1860, trois thèses politiques s'affrontaient : 1/. Pour le maintien d'un droit de jouissance temporaire en faveur des auteurs et de leurs héritiers, 2/. Pour une propriété perpétuelle mais non absolue soumise aux exigences d'un intérêt général éminent, 3/. Pour la propriété de droit commun de l'article 544. Les partisans de cette 3^e thèse condamnaient les deux premières au motif qu'elles n'étaient pas des propriétés, et qu'il n'y a rien de plus propre à un auteur que l'œuvre de sa pensée³⁶.

Pour la troisième thèse, Emile Accolas pense que la meilleure manière de protéger les auteurs est de soumettre l'œuvre à un droit de propriété perpétuel. « S'il existe une chose qui appartienne en propre à l'homme, c'est assurément sa pensée ». « La propriété littéraire et artistique est un cas particulier du droit général de propriété ; nous ne nions pas, sans doute, que sa nature personnelle et intime puisse entraîner des conséquences que ne comporte pas la propriété des choses corporelles notamment, ... mais on ne s'est, en définitive, embarrassé dans tant de difficultés au sujet de la propriété littéraire et artistique que parce que l'on n'a pas su s'avouer qu'elle était une propriété ». « Il va, en premier lieu, de soi que c'est un droit réel, puisque c'est un droit de propriété; et, en effet, l'auteur a cette qualité d'auteur non pas vis-à-vis de tel individu en particulier, mais bien évidemment vis-à-vis la collectivité sociale tout entière, et, par conséquent, il a, selon les principes, droit à son œuvre contre quiconque en réclamerait la propriété à son préjudice »³⁷.

La deuxième thèse est plus mesurée, elle sera reprise par Pouillet : « Le droit de l'auteur consiste essentiellement dans le droit exclusif de reproduire son œuvre, quel que soit d'ailleurs le procédé de reproduction, d'en tirer des exemplaires multipliés et de vendre ou de distribuer ces exemplaires. Ce droit est temporaire ; il appartient à l'auteur pendant sa vie, et passe, après lui, pour une durée de cinquante ans à ses successeurs³⁸. En d'autres termes, le droit de l'auteur consiste dans la faculté que la loi lui reconnaît, pendant un temps déterminé, à l'exclusion de tous autres, d'exploiter son œuvre et d'en tirer tous les bénéfices qu'elle comporte. Ce temps expiré, l'œuvre tombe dans le domaine public, et chacun demeure libre de l'exploiter sans entrave. Cette définition, qui est celle que nous donnons, dans un autre ouvrage, du droit de l'inventeur »³⁹. *Ce droit de l'auteur est-il une propriété?* Pouillet s'interroge mais répond qu'il s'agit d'une propriété spéciale. La non-perpétuité de la propriété littéraire pose problème à l'idéologie propriétaire, mais la justification tient à une ambivalence. Le caractère essentiel de la propriété, c'est l'exclusivité de la jouissance et non l'absolutisme du droit ; c'est ce qui explique l'intégration des droits d'auteurs dans la propriété littéraire et artistique, et ce quel que soit le caractère patrimonial ou extra-patrimonial de ces attributs. Cette conception domine toujours (CPI, Art. L.111-1) alors même que l'absolu-

36 *De l'application du droit commun à la propriété littéraire et artistique*, 1862 rédigé par un comité auquel appartient Laboulaye.

37 E. ACCOLAS, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, 1886, pp. 17-18.

38 L. 14 juill. 1866.

39 E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 1874, p.15 et sq. , n° 7 et sq.

tisme de la propriété littéraire tient aux droits extra-patrimoniaux, que l'œuvre est incessible, et que les droits patrimoniaux ne sont pas perpétuels.

B. PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Pour ce qui concerne la propriété industrielle, le brevet d'invention date de la loi du 7 janvier du 1791 relative à la protection des auteurs de découvertes utiles⁴⁰ « Toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres d'industrie, est la propriété de son auteur »⁴¹. En 1844, la loi du 5 juillet instaurera le brevet et la procédure de dépôt : Article 1^{er} « Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps ci-après déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention. Ce droit est constaté par des titres délivrés par le Gouvernement, sous le nom de Brevet d'invention ».

Aujourd'hui encore dans le Code de la propriété intellectuelle, l'invention n'est pas le bien objet de la propriété ; c'est le brevet. C'est un monopole d'exploitation instauré pour conférer une exclusivité : le premier caractère de cette « propriété » n'est donc ni l'absolutisme, ni la perpétuité mais l'exclusivisme.

La thèse de l'unité des propriétés nourrit les ambiguïtés y compris au sein des propriétés intellectuelles⁴². Comme le note notre collègue Philippe Gaudrat, « Sans aller jusqu'à l'épure parfaite, les deux modèles (autrement dit monopoliste et strictement propriétaire) sont représentés en droit positif ; le premier par la propriété industrielle *lato sensu* ; le second par la propriété littéraire et artistique. Les tentatives doctrinales de création d'une max-catégorie arasant les différences pour ne plus laisser subsister que le modèle industriel, à quoi tendent aussi certaines conventions internationales ... ne reposent que sur une approximation au service d'intérêts lobbyistes, car les deux modèles ne sont pas interchangeables et ne produisent pas les mêmes résultats ».

III. PROPRIÉTÉ PUBLIQUE / DOMAINES PUBLICS

La difficulté la plus considérable à laquelle furent confrontés les premiers commentateurs était posée par l'interprétation des articles 538 *et sq.* du Code civil, lesquels désignent les biens qui appartiennent à la nation, aux habitants des communes et aux entités publiques. Les auteurs devaient en éviter les écueils politiques et dogmatiques : 1. Ne pas ressusciter la théorie

40 L'historique est chez E. PUILLET, *Traité des brevets d'invention*, 5^e éd., 1909, p.VIII *et sq.*

41 Principe annoncé par un beau préambule : « L'ASSEMBLEE NATIONALE, considérant que toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, & que ce seroit attaquer les droits de l'homme dans leur essence, que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur ; considérant en même temps combien le défaut d'une déclaration positive & authentique, peut avoir contribué, jusqu'à présent, à décourager l'industrie françoise en occasionnant l'émigration de plusieurs artistes distingués, & en faisant passer à l'étranger un grand nombre d'inventions nouvelles, dont cet Empire auroit dû tirer les premiers avantages considérant enfin que tous les principes de justice, d'ordre public & d'intérêt national, lui commandent impérieusement de fixer désormais l'opinion des Citoyens françois sur ce genre de propriété, par une Loi qui la consacre & qui la protège, décrète ce qui suit :... ».

42 P. GAUDRAT, « La structure juridique des propriétés intellectuelles », in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, p.179-192, spéc. p.185 ; adde, M. DULONG DE ROSNAY et H. Le CROSNIER, *Propriété intellectuelle, Géopolitique et mondialisation*, Les essentiels d'Hermès, CNRS éditions, 2013.

du double domaine ; ce serait l'aveu que l'Empire exerce une suzeraineté sur ses sujets ; 2. Ne pas remettre en cause les actes d'aliénation passés par les autorités publiques révolutionnaires sur les biens de la nation, sans pour autant admettre l'existence d'une véritable 'propriété' publique puisque les choses précisément visées par le Code sont soit des choses communes (appartenant à la communauté négative), soit hors du commerce à raison de leur destination. Inappropriables et imprescriptibles, elles ne pouvaient faire l'objet d'une propriété fût-elle publique. L'exercice de jonglage conceptuel commença dès la promulgation du Code.

La proto-théorie de la distinction domaine public / domaine privé des personnes publiques est faite de distinctions construites à partir des mots des textes des articles 538 et sq⁴³. Pardessus distingue d'une part le domaine national susceptible de propriété privée, de servitudes et de prescription, et d'autre part le domaine public « Les objets qui composent [le domaine public] sont par leur nature, ou l'emploi spécial qu'en fait le gouvernement, consacrés soit à l'usage de tous, soit au service de l'état. Ils n'appartiennent à titre de domaine, à qui que ce soit : le gouvernement en est moins le propriétaire que le conservateur ou le dépositaire pour en garantir la destination⁴⁴ ». Plus ambigu est Toullier, « On appelle domaine national ou domaine public tous les biens qui appartiennent à la nation ou à l'état »⁴⁵. « Entre les choses qui dépendent du domaine public, il y en a qui sont susceptibles de propriété privée, d'autres qui ne le sont pas »⁴⁶. Toujours aussi ambigu, Delvincourt, « les biens, considérés dans leur rapport avec ceux qui les possèdent, sont nationaux, communaux ou patrimoniaux » : Delvincourt distingue trois catégories : les biens nationaux sont eux-mêmes de 2 espèces. Les biens nationaux qui appartiennent par nature au domaine public et doivent changer de nature pour ne plus en faire partie (Art. 538), les biens nationaux qui sans changer de nature peuvent devenir propriété privée : les biens sans maître, les biens en déshérence (Art. 539). En toutes hypothèses l'administration et l'aliénation des biens nationaux et communaux suivent des règles particulières. Enfin, Delvincourt qualifie de biens patrimoniaux ceux qui appartiennent à des particuliers⁴⁷.

Mais c'est avec Proudhon et son *Traité du domaine public* que s'affirment clairement les contours d'un domaine public inappropriable, signifiant que les biens à l'usage du public ne sont pas objet d'une propriété publique. L'État n'est pas maître de ces choses, il n'est que le curateur des biens insusceptibles de propriété, dont l'usage revient au public, dont les fruits sont à tous, et la disposition à personne⁴⁸. « C'est par la destination de diverses espèces de fonds que leur domaine est qualifié de *domaine public*, soit parce qu'ils sont asservis à l'usage du public, soit parce que c'est à la puissance publique à protéger la jouissance que la société entière a le droit d'exercer sur eux »⁴⁹. « Le domaine public, matériellement considéré s'entend donc des choses qui appartiennent à l'être moral et collectif que nous appelons le

43 Une histoire des biens publics à lire avec circonspection est proposée par C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz 2004, p. 43 et sq.

44 J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes*, 1811, n° 45.

45 C. TOULLIER, III, n° 30.

46 C. TOULLIER, III, n° 36.

47 C. DELVINCOURT, I, 1808, p. 313-314.

48 Plus tard, T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 2^e éd., 1874.

49 J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, 2^e éd., 1843, par. V. Dumay, n° 201.

public, comme le domaine privé s'entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers [...] Le domaine qui appartient aux particuliers est un domaine de propriété, ou en d'autres termes, c'est le domaine des choses qui appartiennent à leurs maîtres privativement à tous autres, attendu que la propriété consiste dans ce qui nous est propre, à l'exclusion de tous les autres ; et cela s'applique également aux choses appartenant aux communes ou à l'État qui, comme êtres moraux et collectifs, possèdent aussi leurs biens à l'exclusion de tous les autres. Mais ce caractère exclusif suivant lequel nul autre que le maître de la chose n'a le droit de participer à la jouissance de sa propriété, ne peut convenir aux biens qui composent le domaine public, puisque chacun a également et au même titre le droit d'en jouir suivant leur destination, et que ce droit appartient même aux étrangers qui se trouvent à portée d'en user. Le domaine public n'est donc pour personne, ni même pour l'État, un domaine de propriété, puisque nul n'en est exclu. Il résulte de là que l'espèce de possessoire que le gouvernement exerce sur les fonds de ce domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public ; que c'est l'être moral que nous appelons le public qui est le vrai possesseur du fonds, et qui doit avoir, au besoin, les avantages de la prescription acquisitive du terrain ; qu'en ce qui touche aux intérêts de l'État, le gouvernement n'exerce qu'un possessoire de protection, pour assurer à tous la jouissance du fonds, et non un possessoire de propriété, pour s'attribuer exclusivement les prérogatives ou les avantages attachés au titre de propriétaire exclusif du sol⁵⁰ ».

Cette thèse de l'a-propriété (qui prend le relais de la communauté négative) va persister pendant tout le 19^e siècle, et sera relayé au début du 20^e siècle par une conception strictement finaliste du droit de l'administration sur les biens de son domaine. Mais en réaction à cette dernière défendue notamment par Duguit et de manière cohérente avec la doctrine absolutiste, la propriété publique réapparaît avec le *précis de droit administratif et de droit public* de Maurice Hauriou : « Le droit de domaine public est un droit de propriété modifié dans ses effets par l'utilité publique. [Les trois attributs qui constituent la propriété ordinaire disparaissent pendant la durée de l'affectation des biens à l'utilité publique, mais ces altérations du droit de propriété ne durent, bien entendu, que tant que la chose a une affectation d'utilité publique]. L'affectation et la désaffectation sont des événements naturels ou des actes de l'autorité administrative »⁵¹.

Dans une conception propriétaire radicale du domaine public, il n'y a pas de différence fondamentale entre propriété privée et domanialité publique si l'on tient pour acquis que l'absolutisme du droit de disposer est ce qui fonde le pouvoir de l'administration à affecter ou à désaffecter le bien à l'utilité publique. La propriété publique peut supporter ainsi des droits réels concédés, et son propriétaire en toucher des fruits, ce qui était dogmatiquement impensable deux siècles plus tôt. Ces dernières années, les thèses propriétaires sont évidemment venues au soutien des vagues de privatisation des usages de biens publics, et se sont trouvées consacrées en 2006 dans le Code général de la propriété des personnes publiques, qui abrogeant les articles 538, 540 et 541 a adopté un lexique privatiste pour signifier les modes d'acquérir la propriété publique. Nous pouvons difficilement dire aujourd'hui que les biens appartenant à l'Etat sont l'objet d'une propriété collective ou d'une

50 *Op. cit.* n° 202.

51 M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 1893, p. 489.

communauté, ils sont objet d'une propriété individuelle de la personne morale qui peut les rendre aliénables, puis les aliéner c'est-à-dire les privatiser sans un contrôle équivalent à ce qui est requis en matière d'expropriation (c'est le *saccheggio* dénoncé par Ugo Mattei et Laura Nader)⁵². Demeure cependant un dernier tabou à l'unification conceptuelle des propriétés publique et privée : leur caractère non miscible. Pour l'heure, elles ne peuvent pas se mélanger, la jurisprudence disqualifie en propriété privée, toutes formes de copropriété, d'indivision, mitoyenneté qui partageraient les droits de propriété publique et privée⁵³. Mais il est facile de contourner l'interdit sur des immeubles en pratiquant des divisions volumétriques rendant divises les parties d'un bâtiment ou d'un fonds. Pour les meubles, le tabou demeure. La Joconde ne peut appartenir à personne d'autre qu'à l'État français.

Par ailleurs, le droit de l'environnement, qui se construit autour des finalités protectrices des ressources naturelles « patrimoine commun de la nation », a récupéré dans son orbite ce qui était auparavant dans le droit du domaine public issu de la communauté négative inappropriable ; mais la construction de ce régime protecteur souffre de l'absence de destination clairement énoncée des biens immobiliers, et de la plasticité rhétorique de la propriété, capable de s'adapter à la maîtrise de biens communs et à signifier tout type d'appartenance. On peut se demander en effet si protéger les espaces naturels au moyen des techniques du droit des biens ne revient pas à soumettre les choses communes au droit du propriétaire : on en a eu l'expérience avec la réification des droits de polluer lorsque la directive 2003/87 a introduit la marchandisation des quotas d'émission de gaz à effet de serre. « Propriété », « environnementale » sonnent comme des antonymes ainsi que le disait Pothier « propre et commun sont deux choses contradictoires »⁵⁴. L'introduction en droit français des « *conservative easement* » pose d'autres difficultés tenant à l'importation et à l'acculturation de services fonciers résolument contraires au modèle de propriété absolutiste, et même exclusiviste, mais on peut toujours appeler cela de la 'propriété environnementale' pour maintenir comme toujours l'idée d'une primauté axiologique de la volonté individuelle sur la décision collective.

IV. APPENDICE. PROPRIÉTÉS PRIVÉES COLLECTIVES

Le triptyque exclusivisme, absolutisme et perpétuité qui tracent les caractères de la propriété parfaite, pleine et entière exclut les propriétés multiples sur une même chose, et fait regarder les hypothèses de communauté et d'indivision comme des situations transitoires et/ou imparfaites⁵⁵. Depuis

52 U. MATTEI et L. NADER, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Bruno MONDADORI, Milano, 2010 ; également M. R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre corte, 2012.

53 Un bien qui est la copropriété de personnes publiques et de personnes privées ne peut pas appartenir au domaine public (CE, 19 mars 1965, Sté Lyonnaise des eaux et d'éclairage : Rec. CE 1965, p. 184 ; JCP 1966, II, 14583, note DUFAU). La jurisprudence refuse de considérer comme une dépendance du domaine public un local affecté à l'administration fiscale parce qu'il était compris dans un immeuble soumis au régime de la copropriété (CE, 11 février 1994, Cie d'assurance La préservatrice Foncière, AJDA 1994, p. 548, note DUFAU).

54 *Traité du droit de domaine de propriété*, n° 15, p.107 ; paraphrasé par le doyen Carbonnier, « propre est l'antithèse de commun » (J. CARBONNIER, *Droit civil* II, 2004, n° 730).

55 E. CONTE, « Affectation, gestion, propriété. La construction des choses en droit médiéval », in *Aux origines des cultures juridiques européennes*, Yan THOMAS entre droit et sciences sociales, Etudes réunies par Paolo Napoli, Ecole française de Rome, 2013, pp. 73-87.

deux siècles, ces « copropriétés » ont suivi un mouvement parallèle à celui que la propriété⁵⁶. À partir de la deuxième moitié du 19^e siècle, l'interprétation individualiste des articles 537, 544 et 545 va radicaliser l'absolutisme pour faire face à la montée des conceptions finalistes et socialistes de la propriété individuelle, imposer l'exclusivisme comme caractère essentiel et dans ce mouvement, la perpétuité deviendra le refuge de toutes les copropriétés qui ne sont ni absolues, ni exclusives.

En effet, les codificateurs avaient donné à l'indivision un seul texte, l'article 815 qui permettait à tout indivisaire d'en sortir. Comme un leitmotiv, la doctrine répètera deux siècles durant, que les rédacteurs du Code civil n'étaient pas favorables aux propriétés collectives⁵⁷. C'est sans doute vrai pour la faculté de demander le partage ou la licitation en tant qu'institution successorale, mais il est difficile d'en dire autant des formes de copropriétés qui existaient dans le Code, en particulier des copropriétés perpétuelles, rangées au titre des servitudes foncières. Elles ne sont pas absolues, elles ne sont pas exclusives, elles ne sont que perpétuelles : elles témoignent de situations d'usages liées à une certaine qualité. Le paradoxe est que d'un côté jusqu'en 1976, le Code a donné à la copropriété indivise le régime le plus instable qui soit, mais de l'autre, les servitudes ont donné aux copropriétés dérivant de la situation des lieux le régime le plus stable possible. En 1804, les cours et chemins communs, les sources et puits communs, les murs mitoyens et les clôtures sont encore et par définition des situations héritées de l'ancienne France, de même que la division par étages des bâtiments laquelle est enclavée dans le Code parmi ces hypothèses de mitoyenneté à l'article 664 ancien. Sans les citer toutes, les habitants d'un village ont droit de puiser d'une source privée l'eau qui leur est nécessaire (Art. 642 al. 3), les propriétaires d'une cour commune ne peuvent en demander la licitation ou le partage, et la propriété par étages est d'abord pensée comme une combinaison de servitudes d'indivision ou comme de la mitoyenneté horizontale, pour finalement être regardée comme une articulation de pouvoirs sur des parties distinctes de l'immeuble bâti. Aujourd'hui la loi de 1965 relative à la copropriété des immeubles bâtis a établi un système de *condominium* qui en dissociant géographiquement la jouissance privative et les droits indivis rappelle le double domaine, unit indéfectiblement partie privative et quote-part de parties communes dans un lot, où la collectivité a le domaine éminent, où le titulaire du lot a le domaine utile de propriété (L. 10 juillet 1965, Art. 2). Où « la destination de l'immeuble » conditionne l'exercice des droits du copropriétaire⁵⁸.

De nos jours, le fondement unifié du droit de propriété ne se cherche plus dans la vérité des sources romaines, mais dans celles des droits de l'Homme. Avec une interrogation, quels droits de l'Homme ? Français, européen, universels ? Chaque texte fondateur organise son propre modèle pour faire face aux défis posés par les nouveaux biens. On ne s'y laissera pas prendre : 'Défi' est un euphémisme pour signifier nouveaux conflits nés des représentations concurrentes de la relation entre être et avoir.

56 A.-M. PATAULT, «La propriété non exclusive au XIX^e siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble», *RHDF* 1983, pp. 217-237.

57 L. JOSSEMAND, «Essai sur la propriété collective», in *Livre du Centenaire*, Le Code civil 1804-1904, tome 1^{er}, Rousseau, 1904, p. 355.

58 M. BOUDOT, « Les rapports de l'individuel et du collectif dans la copropriété du Code civil. Brève histoire de l'interprétation de l'article 664 », *AJDI* 2015, p. 247.