et qui met en avant les fonctions exercées par chacune d'elles selon qu'elles disposent d'une « force d'influence » ou d'une « force d'inspiration ». En second lieu, considérant l'intervention de la Société Civile dans le processus décisionnel lorsqu'elle exerce ses fonctions, et au vu de sa place parmi les sources, il devient utile de proposer une « théorie processuelle de la validité » qui prenne en compte l'écoulement du temps dans l'acquisition par la norme juridique de sa validité. En valorisant les phases d'élaboration et d'application de la norme, cette théorie apprécie la validité non plus exclusivement sous l'angle de la réunion simultanée de conditions, mais essentiellement sous celui d'un processus. Ces deux propositions donnent une traduction théorique à la fois de l'observation empirique réalisée de l'action de la Société Civile en droit de l'environnement et de sa prise en compte par le droit positif.

Cette recherche menée en droit de l'environnement invite à pousser la réflexion sur l'implication de la Société Civile dans d'autres branches du droit, notamment en droit social, en droit humanitaire ou relativement aux droits de l'homme. En outre, si les seuls enjeux théoriques ont été mis en lumière dans le présent exposé, il ne faut pas mésestimer les enjeux pratiques qui leur sont liés. Il s'agit notamment de l'accès au droit et de l'utilisation des outils juridiques par les populations, ou encore de l'éducation et de la formation à la science juridique. Étroitement corrélés, ils impliquent en définitive une reconfiguration et une adaptation des lieux de création des normes juridiques en prenant en considération de nouveaux intervenants dotés d'une légitimité non démentie formellement par le droit positif. Pour autant, ces changements ne se pensent pas en termes de rupture, mais en termes de continuité avec l'évolution sociétale.

Les choses saisies par la propriété
De la chose-objet aux choses-milieux

Sarah VANUXEM

Des choses dont nous disons communément avoir la propriété, le constat a depuis longtemps été dressé par les juristes que la manière dont nous les concevons habituellement est surannée. L'on ne peut guère plus ignorer que ces choses ne correspondent pas aux seuls objets matériels extérieurs à la personne de leur propriétaire : les informations, images ou œuvres de l'esprit ne sauraient se réduire à leur éventuel support matériel ; les éléments et produits du corps humain, les attributs de la personnalité ne sont pas immédiatement, si tant est qu'ils le soient, extérieurs à la personne dont ils proviennent. Néanmoins, tous ne concluent pas au dépassement de la *summa divisio* des choses et des personnes. Et rares[1] sont ceux qui offrent une compréhension alternative des choses-objets, moyens, matières informées, supports ou substrats, toutes définitions qui procèdent, selon Heidegger, d'une même vision appauvrie et distanciée des choses, caractéristique de la modernité[2]. Le plus souvent, en effet, les auteurs rangent les choses irréductibles à leur corps et/ou étroitement liées aux personnes dans des catégories *ad hoc*, au mieux (au pis) proposent d'ériger un « droit des choses » spéciales supposé endiguer leur flot et assurer leur protection[3]. Or, il est permis de penser, avec B. Latour, que face à la « prolifération » de ces hybrides de choses et de personnes, la « constitution moderne » s'est effondrée « sous son propre poids » et a littéralement « craqué » ; que, dans ces conditions,

---

Cet article présente ma thèse intitulée « Les choses saisies par la propriété », soutenue le 2 décembre 2009 à l'université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Je remercie vivement le professeur F. Ost de m'avoir ouvert ces pages.

[1] Pour une conception alternative de la nature, cf. F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, éd. La Découverte, 1995.

[2] M. HEIDEGGER, « L'origine de l'œuvre d'art », 1949, in *Chemins qui ne mènent nulle part*, traduit de l'allemand par W. Brokmeier, Paris, Gallimard, 2004, spécialement p. 28.

[3] G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », in *Recueil Dalloz (D.)* 2006, n° 44, p. 3015.

l'on aurait tort de vouloir à tout prix la sauver en procédant à de plus ou moins grosses opérations, qu'il faut plus radicalement en changer[4]. C'est à ce changement que nous avons travaillé dans le domaine du droit privé français, plus exactement et pour l'essentiel en droit des biens et des contrats spéciaux, et dont nous voudrions à présent rendre compte.

Une fois déterminées les conditions d'une sortie de la vision moderne des choses - *le rapport des choses à la parole doit être modifié en partant de la théorie renouvelée de la propriété* – (1), nous montrerons que le code civil français ne renferme pas nécessairement, du moins dans les dispositions que nous avons étudiées, une conception substantialiste et matérielle des choses – *les choses peuvent se concevoir comme des milieux* – (2), puis travaillerons au dépassement de la doctrine nouvelle de la propriété tout en montrant ce que cette nouvelle voie pourrait apporter à l'explication de certains aspects du droit positif français et des évolutions qu'il connaît aujourd'hui (3). Enfin, nous ferons une dernière expérimentation de nos choses-milieux et étudierons la chose vendue, une chose littéralement « saisie » par la propriété (4).

1. Modifier le rapport des choses à la parole en partant de la théorie renouvelée de la propriété

Des deux théories qui schématiquement s'affrontent sur le terrain du Droit des biens en France, celle professée par F. Zenati-Castaing et Th. Revet doit avoir notre préférence et constituer notre point de départ : seule la théorie renouvelée de la propriété a pour ambition d'ouvrir pleinement aux choses immatérielles et dissocie la propriété de la patrimonialité, de sorte qu'elle n'exclut pas les choses intimement liées aux personnes. Précisons : – si la corporéité des choses, objets de droits réels et même personnels, a un caractère axiomatique dans la théorie classique de la propriété, les tenants de la doctrine nouvelle affirment, à l'inverse, sa contingence. – Parce que la propriété ne s'incorpore pas dans les choses mêmes, comme dans la vision traditionnelle, l'appropriation de choses incorporelles se conçoit aisément. – Puisque la propriété ne consiste pas, dans cette nouvelle perspective, en un faisceau de prérogatives, mais signifie la

[4] B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte/poche, 1991, 1997, p. 22, p. 105, p. 194.

relation d'exclusivité d'une chose avec son propriétaire, l'appropriation des choses les plus diverses peut être envisagée. - Dans la mesure, enfin, où la propriété ne constitue pas un droit réel, les droits réels et personnels étant des choses appropriées, l'admission de choses immatérielles ne saurait être contestée[5].

Pour autant, les héritiers de Ginossar s'émancipent-ils de la vision moderne des choses ? C'est ce dont il est permis de douter et qui pourrait justifier que nous devions partir de leur doctrine au sens, aussi, d'en sortir : les choses corporelles demeurent des objets possibles de droit subjectif ou de propriété (identifiés chez ces auteurs). À la division classique du droit subjectif entre les droits réels et personnels se substitue celle des choses corporelles et incorporelles. Or, la matérialité reste un élément clef dès lors que les choses se différencient selon qu'elles sont matérielles ou non[6]. Un partisan de la doctrine nouvelle nous fera bien sûr remarquer qu'il ne s'agit pas de séparer les « choses faites de matière » de « celles qui consistent en abstractions », mais « ce qui n'existe que dans et par les relations juridiques de ce qui existe en dehors d'elles ». C'est pourquoi, du reste, la classe des *res corporales* comprend, en plus des choses « qui peuvent être touchées », les choses intangibles, alors appelées « *proprietas* », qui « existent dans le système juridique » sans ressortir exclusivement à lui, ainsi des conceptions intellectuelles. Mais sommes-nous vraiment sûr que les droits n'existent « qu'avec le support de règles d'un système juridique »[7] ? La notion d'obligation ou de créance n'existe-t-elle pas dans d'autres domaines que le Droit, par exemple dans ceux de la morale ou de la religion ? Dans les sociétés « qui n'ont ni instances juridiques isolables ni corpus de règles sanctionnées de façon formelle » et dans lesquelles le Droit demeure indissociable du politique, du religieux... des obligations et

[5] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, 3e éd., 2008.

[6] À telle enseigne que Th. REVET propose (cf. « L'incorporel en droit des biens », in *Revue Lamy Droit civil* 11-2009, n° 65) de substituer à la *summa divisio* des meubles et des immeubles, celle des biens matériels et immatériels, accréditant l'idée, précisément critiquée, que la propriété des choses immatérielles ne saurait se ramener à celle des choses matérielles, que sous le vocable commun de propriété se dissimule, en réalité, deux mécanismes bien distincts.

[7] R. LIBCHABER, v° « Biens », in *Encyclopédie Dalloz. Répertoire civil*, mars 1997, §. 27-28 ; F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, Université Lyon 3, Jean Moulin, 1981, p. 399.

créances existent aussi[8]. Le code civil lui-même en atteste qui reconnaît, à l'article 1235, l'existence d'obligations dites naturelles. Peut-être répondra-t-on que les droits n'existent comme tels, des droits au bail ou d'usufruit..., des droits que certains diront réels ou personnels..., qu'ils ne sont ainsi compris et conceptualisés que dans notre système juridique et ressortissent, dans cette mesure, exclusivement à notre Droit. Mais cela est vrai aussi des *proprietas* et, en particulier, des œuvres littéraires ou artistiques : alors dénommées ''œuvres de l'esprit'', celles-ci n'ont pas la même acception dans les mondes artistique et juridique, mêmes occidentaux. Et l'on aurait tort de minimiser le hiatus, lequel peut empêcher la reconnaissance juridique d'œuvres contemporaines dont le style ou l'originalité peut être contestée. De même que les droits, les œuvres de l'esprit n'existent pas, comme telles, hors de notre Droit.

Au demeurant, la distinction entre ce qui préexiste au Droit et ce qui n'existe que par lui recoupe celle du donné et du construit, i.e. une division « naturaliste »[9] ou moderne des choses : F. Zenati-Castaing oppose expressément les choses qui se « trouvent dans la nature » aux « choses de création juridique », les « biens naturels » aux « biens artificiels »[10], et déplore, de manière tout aussi significative, « les excès du corporalisme», lesquels traduisent, selon lui, « un immatérialisme exacerbé et sans nuance »[11]. Sans doute nous dira-t-on que cet attachement à l'ordre ou la « nature des choses », que le Droit devrait, à certains égards, respecter, relève de l'idéalisme antique, non moderne. À en croire Thomas, il est toutefois paradoxal que le droit romain revendique, ainsi que le soutient Villey, son fondement dans la « nature des choses »[12]. En outre, il n'est pas certain que l'idéalisme

[8] A. MAHE, v° « Droit », in *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, sous la direction de P. BONTE et M. IZARD, Paris, PUF, 3e éd., 2004, p. 783 ; MAUSS, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », in *Sociologie et anthropologie*, Paris, 9e éd., 2001, p. 163, p. 180.

[9] Pour reprendre le terme choisi par P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Gallimard, 2005, p. 241 et s.

[10] F. ZENATI-CASTAING, *Essai..., op. cit*, p. 216, p. 338, p. 399-400, p. 812.

[11] F. ZENATI-CASTAING, « L'immatériel et les choses », in *Archives de philosophie du droit (APD)*, 1999, t. 43, p. 89.

[12] Y. THOMAS, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Université Paris 2, 1976, p. 229, p. 476, p. 349-350 notamment ; ID., « Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », in *Droits*, 1995, n°21.

aristotélicien, dont serait inspiré le droit romain, ait, dans l'antiquité, existé[13]. D'ailleurs, le seul fait d'accepter la division des *res corporales* et *incorporales* comme celle des objets possibles de propriété ne trahit-elle pas la sensibilité moderne des tenants de la doctrine nouvelle ? Leur lecture du texte de Gaïus ne serait-elle pas faussée par leur vision moderne du Droit, reposant, selon les termes de Thomas, « sur une confrontation du libre vouloir et de l'objet » ? En réalité, explique ce dernier, « (...) les seules *res* qui intéressent le droit sont les *res incorporales* », les « choses de droit », traduit-il. Purement intelligibles, ces choses n'indiquent pas spécialement le *dominium*, ni même les *jus* ou les objets de *jus* : elles signifient, plus largement, ce qui « est débattu », ce qui donne « lieu à controverse » ou fait « véritablement difficulté ». À suivre Thomas, les *res corporales* n'ont pas leur place en Droit et les *res incorporales*, loin d'être idéalement construites par le droit, naissent de la « controverse » et du « débat judiciaire »[14].

Mais laissons là ces considérations historiques. Venons-en à la définition de la propriété : chez les classiques, le droit de propriété ne peut, puisque exclusif, se diviser. Parce qu'il se confond avec son objet, la chose doit aussi être indivisible. Or, la représentation de la chose comme d'un corps fournit celle d'une chose indivisible : un corps divisé ne forme pas un mais plusieurs corps ; scindée, une chose matérielle ne forme pas une mais plusieurs choses. Aussi la propriété se limite-t-elle, dans cette vision, aux choses corporelles. Elle se trouve même qualifiée de « corporelle »[15]. Dans la théorie renouvelée de la propriété, l'exclusivité ne caractérise pas simplement le droit de propriété mais fournit son essence. Faculté du sujet, celui-ci ne s'incorpore plus dans son objet. La représentation des choses comme de corps ne devrait plus s'imposer. Seulement F. Zenati-Castaing tient

[13] ARISTOTE, *La Métaphysique*, traduction et commentaire par J. Tricot, Paris, J. Vrin, 2003, 1038 b 35 ; A. JAULIN, *La Métaphysique*, Paris, PUF, 1999, p. 32, p. 41, p. 58, p. 69, p. 99 ; E. GILSON, *L'être et l'essence*, Paris, J. Vrin, 3e éd., 2000, p. 59 et 60 ; P. ALFERI, *Guillaume d'Ockham. Le singulier*, Paris, éditions de Minuit, 1989, p. 30-31.

[14] Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine, (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », in *APD*, 1980, t. 25, p. 413-426.

[15] J. CLAM, « Choses, échange, média. Enquête sur les étapes d'une dématérialisation de la communication », in *APD*, 1999, t. 43, p. 97-137, spéc. p. 100 ; M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p.109-111, p. 139-140.

pour exclusifs le droit *et* la chose[16] ; l'indivisibilité de la propriété emporte, étonnamment, celle de la chose. Dans ces conditions, la vision classique et matérielle des choses se trouve reconduite. C'est que les adeptes de la doctrine nouvelle renversent l'idée d'une incorporation de la propriété dans son objet plutôt qu'ils ne l'abandonnent et, partant, continuent d'identifier la propriété à la chose appropriée : absolue, la propriété « absorbe » la chose sur laquelle elle porte, si bien que la seconde se « confond » avec la première ou se « dissout » dans la personne de son propriétaire[17].

Que les auteurs raisonnent à partir du schème moderne transparaît également lorsqu'ils traitent des choses, objets de droits intellectuels ou de la personnalité : pour justifier le régime d'exception des éléments ou attributs de la personnalité, ceux-ci excipent de l'étroitesse du lien qui les unit à la personne. Mais quelle raison auraient-ils de les dissocier des choses ordinaires s'ils ne considéraient les choses comme des moyens et ne craignaient de les voir instrumentalisées ? Penseraient-ils à les rapprocher des personnes si celles-ci n'étaient présupposées être des fins ou dignités ? Volontiers partisans d'une conception extensive des choses, F. Zenati-Castaing et T. Revet précisent, toutefois, qu'« une restriction élémentaire s'impose, qui conduit à exclure les personnes de la sphère réelle ». Certes, l'affirmation se voit aussitôt relativisée : lorsqu'elle loue ses services, la personne se loue elle-même ; elle s'insère pour partie dans le domaine des choses ; indissociable de la personne, l'activité humaine est, pourtant, réifiée. Mais le vocabulaire utilisé ressort encore de la modernité et de l'opposition sujet-objet : lorsque sa faculté d'agir devient l'objet d'un contrat, la personne subit une atteinte dans son « autonomie d'*action* » ; une fois louée, la force de travail induit une limitation de *liberté* pour la personne concernée. La personne renvoie encore à l'activité, la chose à la passivité. De leur aveu même, « (...) la division entre personnes et choses demeure, et demeure fondamentale »[18]. Des systèmes juridiques différents du nôtre

[16] F. ZENATI-CASTAING, *Essai..., op. cit,* p. 55-57.

[17] S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* Paris, LGDJ, 1960, p. 34, p. 45, p. 116 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Livre du bicentenaire du Code civil,* Paris, Dalloz, 2005, § 9 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », in *RTD Civ,* 2006, p. 445 et s.

[18] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *op. cit.,* § 6 ; Th. REVET, *La force de travail (étude juridique),* Paris, Litec, 1992, p. 86-89.

– à commencer par le droit romain – présentent pourtant les choses et les personnes autrement qu'en les opposant, sans qu'en résulte un quelconque manque[19]. C'est dire que la doctrine nouvelle, si elle se réclame du droit romain, relève bien plutôt de la modernité et que doit être prise au sérieux la proposition de M.- F. Renoux-Zagamé selon laquelle ce qui pousse ces « maîtres du droit civil » à présenter « la propriété telle qu'elle est définie par l'article 544, comme une sorte de résurrection de la propriété romaine » pourrait être la « volonté » de « l'arracher au temps » afin de pouvoir la présenter, ajoutons-nous, comme une qualité inhérente aux hommes[20].

D'aucuns contesteront alors que la théorie renouvelée de la propriété ressortisse à la modernité : tenant la propriété pour une faculté humaine naturelle, F. Zenati-Castaing méconnaît les fondements nominalistes du droit subjectif et, partant, ceux de la modernité. Sa pensée, diront-ils, s'inscrit dans le courant du rationalisme ou de l'idéalisme erronément qualifié de moderne, non dans celui du volontarisme, unique voie moderne[21]. Mais un droit subjectif pleinement conforme à ses origines nominalistes est-il seulement pensable ? Hobbes lui-même s'écarte de la pensée d'Occam lorsqu'il énonce que qualifier les "choses" de personnes signifie les « représente[r] d'une manière fictive », faire « comme si » elles en étaient[22] : selon le maître du nominalisme, les signes réfèrent directement aux "choses", i.e. sans aucun médium ou représentant ; le jeu du « comme si », auquel il se livre aussi, illustre le caractère arbitraire du signe linguistique[23]. La théorie de la représentation ou personnification conduit, en outre, Hobbes à distinguer entre les entités qui ont la parole (soit qu'elles parlent en leur nom ou en celui d'autrui, acteurs, soit qu'une autre personne parle en leur nom,

[19] Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine... », *op. cit.* ; M. MAUSS, « Essai sur le don... », *op. cit.*

[20] M-F. RENOUX-ZAGAME, *Origines théologiques du concept moderne de propriété,* Genève, Droz, 1987, p. 9.

[21] O. CAYLA, « Le droit de se plaindre », in O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche,* Paris, Gallimard, 2002 ; sur la distinction entre rationalisme et volontarisme juridiques, V. DESCOMBES, *Le complément de sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même,* Paris, Gallimard, 2004, p. 401 et s.

[22] T. HOBBES, *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile,* introduction, traduction et notes de F. Tricaud, Paris, Dalloz, réimpression, 1999, p. 162-164.

[23] P. ALFERI, *op. cit.*

auteurs), et celles qui n'en ont pas, i.e. à opposer les personnes aux choses. Or, Occam emploie le mot ''choses'' pour désigner les individus singuliers signifiés par les mots ou signes ; le mot "choses" est ce à quoi les autres mots (des signes, eux), réfèrent et renvoient. Aussi ne trouve-t-on « rien de comparable chez lui à une *res cogitans* qui définirait un royaume de la subjectivité opposé à celui de l'objectivité » ; « ce qui fait face aux choses du monde extérieur à l'esprit, ce n'est pas le sujet (...) mais le langage », ce ne sont pas les personnes mais les signes[24].

La précision importe : elle permet de mieux cerner à quelle condition une définition des choses pourra être qualifiée d'alternative. Chez Occam, les choses sont muettes car il n'existe pas dans la nature ou la réalité de langage et donc de mots ; les choses ne disent mot puisqu'opposées aux mots. Chez Hobbes, les choses demeurent coites pour une raison supplémentaire, parce que personne ne parle en leur nom ; les choses signifient ce qui n'a pas, en droit, la parole, au contraire de la personne, « *per sonare* », ce par l'intermédiaire de quoi le son se manifeste. Privées de parole, les choses ne peuvent jamais rien réclamer ni contester et peuvent donc être maltraitées en toute impunité, ce qui n'a au demeurant rien d'hypothétique dès lors que le droit ne signifie pas une chose ou part de chose mais une puissance ou un pouvoir sur une chose. Pour éviter que les êtres humains ne deviennent comme les choses des êtres « directement accessible[s] », « absolument disponible[s] », « éventuellement manipulable[s] »[25], les modernes n'ont d'autre issue que de maintenir le plus fermement possible la *summa divisio* des choses et des personnes. Aussi est-ce le rapport qu'entretiennent les choses et les personnes à la parole que nous devons modifier si nous souhaitons pouvoir cesser de les opposer.

À ce stade, on comprend pourquoi la personnification d'entités autres qu'humaines n'opère pas nécessairement une rupture avec la modernité ou le « naturalisme » : lorsque J.P. Marguénaud affirme, reprenant la distinction de Demogue entre les sujets de jouissance et d'exercice (laquelle n'est pas sans évoquer celle de Hobbes entre les personnes-auteurs et acteurs) que certains animaux ont aujourd'hui la personnalité morale parce que, juridiquement protégés pour eux-mêmes, ceux-ci ne constituent pas de simples moyens pour une fin,

[24] G. d'OCKAM, *Somme de logique. Première partie,* traduction, introduction et notes de J. Biard, Mauvezin, Trans-Europ-Repress, 1993, p. XIV, XVII-XVIII.
[25] P. ALFERI, *op. cit.*, p. 137, p. 139, p. 145 b.

l'auteur s'appuie *in fine* sur l'opposition moderne des choses et des personnes et reconduit la vision appauvrie que nous avons des premières[26]. À bien y regarder, la proposition de B. Latour de créer un « Parlement des choses » procède peut-être d'une démarche analogue[27] : une fois représentées, les choses ne deviennent-elles pas similaires aux personnes ? J.P. Marguénaud ne commence-t-il pas de réduire le domaine des choses que B. Latour finit d'évider ?

Quoi qu'il en soit, l'objectif à ce stade apparaît clair : afin de dépasser la vision moderne des choses, nous devons modifier la relation des choses à la parole en partant, au double sens du terme, de la doctrine nouvelle de la propriété. Or, cet objectif serait atteint, pensons-nous, si l'on acceptait de regarder les choses tels des milieux.

2. Concevoir les choses comme des milieux

Nous interrogeant sur la raison de l'indéfectible attachement des juristes à une conception substantialiste et matérielle des choses, nous avons craint que celle-ci ne soit reconduite jusque dans les textes en vigueur, de sorte que l'on soit bel et bien contraint de se contenter, en l'état de notre Droit, de solutions ponctuelles aux problèmes découlant de cette vision des choses. Au terme de notre étude, il apparaît cependant que la loi autorise d'autres représentations, en particulier celle des choses comme des milieux.

A. La chose usufruitée, un lieu où séjourner

Parmi les dispositions du code civil qui intéressent les choses dites appropriées, il en est une qui renvoie expressément à leur substance : l'article 578 oblige l'usufruitier à conserver la « substance » des choses grevées d'usufruit. Peut-on rêver meilleure entrée lorsque l'on cherche à définir les choses saisies par la propriété, qu'un article traitant de ce qui fait qu'une chose se maintient sous ses qualités changeantes, qu'elle est elle-même et non pas une autre ? Sans doute, la substance visée à l'article 578 pourrait-elle s'entendre de la seule substance corporelle et emporter une conception matérielle des choses. Mais, précisément, la « substance » ne saurait renvoyer à la seule matière des choses sans que nombre d'entre elles se trouvent

[26] J.P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », in *D.*, 1998, p. 205 ; ID., « L'animal dans le nouveau code pénal », in *D.*, 1995, p. 187.
[27] B. LATOUR, *op. cit.*

évincées du champ de l'usufruit, et ce, faute de pouvoir en jouir sans attenter à leur corps. À l'examen, poursuit un auteur, on s'aperçoit que la substance signifie la destination[28]. S'il est vrai que cette proposition n'a pas été entièrement reçue et qu'elle accompagne, en doctrine, l'identification de la substance à la matière plutôt qu'elle ne s'y substitue, reste que l'obligation de conserver la matière des choses peut être envisagée comme une obligation de respecter l'une des dimensions de leur destination : la définition matérielle de la substance correspond à la destination usuelle ou habituelle des choses.

Encore faut-il éviter de réduire la substance des choses usufruitées à la seule destination choisie par le nu-propriétaire : loin de renvoyer à la seule volonté du propriétaire, le législateur affecte les bois taillis, les arbres des pépinières et ceux de hautes futaies à un usage qui se trouve être chaque fois conforme à... l'usage, et commande à l'usufruitier de se référer aux « usages des lieux » ou d'agir conformément à « l'usage constant des propriétaires »[29]. À tort y verrait-on des éléments permettant uniquement de suppléer aux souhaits non exprimés du nu-propriétaire. Car l'usufruitier n'a pas l'obligation de respecter n'importe laquelle de ses volontés : les obligations de conserver la substance et de jouir en bon père de famille n'étant pas dissociables l'une de l'autre[30], les intentions d'un propriétaire indolent ne sauraient commander les agissements de l'usufruitier, non plus celles que des changements économiques, sociaux ou légaux rendraient inopportunes : dans cette hypothèse, les juges admettent parfois que l'usufruitier modifie l'affectation première de la chose[31]. Généralement présentées comme des limites à l'obligation de l'usufruitier de conserver la substance, ces décisions se comprennent aisément dès lors que l'on assimile la substance des choses usufruitées à leur destination entendue largement : un changement d'usage ne constitue pas nécessairement un changement de destination si celle-ci s'entend d'une multitude d'affectations, non

[28] E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », in *Revue trimestrielle de droit civil (RTD Civ.)*, 1995, n° 3, p. 479.

[29] Cf. art. 590 et s. du code civil.

[30] P.A. FENET, « Discussion devant le corps législatif. Discours prononcé par le tribun Gary », in *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 11, titre 3e, p. 229 et s.

[31] Cf. art. 595 du code civil français.

pas seulement de l'affectation initialement donnée par le propriétaire[32].

Il ne suffit certes pas de définir les choses par leur destination pour s'éloigner de la vision moderne : auteur d'une étude relative à « La destination de la chose », R. Boffa, qui adopte aussi une conception extensive de la destination, n'en oppose pas moins les choses aux personnes et renvoie aux modernes « Principes de la philosophie du droit » : les choses ne sont rien en elles-mêmes ; elles accèdent à la vie du droit par la « destination » que leur confère leur propriétaire[33]. Seulement, la distinction faite par l'auteur entre les dimensions subjective et objective de la destination apparaît à certains égards arbitraire, à d'autres exagérément simplifiée : peut-on vraiment considérer que l'affectation choisie par le propriétaire s'imprime sur celle résultant des données matérielles, sociologiques et juridiques préexistantes dans le cas susmentionné des changements d'usage ? Le partage opéré entre le donné et le construit ne trahit-il pas davantage les habitudes de pensée de son auteur qu'il ne traduit l'état du droit positif ?

Certains pourraient encore objecter que l'on ne sort pas d'une conception instrumentale des choses dès lors que leur substance renvoie, en dernière instance, à l'usage auquel elles sont affectées et, partant, à leur utilité. Rien n'est moins sûr : la lecture de Heidegger montre, au contraire, qu'il demeure possible d'entendre l'utilité de telle façon que la chose, utile, ne consiste pas en un objet parfaitement manipulable, simplement utilisable. « L'étant-sous-la-main » se distingue de « l'étant-à-portée-de-main », lequel « apparaît en tant qu'outil servant à... quelque chose » et sert à accomplir une chose déterminée : « l'ouvrage auquel il est destiné ». « L'étant-à-portée de main » est utile au sens où il est « quelque chose qui est fait pour... », en ce qu'il renvoie à quelque chose. Au contraire de la chose-objet ou ustensile qui se présente, d'abord, sans qualité entre les mains du sujet, un simple X, indéterminé et indifférencié, la chose-outil ou utile a une « destination » et s'inscrit dans une totalité. Elle se découvre d'emblée par son usage ; celui-ci ne lui est pas surajouté mais apparaît

[32] *Contra* V. BARABE-BOUCHARD, « Le droit de l'usufruitier de donner à bail commercial des parcelles agricoles. À propos de Cass. 3e Civ., 2 fév. 2005 », in *La semaine juridique, édition notariale,* 10 juin 2005, n° 23, p. 1303 et T. REVET, in *RTD Civ.* 2005, n° 4, p. 806.

[33] R. BOFFA, *La destination de la chose,* préface de M-L. Mathieu-Izorche, Paris, Defrénois-Lextenso, 2008, voir p. 26 notamment.

premier[34]. Définies par leur destination largement comprise, renvoyant à une multitude d'usages (de l'usage choisi par le propriétaire à celui commandé par le modèle du bon père de famille, en passant par celui résultant des habitudes), les choses grevées d'usufruit indiqueraient ce « avec-quoi on a affaire dans l'usage »[35], i.e. ce qui nous préoccupe ou concerne, soit l'affaire, le litige ou le cas, des choses au sens originel et juridique du terme.

Par suite, l'on pourrait parvenir à se les représenter autrement que comme des corps : selon Heidegger, l'être outil de la chose-outil vient de sa « fiabilité » ; l'utilité repose dans cet « être essentiel » de l'outil qu'est sa « solidité », elle en découle. Or la « fiabilité » ou « solidité » est ce qui « rassemble toutes les choses en soi, selon le mode et l'étendue de chacune »[36]. La solidité de l'outil est ce qui permet à la chose de rassembler ; elle « désigne une profonde intrication entre le monde, la terre, l'outil et celui qui en fait usage »[37]. « *Das ding dingt* ! », « la chose rassemble ! », écrit Heidegger ; c'est en rassemblant qu'une chose se montre et se comporte comme telle, qu'elle adopte le comportement du *thing*[38]. Et ce rassemblement produit par la chose induit une « organisation spatiale » de ceux-là qu'elle rassemble ; la chose leur accorde une place ou « donne un emplacement ». Entre chose et lieu, le lien apparaît si fort que la chose elle-même est un lieu – ainsi de la chose jugée, lieu de rassemblement des différents éléments de l'affaire ou question sur laquelle le juge a statué –. Cependant la chose ne se réduit pas à la neutralité d'un lieu : la chose ou le lieu constitue une « demeure » pour ceux qu'elle rassemble et qui séjournent, alors, en elle[39].

La chose grevée d'usufruit ne saurait pas davantage se comprendre tel un simple abri : l'usufruitier doit encore conserver ou respecter sa substance ou destination ; le caractère normatif de celle-ci doit être pris en considération. Sans doute existe-t-il une notion que

[34] M. HEIDEGGER, *Être et temps*, traduction F. Vezin, Paris, Gallimard, 1986, p. 103, p. 111 ; A. DEWALQUE, *Heidegger et la question de la chose, esquisse d'une lecture interne*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 6, p. 72-73, p. 86-87, p. 92.

[35] M. HEIDEGGER, *Être et temps*, *op. cit.*, p. 104.

[36] M. HEIDEGGER, « L'origine de l'œuvre d'art », *op. cit.*, p. 27-28, p. 34-37.

[37] A. DEWALQUE, *op. cit.*, p. 136-137, p. 144, p. 160-161.

[38] M. HEIDEGGER, « La chose », in *Essais et conférences*, traduit par A. Préau et préfacé par J. Beaufret, Gallimard, 2003, p. 194.

[39] M. HEIDEGGER, « Bâtir habiter penser », in *Essais et conférences*, *op. cit.*, p. 182-184, p. 188-189.

nous associons aux termes de respect, de conservation ou de préservation et qui donne en même temps l'idée d'un lieu habité, à savoir l'environnement. Sans doute, aussi, cette image permettrait-elle de comprendre que l'usufruitier ait, tout à la fois, le droit et le devoir d'user de la chose conformément à sa destination : l'usufruitier devrait, pour sa propre survie, respecter la constitution de ce dans quoi il vit et dont, partant, il jouit. Mais le lecteur aura tôt fait de relever que nous n'abandonnerions guère les présupposés modernes : le respect dû à la chose-environnement n'ayant guère de sens hors du respect dû à l'habitant. Au terme d'environnement, « simple décor au centre duquel trône l'homme », celui de milieu pourrait être préféré : entre ses habitants qu'il englobe dans le même temps, le milieu ne se situe pas, telle une substance étendue, en vis-à-vis d'eux. Il n'existe pas, simple « réservoir naturel », *pour* les hominidés[40].

Les choses conçues comme des milieux, les personnes ne désigneraient plus ceux qui les représentent mais ceux qui demeurent ou séjournent en elles. Aux choses-milieux répondraient les personnes-habitants. À la division des choses et des personnes succéderait leur simple différenciation. Car les habitants interagissent avec leurs milieux ; ils ne s'y opposent pas. Et si les personnes vivent dans les choses, elles interviennent, agissent et parlent aussi en elles. Les choses exposent des lieux depuis lesquels parler, où s'exprimer. Elles ne sont plus ce à quoi on refuse la parole, au contraire de ce que l'on nomme les personnes ; elles ne sont plus le sans parole mais ce qui donne cours à la parole. Bien sûr, certains diront n'y voir aucun changement : les personnes-habitants parlant depuis les choses-milieux, les personnes continuent de parler et les choses de se taire. Mais à partir du moment où les choses deviennent littéralement des « parlements » (là où l'on parle), les personnes entrent en relation avec elles. Il y a connexion entre les termes. Bien qu'elles constituent des éléments distincts, hétérogènes, les choses et les personnes n'évoluent pas chacune de leur côté, ainsi que deux mondes parallèles (nature et culture). Elles n'avancent pas non plus les unes sous le regard des autres, telles des entités hiérarchiquement agencées (objets et sujets). Elles interagissent et interfèrent. La distinction des personnes et des choses ne recoupant pas celle des humains et des non-humains (sans quoi nous ne sortirions pas de l'opposition entre ce qui a et ce qui n'a pas la parole en Droit), il devient possible qu'un même individu, humain ou non, forme indifféremment une chose ou

[40] F. OST, *La nature hors la loi...*, *op. cit.*, p. 10, p. 16, p. 253.

une personne. Rien n'empêche non plus qu'un être constitue une chose et une personne, voire plusieurs choses et plusieurs personnes à la fois. Chose et personne indiqueraient les deux faces, éventuellement démultipliées, dont pourrait bénéficier n'importe quelle entité.

On le voit, emprunter le passage découvert par Heidegger d'une conception substantialiste et matérielle vers une vision « cosmique » ou « mondaine » des choses se révèle fertile, d'autant qu'il est une chose qui pourrait évoquer d'emblée, non pas seulement dans la vie courante mais également dans le langage du Droit, un lieu où habiter et séjourner : l'immeuble.

B. La chose de l'immeuble ou le milieu terrestre

À la question « qu'est-ce qu'un immeuble ? », le code civil ne répond pas uniment : un immeuble, ce peut être un fonds de terre, un bâtiment, un moulin à eau, à vent, des récoltes, des fruits, des bois et des tuyaux... À en croire les commentateurs du code, anciens et contemporains, il n'est toutefois qu'un seul immeuble : le fonds de terre, premier cité, parce qu'il présente seul sans conteste cette qualité : celle de l'immobilité[41]. Examinant de près la réalité physique, l'on s'aperçoit pourtant qu'il n'est rien qui ne puisse être déplacé, pas même le fonds de terre que l'on peut creuser et dont les éléments peuvent être retirés puis... déplacés[42]. Conscient de la difficulté, R. Libchaber propose de ne pas considérer le sol « comme une surface physique faite de matière » mais telle « une portion idéale » ou une « découpe abstraite de l'écorce terrestre ». Selon lui, l'immutabilité du sol réside dans son rapport à la couche terrestre ; est immuable la fraction d'écorce que représente tel ou tel sol. Cependant, la dimension physique de l'immobilité ressurgit quelques lignes plus loin[43]. Partant de ce constat : même le fonds de terre peut être charrié,

[41] Cf., pour exemples, Ch. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. 10, Paris, Auguste Durand, Hachette et Cie, 3e éd., 1866, p. 42 ; C.S. ZACHARIAE, *Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand, revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur, par Aubry et Rau, Bruxelles, Melin, Cans et comp., libraires-éditeurs, 2e éd., 1850, p. 162 ; P. GULPHE, *L'immobilisation par destination*, thèse Paris, 1943, p. 1 ; C. ATIAS, *Les biens*, Paris, Litec, 9e éd., 2007, p. 30.

[42] G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *op. cit.* ; M. MALAPERT, *Essai sur la distinction des biens*, Paris, A. Durand, 1844, p. 2, AUBRY et RAU, *Cours de droit civil Français. D'après la méthode de Zachariae*, t. 2, Paris, Librairie Marchal et Billard, 1935, p. 11, note de bas de page n° 1 bis.

[43] R. LIBCHABER, v° « Biens », *op. cit.*, p. 19, § 91.

et poursuivant cet objectif : offrir « une conception dématérialisée » de l'immeuble, le doyen Savatier énonce que l'immobilité doit s'entendre de la fixité « par rapport au globe terrestre »[44]. Néanmoins, l'auteur n'échappe pas entièrement à une conception matérielle des choses. Son raisonnement semble être le suivant : puisque tout ce qui est physique est mobile et ce qui est mobile, meuble, tout ce qui est physique est meuble. Opposés aux meubles, les immeubles ne sauraient être matériels. Ainsi, la dématérialisation de l'immeuble a pour contrepartie, et même condition, la matérialité des meubles.

Quoique ces tentatives nous paraissent échouer, elles fournissent un point de départ en substituant à l'exemplaire immobilier du fonds de terre celui de la terre ou, plus exactement, du « globe terrestre » ou de la « boule terrestre ». La Terre réduite à la seule croûte terrestre, une conception matérielle de l'immeuble prévaudrait certes toujours, mais une autre acception peut être retenue : celle du milieu où vit l'humanité dans son ensemble. Telle est précisément la définition de la Terre que Heidegger et, après lui, des géographes préconisent d'adopter afin d'échapper à une conception substantialiste et matérielle de la Terre : « l'image d'une masse matérielle déposée en couches » et celle « purement astronomique, d'une planète » doivent être écartées. Il faut y voir, énonce Heidegger, ce en quoi l'homme « fonde son séjour dans le monde »[45] et qu'A. Berque nomme « l'écoumène » ou le « milieu humain », i.e. la Terre en tant qu'elle est habitée par l'homme et dont l'univers fini, à partir duquel elle se comprend, n'est autre que « cette chose qui rassemble »[46]. Conçu à l'image de la Terre ou écoumène, l'immeuble rejoindrait en Droit l'acception usuelle d'un lieu où séjourner, attestant que cette image pourrait se substituer, en une occurrence au moins, à celle d'un corps.

Il est vrai que cette chose-milieu paraît sans lien avec les notions de destination et de rassemblement auquel nous avons auparavant associé la chose grevée d'usufruit. Si la catégorie des immeubles par destination réfère expressément à la destination, celle-ci ne semble pas

[44] R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3e série, Paris, Dalloz, 1959, p. 110 ; ID., « La propriété de l'espace », in *D.* 1965, p. 218 ; ID., « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », in *D.* 1976, p.103.

[45] M. HEIDEGGER, « L'origine de l'œuvre d'art », *op. cit.*, p. 45, p. 47.

[46] A. BERQUE, *Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Belin, 2000, p. 12-14 ; *Être humains sur la terre*, Paris, Gallimard, 1996.

renvoyer à une multitude d'affectations à un usage : est immeuble par destination celui qui constitue l'accessoire d'un immeuble par nature[47]. Seulement les auteurs recourent également à la théorie du principal et de l'accessoire pour justifier de l'extension des immeubles par nature au-delà des fonds de terre et bâtiments. Du reste, les bâtiments ne sont pas non plus immeubles d'origine : l'analyse montre qu'ils ne sont rangés parmi les « immeubles par nature que par application de la règle de l'accessoire »[48]. Dernier immeuble restant, le fonds de terre devrait constituer l'immeuble principal dont les bâtiments seraient les accessoires. Mais le fonds de terre constitue-t-il un immeuble originel ? N'est-il pas composé de mottes de terre et littéralement meuble ou labourable ? Or, de quel immeuble ces mottes de terre pourraient-elles être les accessoires ? D'un plus gros amas de terre ? La régression peut se poursuivre infiniment sans que la Terre, également faite de terre, puisse constituer l'ultime point d'aboutissement. Or à défaut d'immeuble principal, il n'est pas de meuble qui puisse devenir immeuble en tant qu'accessoire de l'immeuble manquant... Fort heureusement, la théorie du principal et de l'accessoire n'explique pas seule l'immobilisation.

À l'examen, il apparaît même que nous pouvons l'ignorer : pour devenir immeuble par destination, un meuble doit être affecté à un immeuble référent mais aussi, expliquent les auteurs, avoir été « placé dans l'intérêt du fonds, c'est-à-dire pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement »[49]. Mais si l'immeuble par destination entretient, avec l'immeuble par nature, un rapport de destination au sens où il se trouve affecté à son usage, n'est-ce pas que l'immeuble par nature se trouve lui-même affecté à un usage, à un même usage que l'immeuble par destination ? N'est-ce pas que les immeubles par destination partagent une même destination avec leur immeuble référent ? En ce dernier sens, le rapport de destination n'institue pas un rapport hiérarchique entre les immeubles par nature et par destination mais les situe sur un même plan, au regard de l'identité d'usage auquel ils sont affectés. Dans la mesure où les meubles doivent « être placés par le propriétaire sur le fonds comme étant absolument indispensables et affectés directement à l'exploitation de ce fonds » pour devenir immeubles par destination et n'ont, donc, rien

[47] Cf. par exemple F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, 1997, p. 75, p. 85.

[48] D. LEFEBVRE, « Biens. Immeubles par nature », in *Juris-Classeur civil*, Fasc. 30.

[49] G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *op. cit.*, p. 55-56.

d'accidentel, il est permis de se demander si cette vision égalitaire des éléments immobiliers ne doit pas être privilégiée : confrontant cette règle aux faits de l'espèce, la Cour de cassation approuve les juges du fond, dans un arrêt représentatif des solutions traditionnelles, d'avoir qualifié de meubles certains éléments « parce qu'ils n'étaient pas rigoureusement indispensables à l'utilité du fonds ou ne formaient pas un *tout* avec lui »[50]. Or, il est une catégorie juridique qui subsume les entités réunissant ou rassemblant, en une totalité ou unité, les éléments affectés les uns aux autres en raison, non de l'importance éventuelle qu'ils ont respectivement les uns par rapport aux autres, mais de leur destination commune ou affectation à un même usage : l'universalité de fait. « Rassemblement d'éléments autonomes ayant une communauté de destination », la chose de l'immeuble signifie, dès lors, une universalité[51] ; elle rassemble en un monde, une Terre, différents éléments partageant une même destination. Dans cette vision, le fait que l'intérêt et la valeur de l'immeuble soient parfois bien inférieurs à ceux des immeubles par destination ne fait plus difficulté (l'élément du sol étant, au même titre qu'un autre, affecté aux autres éléments et réciproquement). Surtout, des immeubles sans *corpora* peuvent être envisagés : le sol n'apparaît guère déterminant dès lors que l'immeuble consiste dans le rassemblement d'éléments partageant une même destination. Ainsi pourrions-nous parvenir à une conception dématérialisée de l'immeuble en même temps que s'effondrerait la division, tant critiquée, des meubles et des immeubles : universalité, le fonds de commerce formerait-il, comme le fonds de terre, un immeuble ?

L'on pourrait bien sûr nous opposer que les dénommés immeubles « par nature » et « par destination » étant pareillement affectés les uns aux autres, il n'apparaît plus possible de les distinguer. Mais l'origine ou la source de leur destination pourrait (n'étant pas toujours la même) permettre de les différencier. Mettons qu'il existe différentes causes à l'immobilisation : d'une part, l'habitude que l'on a de considérer des éléments physiquement incorporés les uns aux autres comme étant affectés les uns aux autres et formant une unité, d'autre part, cette habitude que l'on a d'affecter tel ou tel élément, dans certaines circonstances, à un certain usage. La première

[50] C. Cass., 23 mars 1926, reproduit in *D.* 1928, 1e partie, p. 22 (c'est nous qui soulignons).

[51] A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, préface de R. Libchaber, LGDJ, Fondation Varenne, 2008, p. 121, § 192.

convention nous amène à penser que lesdits éléments partagent une même destination, la seconde qu'il faut unir l'élément intéressé à ceux de même usage. Dans le premier cas, celui des « immeubles par nature », l'identité de destination se déduit du rassemblement. Dans le second, celui des « immeubles par destination », l'affectation réciproque s'infère, inversement, de l'égale affectation à un usage. Lorsque les conditions sont remplies pour justifier l'une et l'autre qualification s'évince celle d'immeuble « par destination ». Lorsqu'elles se trouvent toutes deux imparfaitement remplies, nous parlons d'immeubles « attachés à perpétuelle demeure ». À partir de ces principes directeurs, l'interprétation de la jurisprudence relative aux immeubles peut être renouvelée (la condition de mobilisation originelle des immeubles par destination s'entend d'une participation au rassemblement constitutif originel ; l'immobilisation physique ne signifie rien d'autre qu'une éventuelle mobilité mais au regard seulement du fonds considéré). Surtout, un nouveau modèle de chose semble près d'être élaboré.

C. Les choses-milieux, des choses à expérimenter

Les choses conçues comme des milieux, la chose de l'immeuble n'en donne pas qu'une illustration : l'écoumène ou la demeure humaine, un milieu par excellence, l'immeuble constitue la chose à partir de laquelle concevoir toutes les autres ; chaque meuble devient comme un immeuble : un monde, une Terre.

Ce qui semble différencier l'immeuble de toute autre chose, dans cette perspective, c'est qu'il figure mieux qu'elles le milieu ou la demeure humaine, qu'il la représente au sens quasiment propre et non pas seulement figuré. Un avantage est que la *summa divisio* des biens – ô combien critiquée – disparaîtrait alors : si les immeubles se différencient des meubles à mesure qu'augmente le degré d'abstraction nécessaire pour les percevoir comme des lieux de vie, il n'y a plus d'opposition entre eux. Un inconvénient, aussi, est que nous pourrions ne pas sortir du schème... moderne : les meubles conçus comme des immeubles, ce ne serait pas seulement la « propriété », mais plus précisément « la propriété immobilière », qui deviendrait la matrice ou le « modèle » de réservation de n'importe quelle chose ; nous ne sortirions guère de l'idéalisme moderne. Quoique J.M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet précisent qu'un modèle ne doit pas nécessairement être reproduit à l'identique, servilement imité, ils regardent la propriété tel un archétype à dupliquer et concluent sur un mode semi-interrogatif : « la propriété pourrait n'être pas tant "un

modèle adapté ou même imité" qu'un "modèle obligé" » ; tout se passe comme s'il existait « une structure cachée nécessaire » aux différentes formes de réservations, un « plan caché », « d'analogie » ou de « transcendance » auquel elles renverraient[52]. Regardant l'immeuble comme le modèle de toutes choses, nous ne libérerions guère le droit des biens du « jusnaturalisme moderne » dont il demeure imprégné[53], ni n'échapperions aux généralisations abusives et stéréotypes qu'un archétype contient en germe : les œuvres de l'esprit, les animaux, les éléments ou produits du corps humain... calqués sur l'immeuble, nous ne pourrions rien espérer d'autre de l'opération que des imprécisions et approximations.

Pourtant, concevoir les choses comme des immeubles ne signifie pas nécessairement que nous devions nous enfermer dans le carcan d'un modèle prédéfini, forcément inadapté : récuser ce qui « agit comme modèle et comme calque transcendants », préférer ce qui « agit comme processus immanent qui renverse le modèle et ébauche une carte », tel pourrait être le programme. « Faire la carte, et pas le calque », lancé par Deleuze et Guattari, ce mot d'ordre pourrait être le nôtre. D'aucuns s'étonneront que les choses puissent se comprendre au regard de l'immeuble s'il faut dresser la carte de chacune d'elles sans recopier celle de l'immeuble. C'est que nous devrions faire carte « avec » la chose de l'immeuble : – ne pas la reproduire, recopier, imiter ou décalquer, mais la « connecter » à d'autres choses qui emporteront avec elles partie d'elle-même ; – agir à la manière des crocodiles et caméléons, lesquels ne reproduisent pas respectivement le « tronc d'arbre » ou les « couleurs de l'entourage » mais s'en jouent, les utilisent ; – s'inspirer de l'orchidée, laquelle ne reproduit pas davantage « le calque de la guêpe » mais fait avec elle rhizome ou carte[54].

Traçant la carte de chacune des choses ainsi que l'on a tracé celle de l'immeuble, nous dessinerions une constellation de choses : composées avec la chose de l'immeuble ou la Terre, les autres choses-milieux représenteraient autant de planètes qu'un juriste-géographe s'emploie à dessiner, cartographier. Non pas artiste mais artisan, ce

[52] J-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281 et s.

[53] D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in *APD*, 1999, t. 43, p. 65-78.

[54] G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Mille plateaux, Capitalisme et schizophrénie 2*, Paris, Les éditions de minuit, 1980, p. 17-21, p. 30-31.

juriste appartiendrait, selon Deleuze et Guattari, à l'âge cosmique, non romantique. Il n'appellerait pas « la Terre, le territoire et la Terre » mais, à l'inverse, en sortirait : un point seulement dans la galaxie des choses saisies par le droit subjectif, la Terre ou la chose de l'immeuble apparaîtrait totalement « déterritorialisée »[55]. On mesure la distance qui sépare nos choses-milieux du territoire ou de la terre natale, auxquels aspire peut-être Heidegger lorsqu'il découvre les choses-rassemblements : les choses-milieux ouvrent au cosmos ; elles ne confinent pas à la mère patrie.

Ajoutons que la méthode ne permet pas seulement de rompre avec le rationalisme ou l'idéalisme mais encore avec le volontarisme modernes : si concevoir les choses comme un immeuble, c'est composer avec, alors on se départit autant de l'opposition entre la chose et l'idée de la chose que de celle entre la chose et le mot de la chose : sans doute Deleuze et Guattari partent-ils de la vision d'un monde chaotique ainsi qu'Occam lorsqu'il découvre la nature vide « de toute identité personnelle ». Mais tandis que le nominaliste propose de faire « "comme si" il y avait de la mêmeté en soi »[56], comme s'il y avait de l'ordre à la place du chaos, Deleuze et Guattari nous invitent à composer ou "faire avec" le chaos. Il ne s'agit pas pour eux de présenter une image stable de ce qui se meut certainement sans cesse, mais d'apprendre à s'y mouvoir et déplacer. Dans cette optique, le Droit s'échafaude à partir, depuis un donné, non à ses flancs ou côtés. Il n'est pas un artifice *par rapport* à la nature mais la construction d'une nature. Encore cette nature ou réalité forme-t-elle simultanément un langage : pluriels, les langages ou cultures ne se dissocient pas de la nature ou réalité, au singulier. Aussi, la culture juridique ne s'oppose-t-elle pas, avec d'autres, à « la » nature.

C'est l'occasion de dire ce qu'a de légitime la présentation du rationalisme et du volontarisme comme deux courants d'une même modernité : si les partisans du nominalisme juridique ne sauraient respecter l'ordre ou la « nature des choses » qu'ils récusent, reste qu'en opposant le langage-construit à la nature-donnée et référée, cette dernière peut apparaître telle la base de référence et rapidement prendre les allures d'une transcendance. La nature devient un type que le Droit peut reproduire ou transgresser.

[55] *Ibidem*, p. 416-426.

[56] Pour reprendre les expressions d'O. CAYLA, « Le droit de se plaindre », *op. cit.*, p. 82-83.

C'est l'occasion aussi de préciser ce qui pourrait nous distancier de ceux dont nous espérons prolonger le travail sur le terrain du droit privé : dans leur ouvrage intitulé *De la pyramide au réseau ?*, F. Ost et M. van de Kerchove émettent l'hypothèse que la figure du réseau rendrait aujourd'hui mieux compte du Droit positif. À la pyramide dessinée par le personnage du « Léviathan », tenant d'une main sa crosse, de l'autre son épée, dans le frontispice de l'édition originale de l'ouvrage du même nom, les auteurs proposent de substituer l'image d'un réseau d'escaliers dans une lithographie de Escher. Dans la mesure où nous rejetons la définition de la chose-objet inscrite dans le Léviathan au profit des choses-milieux, lesquelles font rhizome, et où l'image du réseau – ensemble de lignes entrelacées, ramifiées, entrecroisées, formant des nœuds ou des mailles, composant un filet ou un rets – illustre à merveille le rhizome, lequel est à l'origine un terme de botanique et signifie la tige souterraine des plantes vivaces qui porte des racines adventives et des tiges feuillées aériennes, les notions de réseau et de rhizome se recoupent et se superposent. Seulement, le réseau représente aux yeux de F. Ost et M. van de Kerchove un « paradigme » ou « modèle ». Leur réseau n'est pas, comme le rhizome de Deleuze et Guattari, en prise avec les "choses", moléculaire et pragmatique, mais une représentation simplifiée et, partant, détachée de la réalité[57].

La nuance, qui n'est pas un détail (étant précisément « ce qui compte »), pourrait expliquer certains des faits décrits : si le réseau fournit « une interprétation plus riche et plus diversifiée des phénomènes que le paradigme de la "pyramide" », c'est qu'il n'est précisément pas un paradigme ; s'il met si bien « en lumière la complexité, la relativité et l'éventuelle récursivité » des relations, c'est qu'il pousse et grandit à même les "choses", chaotiques, puis épouse toute la complexité du monde. Le monde réticulaire apparaît moins ordonné que le monde pyramidal car il tente de respecter, au mieux, les singularités identifiées. Parce qu'il se déploie à même le désordre, et non à ses côtés, il demeure chaotique et forme d'ailleurs moins un monde, cosmos, qu'un « chaosmos ». Que le rhizome ne soit pas un nouveau modèle mais ce qui permet précisément d'en venir à bout signifie aussi qu'il embrasse l'arbre plutôt qu'il ne s'en distancie, partant, que si des « pans entiers de l'univers juridique s'articulent

[57] F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 20, p. 23.

encore aujourd'hui dans la logique linéaire de la pensée hiérarchique (...) au sein du réseau régulatoire », ceux-ci n'arrêtent en rien sa poussée et ne traduisent pas son schématisme : les pyramides participent du réseau ; elles ne limitent pas son étendue[58].

Encore faut-il souligner que cette manière, rhizomique, de concevoir le rapport des choses-milieux entre elles ne relève pas d'un choix arbitraire : combinés d'éléments indifféremment naturels et culturels, les milieux ne font, ainsi que les rhizomes, « aucune différence entre le naturel et l'artificiel »[59]. Si donc la chose de l'immeuble peut se concevoir tel un milieu, elle ne saurait, à bien y regarder, constituer un modèle, mais pourrait être une chose avec laquelle faire rhizome ou carte. Cela étant précisé, il nous faut passer à l'acte, i.e. capturer le « code » de nos choses-milieux (les choses de l'immeuble, les choses grevées d'usufruit) pour constituer ou composer d'autres choses avec. Lesquelles ? Celles qui résulteront de ce couplage entre ces premières choses-milieux et les choses telles qu'elles apparaissent dans la théorie renouvelée de la propriété dont nous devons, avons-nous vu, partir.

3. La propriété redéfinie dans la perspective des choses-milieux

Si les choses couramment dites appropriées forment des milieux, que les personnes sont leurs habitants et parlent depuis les places qu'ils offrent, n'a-t-on pas une idée de ce que peut signifier la propriété ? Être propriétaire, ne serait-ce pas bénéficier d'une place dans l'un de ces milieux ? Quant aux droits, ne s'identifieraient-ils pas à ces places, alors, occupées ? Ouvrant de nouvelles perspectives pour l'interprétation de plusieurs textes de lois et décisions de justice, la proposition mérite, croyons-nous, explication.

A. Avoir une place ou non contenue dans celle d'un autre

Si être propriétaire, c'est avoir une place dans une chose, un milieu, alors nous ne sommes jamais propriétaire de la chose en elle-même et n'avons jamais qu'une place, un droit, dans la chose considérée. Dans cette perspective, toute propriété se voit ramenée à celle d'un droit ; la possibilité d'être propriétaire d'une chose se trouve, à strictement parler, niée. Mais si la propriété s'entend

[58] G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Mille plateaux...*, *op. cit.*, p. 12, p. 27, p. 30-31.
[59] *Ibidem*, p. 325.

uniquement de celle d'un droit, la chose ne constitue pas davantage la chose d'autrui que la nôtre ; nous ne pouvons plus distinguer entre les propriétés dites de sa propre chose et de la chose d'autrui, entre celles dites d'une chose et d'une créance. Il n'y a là, toutefois, qu'une apparence : affirmant que le droit de propriété « n'est rien d'extérieur à la personne qui l'a, rien qui ne soit cette personne même » ou s'en distingue mais une « puissance d'agir », une « partie », voire « une modalité » d'elle-même, Vareilles-Sommières adopte, dans un article paru en 1905, une conception de la propriété analogue à celle que F. Zenati-Castaing et T. Revet retiennent et, partant, similaire à celle dont nous partons[60]. Or, le marquis n'est pas loin de concevoir les droits réels comme autant de places dans les choses : traitant des actes par lesquels le dénommé propriétaire grève son bien, il explique que ce dernier « ne cède, ne transmet à l'autre partie aucun des droits compris dans son collectif », qu'il « abdique simplement ceux de ces droits qui faisaient obstacle à la naissance du nouveau droit » et « permet ainsi à ce dernier de naître », qu'il « cède » à autrui « une *place* sur la chose et rien de plus ». Le propriétaire dit de la chose ne transmet pas ses droits ou libertés d'agir, par exemple, à l'usufruitier, mais y renonce « et par là perme[t] à celui-ci d'en acquérir de semblables, la *place* étant libre ». Notons que le propriétaire dit de la chose n'apparaît pas la quitter : il libère ou « ménag[e]» une place en elle[61] ; il cède à autrui une place, mais non sa place. Il vaudrait donc mieux dire qu'il lui fait place. Si l'on intègre, à présent, cette proposition de Ginossar selon laquelle les droits réels mais aussi personnels constituent des objets de propriété, alors nous pouvons dire que le propriétaire d'un droit réel ou personnel a un droit ou une place dans la chose de même que « le » propriétaire. Mais puisque le second concède une place au premier, qu'il lui fait place dans la chose dans laquelle il a précisément sa place, il demeure possible de distinguer les deux : le propriétaire d'un droit dit sur la chose d'autrui a, en réalité, une place contenue dans celle d'un autre, soit dans la place d'autrui. À l'inverse, le propriétaire dit de sa chose ou de sa propre chose a une place dans la chose qui ne se trouve contenue dans la place d'aucun autre. Dans cette optique, la question n'est pas de savoir si l'on est propriétaire d'une chose ou d'une créance mais si l'on est propriétaire

[60] Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, « La définition de la notion juridique de la propriété », in *RTD Civ.* 1905, p. 452-453, p. 459, p. 483.
[61] *Ibidem*, p. 490-491.

d'une place dans la chose contenue ou non contenue dans celle d'un autre.

Poursuivons : la chose de l'immeuble, la chose usufruitée se définissent, nous l'avons vu, par leur destination. Or, la notion de destination participe de la définition de plusieurs droits réels et personnels : obligeant le preneur à user de la chose louée conformément à sa « destination », l'article 1728 du code civil rappelle l'article 578 du même code, autorisant l'usufruitier à jouir de la chose grevée à charge d'en conserver la substance ou, avons-nous vu, destination. Tel l'usufruitier, le preneur a l'obligation de respecter la destination, largement entendue, de la chose louée : il doit l'employer conformément à la destination que lui donnerait un bon père de famille mais aussi, en principe, suivant sa destination contractuelle. Quant à l'obligation de respecter l'intégrité matérielle de la chose louée, elle peut aussi s'analyser en une obligation de respecter sa destination. À s'en tenir aux obligations du preneur, la chose louée se différencie mal de la chose usufruitée. Mais penchons-nous sur celles de son cocontractant : de son côté, le bailleur est tenu d'une obligation de délivrance, d'information et de conseil ainsi que des garanties d'éviction et des vices cachés... qui toutes intéressent peu ou prou la destination de la chose louée. Pour autant, les auteurs ne font pas de la destination le point de convergence des obligations du bailleur qu'ils préfèrent rassembler autour de l'une d'entre elles : celle de faire jouir le preneur[62]. À première vue curieux, le fait permet de distinguer les droits au bail et d'usufruit autrement qu'en affirmant le caractère personnel du premier et réel du second : si le louage a ceci de spécifique qu'il oblige le bailleur à faire jouir le preneur de la chose, cela suppose qu'il ne se contente pas d'abaisser les « barrières »[63], tel le nu-propriétaire devant l'usufruitier. À la différence de l'usufruitier, le preneur a plus qu'une place dans celle d'un autre : il y est reçu. Le louage oblige une personne, le bailleur, à en recevoir une autre, le preneur, étymologiquement son hôte.

[62] Cf., pour exemples, G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, Paris, L. Larose, 1898, p. 97, p. 123 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 1956, t. 10, p. 525 ; A. SERIAUX, *Contrats civils*, Paris, PUF, 2001, p. 155 ; F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 7e éd., 2004, p. 417 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 2007, p. 223.

[63] Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*

Mais si le preneur peut être regardé comme l'hôte du bailleur, pourquoi n'en irait-il pas de même de l'emprunteur ? L'emprunteur aussi doit user de la chose suivant sa destination : il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou la convention[64]. Usager à titre gratuit, l'emprunteur bénéficie de l'hospitalité. Et si l'emprunteur a sa place dans celle d'autrui, le dépositaire n'en a-t-il pas une lui aussi ? Sans doute, le dépositaire a-t-il l'interdiction d'user de la chose mais il doit la maintenir en état de réaliser sa destination[65]. N'habite-t-il pas la chose lui aussi, mais faiblement, en gardien ? À l'inverse du dépôt, les baux spéciaux attribueraient des places à habiter avec densité : si l'obligation de respecter la destination de la chose louée n'emporte pas, en principe, l'obligation d'user de la chose, certains statuts spéciaux prévoient, pour le preneur, l'obligation de l'exploiter[66]. L'emphytéote ayant l'obligation d'exploiter la chose dans son intégralité, le bail emphytéotique offrirait un autre exemple d'habitation dense. « Un droit d'usage appliqué à une habitation quelle qu'elle soit »[67], le droit d'habitation octroierait, également, une place dans celle d'autrui. Au cas d'un droit d'usage ou d'habitation, l'habitation ne se verrait pas réduite ou augmentée dans son intensité mais, comme dans les baux spéciaux du reste, précisément déterminée : une personne, dite usager, a le droit de se servir de la chose d'autrui et d'en percevoir les revenus dans la limite de ses besoins et de ceux de sa famille. Dans cette hypothèse, la destination joue toujours un rôle important : non seulement les usagers doivent jouir de la chose en bons pères de famille[68] – ce qui emporte pour eux l'obligation de la conserver et, dans une certaine mesure, de l'entretenir – mais ils se trouvent aussi tenus par la destination résultant du titre constitutif.

[64] Cf. art. 1880 du code civil.

[65] Cf. art. 1930 du code civil ; P. MALAURIE, L. AYNES, P-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, 2e éd., 2005, § 848, p. 493 ; A. BENABENT, *Droit civil. les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, Montchrestien, 2006, § 712, § 720.

[66] Cf. l'art. L. 411-31, l'art. L. 411-53 du code rural français et l'art. L. 145-8 du code du commerce français. En matière de baux d'habitation aussi, les statuts spéciaux de la loi française de 1948 n'accordent de droit au maintien dans les lieux ou au renouvellement qu'à l'occupant ou au locataire effectifs.

[67] S. PIEDELIEVRE, « Usage-habitation », in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil*, t. 11, mars 2006.

[68] Cf. art. 627 du code civil.

La présentation ensemble des baux réels, des droits de servitude, d'usufruit, d'usage et d'habitation ne surprendra personne : les auteurs les rangent couramment parmi les droits dits réels principaux par opposition aux droits dits réels accessoires, lesquels n'intéressent pas, au contraire des premiers, l'utilisation de la chose. L'adjonction des baux ordinaires et spéciaux, du commodat et du dépôt pourrait davantage étonner. Pourtant, la plupart de ces droits, généralement qualifiés de personnels, ont pu être rangés parmi les droits réels au motif que leur « titulaire » fait une « utilisation » de la chose et que tel est le « *criterium* » du droit réel[69]. S'il semble difficile d'adhérer à la thèse du professeur Chauveau, dont la définition des droits réels conduit à rejeter le seul que le code civil qualifie expressément de tel, à savoir le privilège, nous pourrions ici poser les jalons d'une nouvelle division des droits, concurrente à celle (si fragile) des droits réels et personnels, et dont l'arête serait la ligne de démarcation entre les dénommés droits réels principaux et accessoires, continuée ou prolongée à l'intérieur de la sphère des droits qualifiés de personnels. Seraient alors exclus de nos droits-places dans celles d'autrui les droits réels accessoires et les créances d'argent.

La représentation des droits réels principaux comme autant de places dans celles d'autrui consolide, par ailleurs, certaines des propositions émises par les héritiers de Ginossar à son encontre même : – lorsque plusieurs personnes habitent un même milieu, elles se trouvent un minimum, quelque limités que soient leurs rapports, obligées les unes envers les autres. Quand l'habitant d'une chose-milieu fait place à un autre, il s'oblige, tout au moins, à l'accueillir et l'héberger chez lui. La constitution des dénommés droits réels va de pair avec la naissance d'obligations à la charge du propriétaire dit de la chose grevée. Par suite, la notion d'obligation réelle ou *propter rem* apparaît bel et bien inutile[70]. – À l'occasion de la constitution de droits nouveaux, la chose-milieu ne se trouve pas davantage entaillée ou diminuée que la place grevée : les propriétaires de places en contenant d'autres cohabitent avec les propriétaires de ces dernières dans une même chose. Faculté d'habiter, la propriété ne se divise pas à mesure que se constituent les droits réels mais semble, à l'inverse, se démultiplier : il existe autant de propriétaires que d'habitants ou titulaires d'une place ou droit dans la chose-milieu. Si, donc, les

[69] M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », extrait de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, LGDJ, 1931, p. 11-12.
[70] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, 2008, § 298, p. 461.

choses constituent des milieux dans lesquels des personnes, leurs habitants, prennent place ou droit, nous ne tombons pas dans cette contradiction à laquelle conduit la théorie du démembrement de la propriété : à supposer les droits réels des démembrements de la propriété, la propriété diminuée de ces parties ou fragments ne serait « plus elle-même qu'un morceau de propriété »[71].

À première vue, la conception des choses comme des milieux éclaire simplement la doctrine de F. Zenati-Castaing et Th. Revet : parce que les propriétés dites de sa propre chose et d'un droit dans la chose d'autrui deviennent, toutes deux, des propriétés de places dans un milieu, la similarité de leur structure saute immédiatement aux yeux. Parce que la première indique, selon nous, la propriété d'une place non comprise dans celle d'un autre tandis que la seconde désigne celle d'une place comprise dans celle d'un autre, on perçoit tout aussi nettement leur différence. À l'examen, les choses-milieux pourraient encore réussir là où la doctrine nouvelle nous semble, au moins en partie, échouer.

A.1. La distinction des choses et de la propriété

Milieu, la chose offre ou propose des droits ou places en elle. Il n'y a pas reflux des droits appropriés en son sein mais déploiement, ouverture de places avec lesquelles elle ne se confond pas. Les choses conçues comme des milieux, l'amalgame entre chose et propriété, *in fine* perpétuée par la doctrine nouvelle de la propriété, serait évitée ; la propriété réduite à celle d'un droit, la chose ne saurait être absorbée et, partant, confondue avec la propriété[72].

A.2. L'explication des changements de destination

Le propriétaire dit de sa propre chose n'est pas le seul à pouvoir en modifier la destination : de l'emphytéote aux preneurs à baux spéciaux en passant par l'usufruitier, la loi prévoit quantité de circonstances dans lesquelles les propriétaires dits de droits dans la chose d'autrui peuvent affecter la chose considérée à un nouvel usage si bien que la division entre choses grevée et absorbée, créance et propriété, en ressort largement relativisée. Or, le paradoxe disparaît une fois la conception des choses-milieux et des personnes-habitants adoptée : la différence accueillants-accueillis permet d'expliquer que

[71] Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 487-488 ; F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété...*, *op. cit.*, p. 105.
[72] Cf. *supra* note 17.

les seconds aient parfois, au contraire des premiers, le droit de modifier la substance ou destination de la chose, et ce, par les motifs mêmes ayant inspiré les rédacteurs des lois autorisant ces changements : on conçoit qu'une personne hébergée puisse avoir davantage de latitude que son hébergeur si elle dispose de plus amples connaissances du milieu ou en a une meilleure compréhension que lui. La nécessité, l'obligation ou le besoin plus grand dans lequel l'hébergé peut être d'user de son milieu peuvent encore justifier un supplément de liberté.

A.3. La présentation des limites à la propriété

Les théoriciens nouveaux de la propriété prétendent intégrer les limites à la propriété dans sa définition. À l'inverse, par exemple, de Carbonnier, F. Zenati-Castaing et Th. Revet ne retranchent pas de la propriété visée à l'article 544 du code civil la condition de ne pas faire des choses un usage prohibé par la loi et les règlements[73]. L'on peut, toutefois, y voir un habile procédé de nature à réduire abusivement leur portée : – de l'avis de ces auteurs, les lois et règlements sont « un effet de litote »[74] ; le législateur aurait mentionné ces limites à la propriété pour mieux souligner l'absoluité de ce pouvoir d'usage. Mais n'est-il pas douteux que les rédacteurs du code aient joué d'euphémismes dans l'écriture des lois et emprunté ses figures à l'écrivain dont l'interprétation des textes peut être beaucoup plus ouverte ? – F. Zenati-Castaing et Th. Revet, par ailleurs, rient de ceux qui, « s'épuisant dans [le] recensement » des lois et règlements prohibant certains usages des choses, pensent que le principe du pouvoir d'user des choses de la manière la plus absolue pourrait être renversé par l'importance et le nombre des exceptions[75]. Le raisonnement semble être le suivant : que les limites au pouvoir d'user des choses soient, dans les faits, la règle, ne change rien à ce qu'en Droit le pouvoir d'en user de la manière la plus absolue constitue le principe ou la règle ; les limitations ou restrictions représentent toujours, en Droit, l'exception. Pourtant, ce n'est pas confondre le Droit avec le fait que de rechercher les lois et règlements susceptibles de restreindre la liberté du propriétaire : ceux-ci participent du Droit. Ce faisant, on confronte simplement une disposition législative,

[73] J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, § 68, p. 140 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *op. cit.*, p. 447.
[74] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 285.
[75] *Ibidem.*

l'article 544 du code civil, avec d'autres. Mieux, parce que la première renvoie ou réfère aux secondes, on tente de les articuler les unes avec les autres. – Il est vrai que F. Zenati-Castaing et Th. Revet renvoient aux travaux de Vareilles-Sommières, lequel reconnaît le paradoxe d'une propriété tout à la fois absolue et conditionnée et le surmonte au moyen d'une conception flexible de la propriété : parce que la propriété se caractérise en ce qu'elle est un droit « d'étendue », non « immuable », mais « variable », son ampleur peut varier sans que soit atteinte son identité ; restreinte par les lois et règlements, la propriété, incomplète, n'en est pas moins « entière »[76]. Seulement, les images d'une propriété « élastique » et d'une propriété absorbant les choses apparaissent difficilement compatibles : quel serait le sort d'une chose – absorbée – dans l'hypothèse où la propriété – élastique – se rétracterait ? La chose, cet atome ou noyau entouré de ses utilités[77], en ressortirait-elle comprimée ? La verrait-on davantage éclater ? Ou déborderait-elle la propriété ? Dans la mesure où les nouveaux théoriciens reprennent cette expression de David selon laquelle les lois et règlements « délimitent un espace qui en vérité échappe au droit »[78], la dernière hypothèse peut être retenue : la propriété comprendrait une portion d'autant plus réduite de la chose qu'elle rétrécirait ; échapperait au pouvoir du propriétaire un espace d'autant plus grand de la chose que les lois et règlements prohibant certains usages se multiplieraient. Mais la chose découpée en deux, morcelée, la propriété ne serait-elle « plus elle-même qu'un morceau de propriété ? »

Confrontée à ces difficultés, une relecture de l'article 544 du code civil nous paraît s'imposer : cette disposition ne pose-t-elle pas le principe selon lequel le propriétaire peut user des choses de la manière la plus absolue dans la limite des lois et règlements, et cette exception. En l'absence de lois et règlements prohibant certains usages, le propriétaire peut user des choses absolument librement ? Ainsi compris, l'article 544 rend assurément mieux compte de la réalité juridique, i.e. de ce qu'il n'arrive, en pratique, « jamais que le propriétaire ait le droit de faire de la chose tout ce qu'il veut (...) »[79].

[76] Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 446, p. 465-466, p. 485-486.
[77] F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *op. cit.*, p. 447.
[78] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 265, § 167; DAVID, « La notion de bien », in *APD*, 1963, p. 166.
[79] Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*

Continuons : les lois et règlements diminuent, à l'article 544, la marge de manœuvre du propriétaire dans l'usage des choses, i.e. l'usage pouvant en être fait, non la propriété. Sans doute, la propriété se voit, par ricochet, touchée mais – faculté, selon nous, d'habiter – elle se développe avec plus ou moins de facilité selon la chose considérée, notamment, selon l'importance des lois et règlements restreignant son usage. Regardant les choses comme des milieux, ces normes prohibitives peuvent se concevoir comme des règles pour leur habitation. Elles ne représentent effectivement pas un « carcan »[80], obligeant le propriétaire, tel un condamné au pilori, à évoluer dans la sphère octroyée par la longueur de la corde nouée à son collier, mais contraignent le propriétaire, un habitant, ainsi que le règlement intérieur d'un milieu ou environnement. Les lois et règlements participent de la destination que les propriétaires ou habitants de la chose doivent respecter, ils déterminent les usages auxquels la chose ne peut être affectée, de quelle manière on ne peut en user.

A.4. La nature des droits intellectuels

Si la propriété consiste toujours dans celle d'un droit, une troisième catégorie de droits s'ajoute à celles des droits de propriété et de créance ; suivant l'idée d'une chose-milieu, le droit de propriété a pour objet un droit de créance ou un droit inédit, autre que de créance. Le pionnier de la doctrine nouvelle avait lui-même formé l'hypothèse de tels droits, non relatifs appropriés : aux propriétés d'un corps et de droits relatifs, Ginossar ajoute celle de droits absolus : les droits intellectuels[81]. Sans doute, les droits intellectuels basculent-ils de la catégorie des objets de propriété à celle des droits de propriété avec F. Zenati-Castaing et Th. Revet ; il n'y a plus chez eux d'intermédiaire entre le droit de propriété et les conceptions de l'esprit ou « propriétés incorporelles »[82]. Mais la retouche paraît davantage commandée par leur conception, absolutiste, de la propriété, que par les textes de loi : dans la mesure où les *proprietas* ne sont pas entièrement appropriables (puisque c'est un principe fondamental du Droit de la propriété intellectuelle que les idées, qui participent d'elles, sont de libre parcours et, donc, insusceptibles d'appropriation[83]), l'image d'une

[80] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 285.
[81] S. GINOSSAR, *op. cit.*, p. 185.
[82] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 22, p. 91-92, p. 99.
[83] Cf., par exemple, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2e éd., 2001, § 26 ; J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *Droit de la*

propriété absorbant les choses semble difficilement admissible. Des auteurs relativisent, certes, le caractère non appropriable des idées et vont même parfois jusqu'à le nier, mais un « correctif »[84], le principe de libre utilisation des œuvres, s'y substitue alors. M.A. Chardeaux a, dans cette direction, montré « qu'existe un principe général, en droit de la propriété intellectuelle, de libre utilisation par tous des biens informationnels à des fins non commerciales » et que cette utilisation peut constituer une exploitation dès lors qu'elle « ne concurrence pas l'exploitation normale du bien » et se justifie par la liberté d'expression[85]. La loi française du 1er août 2006 ayant étendu l'« éventail de situations dans lesquelles l'auteur "ne peut interdire" les actes d'usage de son œuvre »[86], et celle du 26 février 2007[87] ayant ajouté une circonstance à laquelle les droits du brevet ne sauraient s'étendre, l'idée selon laquelle le principe de libre utilisation serait en passe de disparaître semble, de ce point de vue, difficilement défendable. Aussi, la vision des choses comme des milieux paraît-elle davantage respectueuse du droit positif : dans cette perspective, la propriété intellectuelle ne porte jamais que sur les droits (intellectuels) dans les choses des conceptions intellectuelles ; entre les choses et la propriété, l'écran des droits (appropriés) intellectuels rend compte de ce que la seconde ne saurait jamais absorber les premières.

Que F. Zenati-Castaing et Th. Revet continuent d'affirmer que la propriété porte sur les choses-mêmes, y compris sur celles qu'ils nomment « propriétés incorporelles », se comprend néanmoins aisément : admettre le contraire conduirait à inverser le rapport entre propriété et communauté et, partant, à rompre avec la théorie renouvelée de la propriété.

B. « La communauté dans les entrailles des choses »

Le problème soulevé par les conceptions intellectuelles apparaît clairement lorsque l'on a en tête les significations courantes des choses communes et des biens : des espèces de choses, les choses communes et les biens s'opposent les unes aux autres selon qu'elles sont appropriables ou non ; tandis que les choses communes ne sont

propriété industrielle, Paris, Dalloz, 6e éd., 2006, p. 109 ; M-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préface de G. Loiseau, Paris, LGDJ, 2006, p. 155.
[84] I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Paris, Litec, 1985, p. 83.
[85] M-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 365, p. 380-384.
[86] P.Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, § 333.
[87] Cf. l'art. 122-5 et l'art. L. 613-5 du code de la propriété intellectuelle.

pas des choses susceptibles d'appropriation, les biens le sont. Selon ces définitions, une même chose ne peut être à la fois une chose commune et un bien, simultanément dévolue à l'usage commun et à celui d'un seul. Biens partiellement offerts à la jouissance de tous, les choses des conceptions intellectuelles n'entrent dans aucune des deux catégories et, partant, s'inscrivent en faux contre l'orthodoxe figure de la propriété. Pour remédier à cette difficulté sans remettre cette dernière en cause, M.A. Chardeaux forge une nouvelle catégorie, hybride, entre les choses communes et les biens, celle de « quasi-chose commune »[88]. Quoiqu'à cet égard son travail s'apparente à une tentative de sauvetage de la doctrine nouvelle, l'auteure n'obtient pas les faveurs de ses partisans : niant le péril encouru, ceux-ci lui reprochent d'ignorer le principe général d'appropriation en matière intellectuelle et ramènent, en dernière instance, la question posée par les conceptions intellectuelles à une banale illustration des limites posées à la propriété[89]. Il paraît toutefois difficile d'inférer du seul fait que l'auteure reconnaît un principe de libre utilisation des choses (lequel innerve *de facto* le Code de la propriété intellectuelle[90]) qu'elle méconnaît le principe général d'appropriation en matière intellectuelle, quand M.A. Chardeaux s'inscrit délibérément dans le sillage de la doctrine nouvelle et que le principe de libre utilisation pourrait précisément signaler l'existence d'« une » propriété intellectuelle[91]. Par ailleurs, nous voyons mal comment le principe de libre utilisation des conceptions intellectuelles pourrait s'analyser en une limitation faite par les lois et règlements au pouvoir absolu du propriétaire : sans doute le pouvoir du propriétaire se trouve-t-il limité dans les deux cas mais la ressemblance s'arrête là. Alors que les restrictions faites aux pouvoirs des propriétaires signifient la liberté pour tout un chacun d'user, dans une certaine mesure, des choses dans le code de la propriété intellectuelle, elles en interdisent, a priori, purement et simplement l'usage à l'article 544 du code civil. Les choses conçues comme des milieux, la différence n'en devient que plus visible : tandis que les limitations découlant de l'article 544

[88] M-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 411-412.

[89] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, § 14, § 68.

[90] Depuis l'article L. 122-5 jusqu'à L. 622-5, en passant par les articles L. 613-5, L. 513-6 et L. 211-3.

[91] Tel est l'avis de J. RAYNARD (« propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 538) habituellement rangé avec Th. Revet dans l'École dite de Montpellier.

s'apparentent au règlement intérieur des choses-milieux, celles résultant du code de la propriété intellectuelle obligent le propriétaire à souffrir la présence de tous dans les choses. Elles le contraignent à cohabiter avec tous.

Mais il y a mieux : les choses conçues comme des milieux, la catégorie des « quasi-choses communes » ou, plus exactement, des « choses quasi-communes »[92] perd son intérêt. En effet, si l'on raisonne dans les termes des choses-milieux, les choses communes et les biens ne constituent plus des catégories opposées. D'une part, les biens ne recouvrent plus les « choses appropriables » : les choses n'étant jamais appropriées et la propriété étant toujours celle de droits, les biens s'identifient aux droits (ou places) dans les choses. D'autre part, les choses communes ne signifient plus les « choses inappropriables » : jamais appropriées, les choses ne sont, par définition, pas appropriables. Notons que les choses communes étant des choses inappropriables parce que leur usage doit être commun à tous, elles ne sont pas toutes les choses mais une seule sorte[93]. Une nouvelle lecture peut alors être proposée : si les catégories des choses communes et des biens sont exclusives l'une de l'autre, ce n'est pas parce que les premières sont, au contraire des seconds, inappropriables, mais parce que les choses communes n'offrent pas, à la différence des autres choses, de places (ou droits ou biens) en elles. Dans cette optique, les choses sans maître ne constituent pas des biens : ce sont des choses dans lesquelles des places, droits ou biens sont appropriables mais non encore appropriées. Quant aux choses abandonnées, elles forment pareillement des choses, des choses dans lesquelles des places aujourd'hui vacantes et, donc, appropriables, étaient jadis appropriées.

Reste à comprendre pourquoi ceux qui sont propriétaires de droits ou biens dans les choses des conceptions intellectuelles ne sont pas les seuls à pouvoir en user, comment d'autres personnes que les propriétaires de places dans ces choses ont la possibilité de les habiter. Mais une hypothèse se fait jour : une sorte seulement de choses-milieux, les choses communes pourraient révéler un aspect de la totalité d'entres elles : n'est-il pas vrai de toutes choses qu'elles ne peuvent être appropriées parce que leur usage doit toujours rester, dans une certaine mesure, commun à tous ? Dire qu'aucun droit ou bien ne peut être approprié dans les choses communes à la différence des autres choses, n'est-ce pas dire que les choses communes doivent

[92] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, § 14.

[93] M-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 164.

entièrement être d'usage commun tandis que les autres choses doivent seulement l'être partiellement ? Alors, le régime des « biens informationnels » ne ferait plus mystère : n'étant plus des choses, mais des droits appropriés dans des choses (non communes, par définition), les biens informationnels ne sauraient donner à leur propriétaire le droit d'empêcher que les choses des conceptions intellectuelles demeurent, en partie, d'usage commun. Loin d'être propre aux conceptions intellectuelles, le principe de libre utilisation existerait, à différents degrés, pour n'importe quelle chose. Toute chose serait, dans une certaine mesure au moins, d'usage commun. Et toute chose étant comme les conceptions intellectuelles, il ne serait plus besoin de créer pour elles une catégorie intermédiaire.

Encore faut-il souligner que la proposition opère une rupture avec les présupposés de la théorie renouvelée. Parce que la propriété sort, selon une expression souvent empruntée à F. Zenati-Castaing, « des entrailles de la communauté »[94], c'est une ineptie d'évoquer la communauté d'usage des choses appropriées : si les choses deviennent des biens, lorsqu'appropriées, elles sortent des « entrailles de la communauté », la communauté des choses entre en contradiction avec leur qualité de biens. Aptitude d'une chose à être soustraite « à un usage collectif au profit d'une dévolution individuelle, exclusive de toute intervention extérieure », l'appropriabilité exclut, par définition, l'usage commun[95]. À supposer les choses conçues comme des milieux, la fameuse formule de F. Zenati-Castaing ne serait toutefois pas évincée mais inversée : milieux, les choses ne sauraient se loger dans les entrailles de la communauté. C'est bien plutôt la communauté qui séjournerait dans les entrailles des choses ainsi que dans celles d'une mère ou Terre. D'usage commun de manière résiduelle au moins, les choses n'évinceraient jamais la communauté de leurs entrailles. Les personnes occupant une position privilégiée dans la chose, i.e. les propriétaires de droits, places ou biens, apparaîtraient sortir, non de la chose, mais de la communauté des autres personnes que les propriétaires. « La communauté ne sort jamais des entrailles des choses », pourrions-nous alors énoncer. Faculté d'habiter, la propriété serait susceptible de se développer et exercer, ou bien par le biais d'un droit subjectif ou de propriété, ou bien grâce à la liberté (commune à

[94] F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété..., op. cit.*, n° 92, p. 106.

[95] R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*, p. 4, § 11 (l'auteur se rallie dans cet article à la doctrine nouvelle).

toutes les autres personnes que les propriétaires de droits) d'user des choses dans le respect précisément de ces droits. La propriété prenant la forme d'un droit de propriété ou, selon les cas, d'une liberté, le terme de "propriétaire" se découvrirait réservé aux seules personnes développant leur faculté d'habiter depuis une position privilégiée dans la chose, i.e. aux seuls habitants avec titre. En définitive, les choses désigneraient les milieux dont l'habitation est en question, soit les choses saisies par la propriété, non pas seulement ni même nécessairement par un droit subjectif ou de propriété.

Précisons que, renversant la formule selon laquelle « la propriété jaillit de la communauté », nous ne touchons à rien de moins qu'à la « constitution moderne » : ce qui ne représente pas seulement, selon F. Zenati-Castaing, une hypothèse logique mais une « vérité historique », mieux « une donnée permanente du régime de la propriété que donne la loi positive », suggère que les biens sortent du ventre de la communauté, que les choses sont à l'origine communes[96]. Dans la mesure où elles sont, de l'avis du même auteur, « des espaces de non droit »[97], les choses communes sont tout à la fois originelles et hors du droit. Ce sont des choses d'avant le Droit ou la société civile. Les choses conçues comme des milieux, la communauté des choses ne renverrait pas à l'état de nature, mais à l'actuel. Aussi reviendrions-nous sur cette hypothèse, lockéenne, d'un communisme primitif positif[98].

S'agissant des conceptions intellectuelles, les théoriciens nouveaux de la propriété ne font toutefois pas une analyse éloignée de la nôtre : quoiqu'ils semblent privilégier (contre l'hypothèse même selon laquelle la propriété sort de la communauté) cette idée que les conceptions intellectuelles jaillissent ex-nihilo de la tête de leur auteur, F. Zenati-Castaing et Th. Revet n'excluent pas que l'auteur sorte par son travail (ce qui n'est pas sans rappeler le schéma lockéen de l'appropriation originaire) ses œuvres du fonds commun des

[96] F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », in *RTD Civ.*, 1993, p. 316.

[97] F. ZENATI-CASTAING, *Les biens*, Paris, PUF, 1e éd., 1988, n° 19.

[98] J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement civil. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, traduction, introduction et notes par J.-F. Spitz avec la collaboration de C. Lazzeri, Paris, PUF, 1994. Voir le chapitre 5.

sciences, connaissances et idées[99]. Surtout, Th. Revet reconnaît que les choses immatérielles à partir desquelles un auteur en crée une nouvelle ne disparaissent pas ; la création et l'appropriation concomitante d'une chose nouvelle ne signifient pas le retrait de celles qui sont à son origine[100]. Si, donc, la propriété intellectuelle sort ou jaillit de la communauté, elle peut n'en rien sortir ou retirer. Aussi sommes-nous tentée de penser que le renouveau d'intérêt pour les choses communes ne s'explique pas uniquement par la raréfaction de certaines d'entre elles (lequel mouvement provoquerait, en retour, « le besoin de repenser les espaces soustraits à la puissance de l'exclusivité »[101]), mais par la reconnaissance, bien obligée, d'un phénomène accompagnant l'extension de la propriété aux conceptions intellectuelles : la venue ou entrée des choses communes dans la sphère du Droit.

À supposer favorable le jugement porté sur la réforme proposée, il semble, néanmoins, difficile de l'étendre à d'autres choses que les conceptions intellectuelles : c'est parce qu'elles sont immatérielles et reproductibles que les idées, sciences, connaissances ou informations brutes ne disparaissent pas de la communauté après que leur transformation a conduit à la création de nouvelles choses et que la présentation de la communauté des choses comme d'un état finissant avec l'appropriation de ces dernières peut être remise en question. A priori, le même argument ne saurait être transposé aux choses corporelles, puis faire douter de la réalité du « tête-à-tête » entre la chose et le propriétaire[102]. À l'examen, pourtant, l'idée selon laquelle la communauté des personnes demeure dans les choses pourrait porter bien au-delà de la propriété intellectuelle. C'est d'ailleurs avec elle que les choses-milieux découvrent leur potentiel explicatif de certaines évolutions du droit positif.

[99] F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit.*, p. 311, p. 316 ; Th. REVET, *La force de travail, op. cit.*, p. 493-494, p. 504, p. 512.

[100] Th. REVET, « Préface » à la thèse de S. BECQUET, *La spécification, Essai sur le bien industriel*, Paris, LGDJ, 2005.

[101] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, n° 20, p. 57.

[102] L'expression est du professeur R. LIBCHABER, « *Biens* », *op. cit.*, p. 4, § 11, p. 3, § 7.

B.1. La jurisprudence relative à « l'image des biens » réexpliquée

Parce que les choses corporelles ne se réduisent pas à leur corps, il se pourrait qu'elles ne sortent pas de la communauté, au moins en ce qui concerne les aspects immatériels et reproductibles d'elles-mêmes. Concernant leur image ou visibilité, l'hypothèse se vérifie : énonçant que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci », l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française a posé, le 7 mai 2004, un principe de libre utilisation de l'image des choses dites d'autrui et considéré que les choses corporelles devaient normalement être, dans leur dimension visible, à l'usage de tous. Les choses étant conçues comme des milieux, la jurisprudence relative à « l'image des biens » peut être interprétée sans difficulté : s'il est surprenant que « l'usage commun » s'immisce « dans le régime des utilités immatérielles des biens corporels »[103] lorsqu'on imagine les choses se dissoudre dans la personne du propriétaire (car l'une de ces utilités, l'image, échappe alors à la dissolution), l'on conçoit sans difficulté que d'autres personnes que les propriétaires aient la liberté d'user de l'image des choses quand on se les représente comme des milieux habités par tous et demeurant, à strictement parler, inappropriés ; plus précisément, l'on comprend que le propriétaire non d'une chose – dans cette perspective –, mais d'un droit, bien ou place en elle, n'ait pas l'exclusivité de l'image de celle-ci. Dans cette optique, le propriétaire dit de la chose n'est pas davantage propriétaire de l'image de celle-ci que de la chose elle-même ; il n'a pas davantage l'exclusivité de l'une que de l'autre. La proposition selon laquelle « le propriétaire d'une chose n'a pas de droit exclusif sur l'image de celle-ci » doit alors être lue comme signifiant : « le propriétaire d' [un bien dans] une chose n'a pas de droit exclusif sur l'image de celle-ci ». Usant d'une ellipse, l'Assemblée plénière ne viserait pas le propriétaire d'un bien dans une chose mais celui, immédiatement, d'une chose. À suivre cette interprétation, le principe posé dans la première partie de l'attendu principal ne signifierait pas la scission de la chose et de son image[104],

[103] M.A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 254-255, p. 385, p. 390, p. 411-412.

[104] En ce sens Th. REVET, « Images des biens », in *RTD Civ*, 2004, p. 528 ; ID., « La Cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-propriétaire... », in *Droit et patrimoine*, n° 128, juillet/août 2004. Cf. aussi B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, préface de J-M. Bruguière et avant-propos de M. Vivant, Paris, Defrénois, Lextenso-éditions, 2008, p. 229-231.

non plus celle de l'exclusivité et de la propriété[105], mais une troisième : celle de la chose et du bien ; la décision ne contiendrait pas de contradiction[106], ne remettrait pas en cause l'exclusivité comme essence de la propriété[107], ni ne méconnaîtrait le lien entre les notions de trouble et de propriété[108].

Se pose ensuite la question de savoir ce que peut recouvrir l'expression de « trouble anormal » dans ces conditions, i.e. s'il s'agit d'un trouble causé au droit de propriété du propriétaire d'une place (ou bien ou droit) dans une chose, un milieu. L'adjectif « anormal » évoquant la théorie des troubles anormaux de voisinage, l'on peut être tenté de chercher les propriétés susceptibles d'entrer en voisinage. Seulement, l'on s'aperçoit que le conflit n'oppose pas deux propriétaires mais le propriétaire dit d'une chose à l'utilisateur sans titre de « l'image-source » de cette dernière. Il ne s'agit pas du trouble causé au propriétaire dit d'une chose par le propriétaire dit d'une autre du fait de leur situation de voisinage mais de celui causé au propriétaire dit d'une chose du fait de la transformation de celle-ci en une autre chose, « l'image-reproduction », par un tiers, éventuellement propriétaire de cette dernière[109]. Entre le trouble de voisinage et celui causé par l'utilisation de l'image de la chose dite d'autrui existe toutefois un rapport analogique : tandis que le trouble anormal de voisinage touche les personnes habitant des choses voisines l'une de l'autre et, partant, situées dans un même "environnement" géographique, le trouble anormal causé par l'utilisation d'une image connaît des personnes habitant une même chose, i.e., en notre sens, un même milieu ou environnement. Alors que l'inconvénient de voisinage trouble la quiétude d'une personne habitant une chose située dans le voisinage d'une autre, l'utilisation de l'image est susceptible de troubler la tranquillité d'une personne habitant la même chose qu'une

[105] En ce sens F. SIIRIAINEN, « Une autre image de "l'image des biens"... et de la propriété », in *Communication commerce électronique (CCE)*, n° 10, octobre 2004, étude 35.

[106] En ce sens Th. REVET, « Images des biens », *op. cit.*

[107] Cf. F. SIIRIAINEN, « Une autre image... », *op. cit.*

[108] Cf. B. GLEIZE, *op. cit.*, § 367 et s., p. 234 ; E. DREYER, « L'énigme du trouble anormal causé par l'image d'une chose », in *CCE*, n° 9, septembre 2006, étude 20 ; ID., « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi... », in *D.* 2004, n° 22, p. 1549 et s.

[109] Pour reprendre l'éclairante distinction de Th. REVET entre « l'image-source » et « l'image-reproduction » (*RTD Civ*, 2001, p. 626).

autre. Autrement dit, l'utilisation de l'image ne saurait causer un trouble de voisinage mais de... cohabitation, de cohabitation entre habitants d'une même chose-milieu.

Encore faut-il déterminer dans quels cas le trouble causé par un habitant sans titre de la chose à l'habitant-propriétaire d'un droit en elle peut être qualifié d'anormal. Remarquons-le : si demander à quelles conditions l'utilisation de l'image d'une chose par une autre personne que « le » propriétaire cause un trouble excessif à ce dernier, l'autorisant à contester cette utilisation, n'a pas de sens pour les théoriciens nouveaux de la propriété (toute utilisation de la chose par une autre personne que « son » propriétaire cause un trouble anormal à ce dernier dès lors que « ses » choses entretiennent, en principe, avec lui, une relation d'exclusivité), la question n'a rien d'absurde dès lors que l'on conçoit les choses tels des milieux habités par la communauté, aussi, des autres personnes que les propriétaires : il s'agit de savoir quand un habitant sans titre de la chose adopte un comportement irrespectueux de la position privilégiée qu'occupe dans la chose un habitant-propriétaire. On pourrait, certes, imaginer que le seul comportement susceptible d'être adopté par un habitant sans titre soit la passivité. Mais la propriété intellectuelle serait alors directement menacée[110] : si l'on ne veut pas que ce Droit puisse être à l'avenir délaissé, il faut que le propriétaire d'un droit dans une chose corporelle puisse s'opposer à la reproduction de l'image de celle-ci à des conditions, ou bien, plus restrictives que l'auteur relativement à son œuvre, ou bien, à des conditions égales voire inférieures à lui mais dans une moindre mesure ou portée, ou bien encore, peut-on imaginer, à des conditions et/ou avec des effets d'une nature toute différente. Aussi, l'utilisation de l'image de la chose par un non-propriétaire ne saurait en elle-même constituer un trouble anormal de cohabitation, non plus que sa simple exploitation[111].

[110] En ce sens aussi, cf. par exemple P.Y. GAUTIER, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle" », in *La Semaine juridique, édition générale (JCP G.)*, 5 mai 1999, n° 18, II 10078. À noter que la difficulté est également reconnue par J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET (« De la propriété comme modèle », *op. cit.*, p. 295).

[111] Exploitation que le code de la propriété intellectuelle n'interdit pas, nous l'avons vu, absolument. Si donc l'Assemblée plénière ne reprend pas le critère de l'exploitation retenu jusqu'alors, ce n'est pas seulement, comme elle voudrait le faire accroire, que la notion d'exploitation « ait démontré ses limites » et, plus

Sans doute n'avons-nous pas encore défini positivement le « trouble anormal » de cohabitation, mais nous pourrions être sur une piste : comme celle relative aux choses prises dans leur dimension visible, la propriété dite de l'information pourrait ne pas porter tant sur l'information en elle-même, sur la chose dans son contenu informationnel, que sur les seuls droits ou biens informationnels et s'inscrire d'emblée dans la perspective des choses-milieux. De même, l'appropriation dite de l'information ne ressortit pas au code de la propriété intellectuelle mais existe hors de lui et représente également un danger pour lui : sachant que l'information se trouve protégée au moyen des actions en concurrence déloyale et en parasitisme, plus concrètement, lorsqu'elle a pour origine un effort intellectuel et un investissement et que, dans la balance, prime l'investissement, ce dernier ne pourrait-il permettre de répertorier les cas où l'utilisation par un non-propriétaire de l'image d'une chose cause un « trouble anormal » au propriétaire ? Ne faut-il pas considérer que l'utilisateur de l'image cause un « trouble anormal » au propriétaire dès lors que celui-ci a investi ? Un œil jeté sur le sens militaire du mot investissement : le fait d'avoir investi une place, i.e. un lieu, atteste que la notion pourrait appartenir au vocabulaire de nos choses-milieux et qu'adoptant cette conception des choses nous approchons cette proposition du Professeur F. Siiriainen selon laquelle « le paradigme juridique de la "chose" devient celui de l' "investissement" »[112].

Une précision doit être faite : puisque la chose ne se dissocie pas de son image, l'investissement ne doit pas s'entendre d'un investissement dans l'image mais dans la chose dont l'image n'est qu'une dimension. La différence a son importance car l'utilisation de l'image par un tiers devient susceptible de causer un trouble anormal au propriétaire n'ayant pas investi dans l'image mais, plus largement, dans la chose. Pour autant, le propriétaire ne devrait pas subir un « trouble anormal » dès lors qu'il a placé des fonds dans la chose dont un autre a reproduit l'image : les termes d'investissement et d'habitation rapprochés, le « trouble anormal » devient fonction,

précisément, manque de précision, mais parce qu'il en va du respect de la propriété intellectuelle (cf. « Droit de propriété », « La vérité », in *Rapport annuel Cour de cassation 2004*, p. 284).

[112] F. SIIRIAINEN, « Les "réalités immatérielles" et le Droit », in *Immatériel. Nouveaux concepts*, sous la direction de J. de Bandt et G. Goudet, Economica, 2001, p. 37 ; ID., « L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ? », in *Immatériel...*, *op. cit.*, p. 127-163.

moins des investissements effectués, que de l'investissement ou de l'habitation faite de la chose, i.e. de la manière dont le propriétaire occupe les lieux. Aussi, le trouble anormal dépend-il de l'usage auquel la chose-milieu se trouve affectée et que les personnes, ses habitants, se doivent de respecter. Il est plus exactement le trouble qui contrevient à la réalisation de la destination de la chose, celui qui empêche le propriétaire de l'habiter conformément à sa destination (qu'il contribue le plus souvent à déterminer), soit une atteinte à la propriété, cette faculté, selon nous, d'habiter.

En plus d'expliquer certaines des décisions relatives à « l'image des biens » rendues postérieurement à l'arrêt du 7 mai 2004[113], la définition du « trouble anormal » comme d'un acte empêchant le propriétaire d'habiter la chose conformément à sa destination pourrait aider à surmonter l'objection selon laquelle l'admission de propriétés immatérielles hors des propriétés intellectuelles abattrait ces dernières comme des « châteaux de cartes »[114].

B.2. L'appropriation dite de l'information réalisée sans heurts

Parmi les critiques émises à l'encontre de l'arrêt « Gondrée » et, de manière plus générale, à l'encontre de l'appropriation dite de l'information, on trouve cette idée que le comportement « passif » du propriétaire ne justifie pas le monopole alors consacré sur l'image des choses : comparé au monopole de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, fondé sur la création, celui du propriétaire, reposant sur cette seule qualité, apparaît illégitime[115]. Or, l'arrêt d'Assemblée plénière n'est pas passible du même reproche si le trouble anormal dépend de l'investissement du propriétaire dans la chose, i.e. de la manière dont il l'habite ou en fait usage. Car, alors, c'est son activité qui permet au propriétaire d'exciper d'un trouble anormal. Loin d'avoir « manqué une occasion de mener à bien l'appréhension de l'immatériel par le

[113] Dans l'affaire du chien Fanny, par exemple (CA. Orléans, ch. com., 15 fév. 2007, époux Pridgen c/Lanceau, Synd. nat. des auteurs et diffuseurs d'images et assoc. Union des photographes créateurs), le fait que les propriétaires n'aient jamais auparavant exploité l'image de la bête prouvait qu'elle n'était effectivement pas destinée au mannequinat, partant, que sa photographie par autrui n'avait pu leur causer un trouble anormal.

[114] J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, « De la propriété comme modèle », *op. cit.*, p. 295.

[115] Sur ce point, cf. B. GLEIZE, *op. cit.*, p. 397.

droit des biens »[116], la Cour de cassation aurait donc, le 7 mai 2004, ouvert de nouvelles perspectives à ce sujet.

Couplée à la conception des choses comme des milieux, la décision pourrait découvrir une issue au problème posé par l'admission de propriétés immatérielles hors du code de la propriété intellectuelle : si la manière dont un propriétaire use d'une chose commande en partie sa destination et, partant, détermine les situations dans lesquelles il peut être admis à contester l'usage qu'en ferait un autre, n'est-ce pas que son droit dépend de l'usage fait de la chose, qu'il est à mesure de son habitation ? Si les auteurs opposent souvent la propriété intellectuelle à celle dite des choses corporelles au motif que la première confère, au contraire de la seconde, des prérogatives limitativement énumérées, la propriété fonction de l'habitation, que nous dessinons, échappe à cette alternative : les droits qu'elle offre ne sont ni déterminés, ni indéterminés mais casuels ou contingents. Poussée à l'extrême, l'idée d'une chose-milieu signifierait la propriété de droits adaptés à chacune des choses considérées, si bien que l'extension de la propriété à l'immatériel hors des propriétés intellectuelles ne signifierait pas la généralisation du principe d'appropriation[117] mais bien plutôt sa démultiplication. Dans ces conditions, l'admission de propriétés immatérielles hors des conditions prévues par le code de la propriété intellectuelle ne devrait plus être redoutée : la propriété intellectuelle signifiant l'attribution de droits précisément déterminés, elle aurait toujours l'avantage, par rapport à la propriété-faculté d'habiter, d'attribuer des droits définitivement arrêtés, une fois pour toutes décidés, mais elle aurait aussi l'inconvénient de manquer de souplesse, de ne pouvoir comme l'autre s'adapter aux besoins, par exemple, des entreprises. En définitive, chacune des propriétés recèlerait un intérêt propre.

La même conclusion pourrait être tirée au niveau du temps de protection accordé au propriétaire : si les droits dans les choses-milieux dépendent de l'habitation qui en est faite, n'est-ce pas que doit varier leur étendue mais leur durée aussi ? Par exemple, si les droits d'une entreprise relatifs à une information sont fonction de l'usage qu'elle en fait, n'est-ce pas qu'ils doivent durer le temps de cet usage ? Ainsi, la propriété-faculté d'habiter ne serait pas perpétuelle comme celle propre aux choses corporelles, ni temporaire comme celle relative aux choses des conceptions intellectuelles mais

[116] B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN, in *D.* 2006, n° 34, p. 2366.

[117] F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 357 § 218 b).

"actuelle". Parce qu'ils dureraient le temps que leurs propriétaires investiraient ou habiteraient les choses, les droits-places ne porteraient pas « ombrage » aux droits privatifs déjà existants, ni risqueraient de « figer la vie économique »[118]. Un nouveau fondement serait alors apporté à la propriété : outre l'occupation, généralement invoquée pour justifier la propriété relative aux choses matérielles, et le travail, légitimant la propriété propre aux choses des conceptions intellectuelles, il y aurait l'habitation. Nous verrions, à côté de la propriété succédant à une prise de possession pour durer éternellement et de celle qui naît avec la réalisation d'un travail et ne vaut que pour un temps, une propriété advenant avec l'habitation puis perdurant avec elle, soit une propriété suspendue à l'actualité de sa légitimité. À la question de savoir si l'ouverture de la propriété aux « réalités immatérielles » mérite une « révolution » juridique[119], nous répondrions dès lors négativement. Car entre l'occupation, le travail et l'habitation, une continuité existe : l'occupation peut être regardée comme un travail de création[120] et l'occupation continuée dans le temps comme une habitation. L'habitation n'est d'ailleurs pas sans rappeler certains mécanismes juridiques : la prescription acquisitive[121] n'indique-t-elle pas la supériorité de l'habitation, même sans titre, de la chose sur un droit, une place désertée ? Quant à la déchéance en Droit des marques[122], ne montre-t-elle pas que les droits peuvent s'éteindre lorsque leurs propriétaires n'habitent plus les choses ?

Mais revenons aux droits ou biens informationnels : la conception des choses comme des milieux pourrait encore apporter à la compréhension de leur appropriation.

[118] P. LE TOURNEAU, « Retour sur le parasitisme », in *D.* 2000. p. 403.

[119] F. SIIRIAINEN, « Les "réalités immatérielles" et le Droit », *op. cit.*, p. 37.

[120] En témoignent les premiers débats relatifs à la propriété littéraire dont « la conception lockienne de la propriété liée au travail de l'auteur, et sa relation avec le concept d'occupation » constituèrent le socle théorique. Sur ce point cf. F. RIDEAU, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande Bretagne. Une convergence oubliée,* thèse de doctorat en histoire du droit, Université de Poitiers, 2000, p. 160-161.

[121] Cf. l'art. 2258 du code civil français.

[122] Cf. l'art. L. 714-5 al. 1 du code de la propriété intellectuelle français.

B.3. L'évolution contemporaine des infractions aux biens accompagnée

Pour justifier du caractère appropriable des informations, les auteurs invoquent leur protection par le biais des actions en concurrence déloyale et en parasitisme, mais aussi la jurisprudence relative au « vol d'information »[123] : puisque seules les choses appropriées peuvent être volées, si les choses des informations peuvent être volées, c'est, dit-on, qu'elles sont susceptibles d'appropriation. Or, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions dans lesquelles elle semble admettre le vol d'information. Si ces arrêts font l'objet d'interprétations divergentes, la conception des choses comme des milieux devrait en faciliter la réception : dans cette perspective, l'expression « vol d'information » apparaît inexacte, non que son support puisse être seul approprié, mais que l'information soit une chose et qu'elle ne puisse être, en tant que telle, appropriée. Les droits ou biens informationnels étant seuls susceptibles d'appropriation, ils seraient, dans cette vision, seuls susceptibles d'être volés. Et puisque les droits ou biens constituent des places dans les choses conçues comme des milieux, voler un droit ou bien revient, de ce point de vue, à voler la place d'une personne. Voler ou piquer la place de quelqu'un signifiant, dans le langage courant, la lui prendre, i.e. s'y installer, l'infraction du vol n'indiquerait plus, à strictement parler, la « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »[124], mais l'occupation frauduleuse de la place d'autrui. Réinterprété dans les termes des choses-milieux, le « vol d'information » ne poserait aucune difficulté particulière. Il serait aussi aisément concevable que celui de toute autre chose : voler une information ou n'importe quelle autre chose serait prendre la position privilégiée du propriétaire en elle. Soustraire, prendre, ne signifierait plus enlever ou retirer mais venir occuper.

La liste des règles juridiques susceptibles d'être expliquées une fois les choses conçues comme des milieux pourrait être allongée[125],

[123] Cf. Cass. crim. 4 mars 2008, in *JCP G*, 2009, n° 27, 2 juillet 2009, 1674, p. 24, chron. M. Vivant, N. Mallet-Poujol, J-M. Bruguière ; *D.* 2009, p. 2213. Cf. également Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93038 ; Cass. crim., 12 janv. 1989, n° de pourvoi : 87-82265 ; Cass. crim. 4 mars 2008, *D.* 2008, p. 2213.

[124] Cf. l'art. 311-1 du code pénal français.

[125] Le vol ne désignant plus l'enlèvement physique d'une chose mais l'usage d'une chose depuis la place du propriétaire, la sanction, devenue aujourd'hui systématique, du « vol d'usage » ne surprendrait plus. Serait, en outre, explicité le rapprochement

mais, découlant en partie de la lecture d'un arrêt fortement contesté, celui rendu par l'Assemblée plénière le 7 mai 2004, les bases de notre démonstration paraîtront fragiles à ceux qui soutiennent que la question dite de « l'image des biens » n'a pas été bien posée.

B.4. La théorie de l'abus de droit revisitée

D'après F. Zenati-Castaing, le procédé susceptible de « cantonner efficacement » l'exercice par le propriétaire du droit de reproduction (de l'image) « tout en étant techniquement satisfaisant est celui du consentement » : à supposer que le propriétaire ne consente pas à cette reproduction, l'intéressé pourrait « faire valoir sa liberté en justice en démontrant l'abus que constitue le refus d'autorisation qui lui est opposé »[126]. Dans la mesure, toutefois, où la jurisprudence retient, à l'heure actuelle, un critère lâche de l'abus qui s'entend aussi bien de l'intention de nuire que de l'absence d'intérêt sérieux et légitime, et où la reproduction de l'image-source n'enlève, a priori, rien au propriétaire (pas davantage « l'image-source » que la faculté de la reproduire), on ne voit pas comment il n'accomplirait pas, en principe, « un acte sans utilité pour lui-même et dommageable pour autrui »[127] en l'interdisant, et ne commettrait donc pas un abus de droit. C'est dire que la présomption selon laquelle le propriétaire n'abuse pas de son droit peut être renversée et que le recours à la théorie de l'abus de droit ne présenterait, en la matière, guère d'intérêt[128].

Inefficiente pour traiter de « l'image des biens », la théorie de l'abus de droit pourrait néanmoins donner du sens à la proposition

actuel du vol et de l'abus de confiance : interprété dans les termes des choses-milieux, l'abus de confiance signifierait l'occupation frauduleuse d'une place dans la chose autre que celle confiée par le contrat et se différencierait du vol par le seul fait que l'auteur de cette dernière infraction userait de la chose sans aucun titre ou droit. Occupation frauduleuse de la place d'autrui, le vol évoquerait encore la nouvelle infraction prévue à l'article 323-1 du code pénal, sanctionnant l'accès ou le maintien dans un système informatique.

[126] F. Zenati-Castaing, in *RTD Civ.*, 1999, p. 859, notamment p. 863-865.

[127] L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 2e éd., 1939, p. 394-396, p. 398-400, p. 410.

[128] La charge de la preuve constitue, en effet, « le seul enjeu de l'alternative » entre la propriété et la responsabilité civile comme fondements de la protection du propriétaire, explique F. Zenati-Castaing (« Du droit de reproduire les biens », in *D.* 2004, n° 14, p. 962 et s).

selon laquelle la communauté demeure dans les choses au-delà des seules choses immatérielles, ou matérielles mais prises dans leurs dimensions immatérielles, i.e. jusqu'aux choses matérielles en tant que telles : quoique F. Zenati-Castaing renvoie à Josserand après avoir affirmé que le propriétaire « est seul avec sa chose »[129], Josserand, lui, ne partage pas cette opinion. Selon lui, les droits que le législateur réglemente « ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide ; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui (...) »[130]. Ainsi, l'assertion selon laquelle la communauté des personnes demeure dans les choses concorde avec les présupposés de l'abus de droit ; l'éventualité d'un abus commis par le propriétaire rend visible la présence de la communauté dans les choses même corporelles.

Dans la perspective des choses-milieux, l'abus de droit prend, il est vrai, une signification particulière – le propriétaire qui abuse de son droit (approprié) abuse de sa position privilégiée dans la chose –, mais également un intérêt nouveau : à supposer que le principe de libre utilisation des choses, loin d'innerver le code de la propriété intellectuelle, soit (ainsi que l'affirment plusieurs) en passe de disparaître, la conception des choses comme des milieux pourrait se révéler utile. Associée à la théorie de l'abus de droit, elle pourrait limiter l'exclusion de l'usage des choses par l'argent et répondre à l'exigence, chère à J. Rifkin, d'accès libre et gratuit à l'usage des choses[131]. « Garde fou »[132], elle éviterait peut-être qu'une « définition financière »[133] de la propriété ne remplace entièrement l'ancienne et constitue définitivement un système de « péages », une « sorte de domaine public payant » au profit des propriétaires[134]. Expliquons-nous : doté d'un droit, d'une place dans une chose-milieu, le propriétaire ne saurait exclure les tiers de la chose mais seulement de son droit, sa place dans la chose, pourvu qu'il n'abuse pas de sa position privilégiée. La présence de tous dans les choses mise en

[129] F. ZENATI-CASTAING, in *RTD Civ.*, 1999, p. 859.

[130] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité..., op. cit.*, p. 3-6, p. 9, p. 15.

[131] J. RIFKIN, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme,* Paris, La Découverte/Poche, réédition, 2005, p. 306-310.

[132] F. ZENATI-CASTAING, in *RTD Civ.*, 1999, p. 862.

[133] M-A. FRISON ROCHE, « Le droit d'accès à l'information... », *op. cit.*, p.761-765.

[134] B. EDELMAN, « L' "image" d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public », in *D.* n° 9, 1er mars 2001, cahier droit des affaires, p. 770, *cf.* notamment p. 771.

évidence par l'éventualité d'un abus, la question ne saurait être celle d'un droit d'accès aux choses mais uniquement à un droit, une place dans celle d'un propriétaire. Or, il apparaît difficile dans ces conditions d'exclure entièrement les non-propriétaires de l'usage des choses : il faudrait que n'importe quel usage porte atteinte au droit du propriétaire, que celui-ci ait toujours, quel que soit l'usage envisagé, un intérêt sérieux et légitime à le refuser, bref qu'il ne puisse jamais abuser de sa position privilégiée.

« La communauté dans les entrailles des choses », la proposition pourrait, on le voit, aider à la résolution de problèmes juridiques contemporains. Elle pourrait encore influer sur la vision que nous avons du propriétaire.

C. L'habitant plutôt que le propriétaire jaloux

Rompre avec la conception du propriétaire comme d'une personne seule avec « sa » chose, comme y invite la théorie de l'abus de droit, n'est pas sans conséquence : cela signifie que le propriétaire ne peut adopter, par égards pour les autres personnes, n'importe quel comportement avec « sa » chose et se présenter comme son « maître et seigneur », ayant sur elle une « omnipotence absolue, un despotisme entier »[135]. Les choses étant conçues comme des milieux habités par la communauté des personnes, le caractère absolu de la propriété, au sens non de l'exclusivité ou opposabilité à tous mais d'un pouvoir despotique, se voit également contesté[136]. Surtout, les choses-milieux présentent une vision alternative du propriétaire : celle de l'habitant d'un milieu ou écoumène.

Non plus maître en sa demeure mais habitant de sa demeure, le changement évoque celui du rapport de l'homme à la nature, ce dernier n'étant plus appelé à se rendre « maître et possesseur de la nature » mais à respecter la Terre, notre écoumène ou milieu. Or le

[135] V-N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* Paris, Cotillon, 5e éd., 1859, t. 2, n° 405.

[136] Il ne faudrait toutefois pas croire qu'il existe une adéquation parfaite entre la théorie de l'abus de droit et les choses-milieux. Dans cette dernière perspective, le refus de concevoir le propriétaire tel un souverain est, pour ainsi dire, premier, et donc antérieur : ce n'est pas parce que le propriétaire doit respecter les autres personnes avec lesquelles il se trouve face à la chose, un objet, qu'il ne peut agir de manière discrétionnaire, mais parce que les choses, des milieux ou écoumènes, ne représentent pas simplement des moyens pour une fin et sont, en elles-mêmes, dignes de respect.

« milieu » est précisément la notion à partir de laquelle F. Ost espère pouvoir surmonter la « distinction canonique du sujet et de l'objet » à laquelle il relie la crise écologique actuelle[137]. Dans la mesure où le professeur recherche la qualification juridique « la moins "appropriative" possible » de la nature, le projet d'une nature-milieu semble, à première vue, bien éloigné de nos choses-milieux, des choses saisies par la propriété. Mais l'on a vu que la propriété signifiait alors une faculté d'habiter, susceptible de se traduire, ou bien par un droit de propriété, ou bien par une simple liberté, de sorte que les choses sans maître, abandonnées et communes n'en sont pas moins des choses. F. Ost n'écarte d'ailleurs pas la qualification de « choses communes », laquelle pourrait mener à des « résultats (...) très voisins » du concept privilégié de « patrimoine commun »[138]. En effet, l'usage des choses visées à l'article 714 des codes civils français et belge ne saurait s'exercer « dans des conditions anarchiques » comme celui des « biens communs » de G. Hardin. La disposition légale pourrait même conduire à l'édiction d'un devoir d'en user selon leur destination[139].

La proposition importe : s'il s'avérait que la raréfaction des ressources naturelles conduit à la reconnaissance de « choses communes » plutôt qu'à celle de nouveaux droits de propriété, un démenti serait apporté à ce présupposé de la pensée économique libérale selon laquelle la rareté appelle la propriété[140]. Parce que cette idée se trouve également remise en cause dans le domaine de la propriété intellectuelle (la rareté, qui signifie alors un monopole, constitue une réponse au problème de concurrence entre les usages que différentes personnes aimeraient faire d'une chose dans laquelle

[137] F. OST, « Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu », in F. Ost et S. Gutwirth (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, actes du colloque organisé par le CEDRE (Centre d'études du droit de l'environnement – F.U.S.L.) et le CIRT (Centrum Interactie Recht en Technologie - V.U.B.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 10-12, p. 19.

[138] F. OST, « Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme-nature », in F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), in *Images et usages de la nature en droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, p. 61.

[139] M.A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 336.

[140] M. SAHLINS, *Âge de pierre, âge d'abondance, l'économie des sociétés primitives*, traduit de l'anglais par T. Jolas, préface de P. Clastres, Paris, Gallimard, 1976, p. 40.

celles-ci pourraient, pourtant, infiniment puiser[141]) et n'apparaît pas moins douteuse en ce qui concerne les choses matérielles (l'abondance étant devenue, au moins en principe, concevable pour la « petite partie de la population mondiale » dont nous faisons partie[142]), la question se pose de savoir si la rareté ne serait pas davantage une résultante de la propriété que sa condition d'émergence. L'importance, la fréquence et la relative pérennité des situations dans lesquelles plusieurs personnes se retrouvent au même titre propriétaires, i.e. copropriétaires[143], invitent même à se demander si la rareté doit être, davantage que l'abondance, rattachée à la propriété, et s'il ne faut pas abandonner cette idée que l'exclusivité de la propriété signifie, outre l'opposabilité à tous, l'unicité du droit (subjectif) relativement à une chose.

La théorie renouvelée de la propriété représente, certes, une avancée en ce sens : la propriété étant une faculté attachée à la personne, non incorporée dans la chose, la multiplicité des droits de propriété n'emporte pas dislocation de la chose concernée. Dans la mesure, toutefois, où la propriété se dissocie plus nettement encore des choses lorsqu'on les conçoit comme des milieux (car, alors, la propriété n'absorbe pas les choses, n'ayant jamais que des droits pour objet), la copropriété se conçoit tout aussi bien, sinon mieux, dans cette nouvelle perspective : la multitude de propriétaires, i.e. d'habitants avec titre de la chose, ne devrait pas briser l'unité de cette dernière dont ils se distinguent comme de leur milieu ou habitat. En outre, F. Zenati-Castaing n'apporte pas une justification pleine et entière de la copropriété : « l'impossibilité pour chaque indivisaire d'exercer son pouvoir d'exclusivité » vis-à-vis des autres indivisaires demeure « profondément » anormale à ses yeux[144]. Il suffit, pourtant, de poser que « tous » signifie « tous les non-propriétaires » pour que la propriété plurale puisse être dite absolument opposable à tous, puis que la propriété et l'indivision n'entrent pas en contradiction. Sans doute une propriété qui ne serait pas opposable, ne serait-ce qu'à une

[141] *Contra* E. MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, présenté par E. MACKAAY, Actes du colloque tenu à la faculté de droit de l'université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989, Paris, Litec, 1991, p. 220, p. 234-235, p. 245.

[142] J. RIFKIN, *L'âge de l'accès...*, *op. cit.*, p. 307-308.

[143] Cf. sur ce point R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, §. 15-21.

[144] F. ZENATI-CASTAING, *Essai...*, *op. cit.*, p. 562-563, p. 573-574, § 414-415.

seule personne, perdrait-elle beaucoup, sinon la totalité de son intérêt. Mais ce n'est pas parce qu'un propriétaire n'a pas le pouvoir d'exclure les autres propriétaires qu'il n'a aucun pouvoir sur eux et ne peut rien leur opposer : à l'égard des co-propriétaires, explique M. Xifaras, commentant un texte de Proudhon, la propriété n'offre pas un pouvoir d'exclure mais le pouvoir, inverse, de ne pas être exclu ; elle est « moins un droit d'exclure qu'un droit à être inclus, une espèce de titre d'accès à une communauté particulière (...) »[145]. Parce que la communauté des personnes demeure dans les choses-milieux, la situation ne se présente pas, alors, exactement de la même façon : nous dirons que toutes les personnes peuvent revendiquer l'accès aux choses mais que seules les personnes-propriétaires de biens en elles peuvent revendiquer l'accès aux biens, que si une personne-propriétaire peut exclure les non-propriétaires, elle ne peut exclure que ces derniers, non les autres propriétaires, et seulement de son bien, jamais de la chose.

Ajoutons que, dans cette nouvelle optique, la copropriété n'apparaît pas comme une situation a priori problématique : parce que l'on se représente habituellement les choses comme des corps dont l'usage commun induit nécessairement le retrait d'une partie des utilités pour les autres, la copropriété véhicule l'image, jugée improbable, de personnes usant d'une même chose sans se battre, ni renoncer à agir complètement[146]. Or, si on conçoit les choses comme des milieux, on ne serait guère étonné d'apprendre que leurs habitants usent ensemble, à un même titre, des ressources offertes par leur milieu : dans l'usage qu'elles en font, les différentes espèces d'un même écosystème peuvent se rendre mutuellement service. Parce que la propriété, faculté d'habiter, s'entend de celle d'un bien compris telle une place dans la chose, le partage du bien entre plusieurs propriétaires ne signifie pas davantage la division de la chose que celle du bien : l'on ne partage pas sa place avec quelqu'un ainsi que l'on partage, par exemple, un gâteau, i.e. en le découpant. Bien sûr, des conflits peuvent naître à l'occasion du partage d'une place, mais, la chose indivisée étant regardée comme un milieu, il pourrait être fait obligation aux indivisaires, ses habitants, de l'habiter ou d'en user dans le respect de sa destination. Telle est précisément la règle

[145] M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit,* Paris, PUF, 2004, p. 142-143.

[146] Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, « La définition de la notion juridique de la propriété », *op. cit.*, p. 470-471, § 52-53.

énoncée à l'article 815-9 du code civil français : « Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination (...) », et que l'on retrouve dans le Droit de la copropriété des immeubles bâtis : la destination générale de l'immeuble s'impose à la volonté des propriétaires dans l'usage des parties communes mais aussi privatives[147].

Le fait mérite attention : dans la mesure où cette destination de l'immeuble résulte, au moins en partie, des destinations des parties communes et privatives, l'usage de ces dernières parties se trouve limité, via la destination de l'immeuble, par la destination des premières et réciproquement. La position des partisans de la théorie renouvelée de la propriété apparaît dès lors difficile à tenir : les parties de l'immeuble étant toutes tributaires les unes des autres, interdépendantes, l'indivision perpétuelle se révèle aussi essentielle, dans cette configuration, que la propriété privative[148]. Elle n'en constitue pas l'accessoire. Surtout, un lien d'inhérence se découvre entre les notions de milieu et de rhizome : parce que les parties privatives et communes de l'immeuble en copropriété dépendent les unes des autres quant à l'usage auquel elles peuvent être affectées, l'on pourrait se les représenter comme des formes imbriquées les unes dans les autres et, pourquoi pas, telles des bulles ou « cellules en relations permanentes et où chacune est à la fois le contenu et le contenant de toutes les autres », i.e. telle une écume. P. Sloterdjik regarde, en effet, l'écume comme une image particulièrement adoptée à la configuration « d'immeubles d'appartements et de lotissements » car « capable d'appréhender la coexistence coïnsistante et l'isolement lié d'unités sphériques habitables » et considère le mur mitoyen comme illustrant le premier stade de l'écume. Or, ce concept d'écume n'a pas seulement partie liée avec une « approche milieuale » (laquelle compte au nombre des trois critères opérationnels du vingtième siècle selon l'auteur !), il renvoie directement à la notion de rhizome : d'après lui, « les écumes sont des rhizomes composés d'espaces intérieurs (...) »[149]. Aussi, les choses-milieux pourraient, en plus de faire carte ou rhizome entre elles, former des rhizomes au sens de

[147] Cf. « La destination de l'immeuble en copropriété », supplément à la *Revue de droit immobilier,* 1995, p.407 et s.

[148] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.,* 2008, p. 278, § 208, p. 259-260, § 247.

[149] P. SLOTERDIJK, *Écumes, sphères III,* 2003, traduit par O. Mannoni, Paris, Hachette Littératures, 2006, p. 9-12, p. 49-55, p. 91-96, p. 225-226, p. 536.

tissus formés d'entités alliées, interconnectées entre elles plutôt que hiérarchiquement, linéairement agencées.

L'étude de la chose vendue confirme cette hypothèse : la figure du réseau ou rhizome et, en particulier, celle de l'écume, permet d'articuler les obligations du vendeur, relatives à la chose, autrement qu'en suivant le schéma classique de l'arbre généalogique, lequel ne rend qu'imparfaitement compte du droit positif.

4. Expérimenter les choses-milieux : le cas de la chose vendue

La chose vendue se présente traditionnellement de manière chronologique, linéaire et dichotomique : elle est d'abord la chose visée à l'article 1110, laquelle se divise entre la chose à propos de laquelle on s'est trompé et celle au sujet de laquelle on ne s'est pas trompé. À supposer la vente valablement formée, la chose (sur laquelle on ne s'est pas trompé) se départage, ensuite, entre la chose mal délivrée et la chose correctement délivrée. À supposer le contrat bien exécuté, la chose (conformément délivrée) se subdivise, enfin, selon qu'elle se révèle ou non viciée. La chose visée à l'article 1641 succède à celle de 1604, laquelle continue celle de 1110. Extrêmement simple, l'image d'un arbre à six branches ne correspond malheureusement pas à l'état du Droit positif : la chose sur laquelle on s'est trompé n'est pas seulement celle de 1110, ni la chose non conformément délivrée uniquement celle de 1604. Seule l'identité entre la chose viciée et visée à l'article 1641 ne peut être contestée. Aussi la critique du modèle arborescent entreprise par Deleuze et Guattari mais aussi, dans le domaine juridique, par F. Ost et M. van de Kerchove[150] pourrait-elle se vérifier, en particulier, sur l'un des terrains du droit privé : parce qu'elle repose sur des « binarités » simples, la figure de l'arbre donne, certes, « la réponse la plus claire, la plus facile » à la question de savoir « ce qui fait tenir ensemble »[151] les différents aspects, pour nous, de la chose vendue. Néanmoins, elle se révèle insuffisante à l'examen, i.e. lorsque l'on découvre la complexité de la jurisprudence en la matière.

Partant de l'hypothèse selon laquelle la substance de la chose visée à l'article 1110 du code civil n'est autre que sa destination – laquelle nous semble se vérifier quand bien même l'erreur ne porterait

[150] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau..., op .cit.*

[151] G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Mille plateaux..., op. cit.*, p. 403-405.

pas expressément sur l'aptitude d'une chose à sa destination, en particulier lorsqu'on s'efforce de distinguer l'erreur sur la substance des erreurs sur la valeur et sur les simples motifs, inopérantes, ou lorsque l'on s'intéresse aux arrêts relatifs à la cession de parts sociales ou aux œuvres d'art (dont l'authenticité, une qualité substantielle, conditionne la réalisation de leur destination d'œuvres d'art) –, il devient possible de présenter la chose viciée, sur la base d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 14 décembre 2004[152], comme celle-là même de l'article 1110, la chose inapte à sa destination, mais atteinte d'une défectuosité intrinsèque à elle et l'empêchant de bien fonctionner. Au regard de la chose non conformément délivrée, la chose viciée pourrait aussi avoir cette particularité d'être impropre à sa destination en raison d'une anomalie interne à elle et entraînant son dysfonctionnement. Dans cette vision, le défaut de conformité indiquerait la différence existant au jour ou non de la conclusion du contrat entre la chose livrée et la chose implicitement ou expressément convenue entre les parties, non pas seulement voulue par l'acheteur, à la condition qu'un vice caché ne soit pas caractérisé si la chose se révèle inapte à sa substance ou destination. L'erreur-vice du consentement désignerait, quant à elle, la différence, existant au jour de la formation du contrat, entre la chose mise en vente et la substance ou destination de la chose voulue par l'acheteur, qu'elle corresponde ou non aux qualités implicitement ou expressément convenues entre les parties, mais à la condition qu'un vice caché ne soit pas caractérisé si la chose se trouve livrée. Aussi pourrions-nous affirmer, sans craindre la contradiction, que le défaut de conformité signifie toujours une discordance entre la choses livrée et la chose convenue entre les parties et qu'il correspond parfois à une erreur-vice du consentement, une situation dans laquelle les juges paraissent consentir une option à l'acheteur.

Si nous décidions de symboliser par deux formes distinctes ces deux derniers points de vue sur la chose (mal) vendue, disons, pour simplifier, ces deux choses – celle sur laquelle on s'est trompé et celle incorrectement délivrée –, alors il faudrait les imaginer partiellement imbriquées, enchevêtrées ou contenues l'une dans l'autre afin de pouvoir représenter les cas où l'erreur-vice du consentement et le défaut de conformité sont ensemble caractérisés. Mettons que l'on hachure horizontalement la forme correspondant à la chose sur

[152] Cass. civ., 1re civ., 14 décembre 2004, n° 01-03.523, publication : bulletin 2004, I, n° 326, p. 271.

laquelle l'acheteur s'est trompé, verticalement celle de la chose non conformément délivrée, la partie commune aux deux formes, alors doublement hachurée, signifierait, pour l'acheteur, la possibilité d'agir sur le fondement de l'erreur sur la substance et/ou pour manquement à l'obligation de délivrance conforme. Une troisième forme, celle de la chose viciée, devrait être dessinée : elle recouvrirait l'hypothèse où la chose mise en vente et livrée diffère au jour de la vente de la substance de la chose voulue par l'acheteur et que cette différence provient d'un dysfonctionnement intrinsèque à la chose. Parce qu'un vice caché ne peut être caractérisé si les conditions relatives à l'erreur-vice du consentement ne sont pas remplies, en plus des siennes propres, cette troisième forme se trouverait entièrement comprise dans la première, celle de la chose sur laquelle on s'est trompé. Puisque la chose livrée peut différer, lors de la conclusion du contrat, de la substance de la chose voulue par l'acheteur et convenue entre les parties à raison d'une dysfonction interne à elle, il arrive que la chose sur laquelle l'acheteur s'est trompé soit viciée en même temps que mal délivrée. Aussi faudrait-il se figurer la forme de la chose viciée incluse, pour partie, dans le volume commun aux deux premières, pour partie, dans le volume uniquement réservé à la première. Précisons que la troisième forme ne saurait s'inscrire en totalité dans la deuxième. Car la chose livrée peut différer, lors de la vente, de la substance de la chose voulue par l'acheteur mais non convenue entre les parties. À supposer que cette discordance provienne d'un dysfonctionnement interne à la chose livrée, le vice caché serait alors caractérisé, mais non le défaut de conformité. Dans la mesure où l'acheteur ne peut qu'agir sur le fondement de l'article 1641 lorsque ses conditions d'application sont remplies, nous devrions rectifier le schéma de départ et effacer les hachures à l'endroit qu'occupe la troisième forme, soit les traits horizontaux sur la part prise à la première, ainsi que les traits horizontaux et verticaux sur la part prise, dans leur domaine commun, aux deux premières. Les raies remplacées par des points, cette dernière indiquerait, pour l'acheteur, la seule possibilité d'agir en garantie des vices.

Rien n'empêcherait, alors, de donner à nos formes celles de sphères ou bulles. En partie ou en totalité contenues les unes dans les autres, nos trois sphères seraient chacune en contact avec les deux autres et découvriraient cinq espaces distincts. Nous aurions dessiné une écume au sein de laquelle de nouvelles bulles seraient prêtes d'éclore : celle de la chose dont le vendeur doit garantir la conformité, celle dont il doit tenir l'acheteur informé, lesquelles font toujours part,

dans une certaine mesure, à la notion de destination, navette de ce nouveau rhizome.

La chose vendue ainsi redessinée, une réponse pourrait être apportée à cette objection que les choses-milieux, dont la destination doit être respectée, intéressent les seules choses dites grevées de droits ou indivisées. Parce que le pouvoir de disposer constitue, aux yeux de F. Zenati-Castaing et Th. Revet, le véritable critère de la propriété[153], l'étude de la chose vendue présente un intérêt évident : si la vente n'englobe pas tous les modes d'aliénation de la chose, elle n'en reste pas moins un cas exemplaire à raison de sa fréquence et de son influence sur d'autres conventions. Si l'aliénation et, donc, a fortiori, la vente, ne recoupe pas davantage toutes les manières d'en disposer, il n'en reste pas moins que la vente traduit exclusivement un acte de disposition, i.e. l'acte du propriétaire en tant que tel[154]. Or, il semblerait que, même dans l'hypothèse décisive de la vente, la destination contraigne le vendeur comme l'acheteur, i.e. tant l'ancien que le nouveau propriétaire. En effet, l'acheteur doit respecter la destination de la chose dite achetée s'il souhaite pouvoir faire jouer, le cas échéant, la garantie des vices cachés. Car celle-ci ne couvre pas le cas où l'inaptitude de la chose à réaliser sa destination se trouve liée à une utilisation anormale de la chose[155]. De son côté, le vendeur doit délivrer une chose apte à réaliser sa destination, garantir cette aptitude, et, lors de l'exécution de son éventuelle obligation de conservation, respecter cette destination, au moins permettre sa réalisation. Aussi la destination limite-t-elle les droits et obligations que le vendeur et l'acheteur ont l'un vis-à-vis de l'autre par rapport à la chose dont la propriété est dite transférée ; la notion permet de régler les rapports entre ses habitants, notamment entre les anciens et les nouveaux occupants d'une place privilégiée en elle.

Ainsi abordons-nous ce qui représente l'intérêt principal de la vente : le « transfert de propriété », et en proposons-nous une nouvelle conception. Une faculté d'habiter, la propriété ne saurait se détacher de la personne et le droit de propriété constituer l'objet du transfert

---

[153] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 126, p. 131.

[154] Au contraire, la constitution d'un droit réel illustre aussi bien une limite possible à l'absoluité des prérogatives du propriétaire que l'acte du propriétaire en tant que tel.

[155] Cf. par exemple Cass. com., 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-16289 ; Civ. 1re, 19 novembre 1996, pourvoi n° 95-13420 ; Civ. 1e, 22 février 2000, pourvoi n° 97-21579.

comme dans la doctrine classique de la propriété. Milieu, la chose ne saurait non plus se déplacer et former l'objet du transfert comme dans la théorie renouvelée de la propriété[156]. Comment, en effet, les habitants d'un milieu transporteraient-ils ledit milieu ? À l'évidence, ce ne sont ni les droits, ni les choses qui se transportent si l'on conçoit les choses comme des milieux mais les personnes du vendeur et de l'acheteur. Encore faut-il préciser que le vendeur ne sortirait pas de la chose mais rejoindrait la communauté des autres personnes résidant dans la chose. Réciproquement, l'acheteur n'entrerait pas dans la chose mais acquerrait une position privilégiée en elle bien qu'il y habitât déjà ; il sortirait de la communauté des non-propriétaires pour entrer dans la place libérée par le vendeur. Le transfert de propriété signifierait l'entrée et la sortie simultanées de l'acheteur et du vendeur respectivement dans et hors une place dans la chose. La proposition n'est pas entièrement nouvelle : – l'on trouve chez Michas cette idée que la transmission d'un droit signifie « simplement un changement de sujet passif en sujet actif et vice versa »[157]. Avec le transfert, l'aliénateur et l'acquéreur intervertiraient leurs positions dans la chose : de sujet actif, l'aliénateur deviendrait un sujet passif, obligé de respecter, avec la communauté ou universalité des autres personnes que les propriétaires, l'acquéreur du droit, ancien sujet passif et devenu actif. Ainsi, l'obligation passive universelle désignerait l'obligation faite à la communauté des non-propriétaires de droits de respecter, dans l'usage éventuellement fait de la chose, la position desdits propriétaires de places contenues ou non dans celle d'un autre[158].

Par ailleurs, le transfert de propriété permet d'établir le lien entre les notions de propriété et d'habitation. En effet, si le transfert de propriété désigne essentiellement la succession à une qualité, à un titre et « constitue une investiture totale de la personne », ainsi que l'écrit

[156] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 297-298, § 186-187 ; F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété, op. cit.*, p. 356, p. 359.

[157] H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris, A. Pedone, 1900, p. 180, p. 205.

[158] Quoiqu'il analyse le transfert de propriété comme un transfert de la chose, VAREILLES-SOMMIÈRES tend également à le considérer tel un transfert de personnes (« La définition de la notion juridique de la propriété », *op. cit.*, p. 452-453, p. 459, p. 483, p. 490-491).

Carbonnier, repris par F. Zenati-Castaing et T. Revet[159], alors l'acquéreur apparaît investi ou habilité à... habiter ou user de la chose libérée : formé de *in* et de *vestire*, *investire*, d'où vient le verbe investir, renvoie à « vêtir, habiller ». Il est un dérivé de *vestis* qui signifie « vêtement », si bien que l'investiture de la personne peut être considérée tel un habillement, un habillement qui devrait lui permettre d'habiter la chose libérée : parce que l'habit a d'abord désigné un vêtement religieux, il caractérise originellement une « activité», parce que les mots habit et habiter sont étymologiquement liés[160] et qu'habiter peut être regardé comme la matrice de toute autre activité[161], cette « activité » pourrait être celle d'habiter. « Investie » d'un droit ou d'une fonction, la personne se verrait « habilitée » à user de son droit, « installée » dans sa fonction... autrement dit, autorisée à habiter la chose depuis une position privilégiée. Dans cette optique, la personne juridique ne signifierait plus celle qui porte le masque mais l'habit.

Le transfert de propriété opérant *solo consensu* au titre de l'article 1583 du code civil, la référence à l'investiture peut surprendre. Ce n'est toutefois pas parce qu'il n'est plus besoin de tradition matérielle pour réaliser le transfert de propriété que toute tradition a disparu : non seulement le consentement des parties peut être regardé comme une tradition « civile » ou « intellectuelle »[162], mais les anciennes formes subsistent à travers les obligations mises à la charge du vendeur : si le contrat ne fait plus naître l'obligation d'opérer la « traditio », il crée toujours à la charge de l'aliénateur l'obligation de livraison, laquelle peut être rapprochée de l'obligation de conservation mais aussi de la garantie d'éviction. Ainsi formée d'une kyrielle d'obligations, l'obligation de donner comprend encore, selon certains auteurs, celle de transférer la propriété. C'est d'ailleurs

[159] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, Paris, PUF, 19e éd., 2000, p. 209 ; F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, 2008, p. 297-298, § 187.

[160] *Dictionnaire culturel en langue française*, sous la direction d'Alain Rey, Paris, Le Robert, 2005 ; voir le schéma « habit et habiter : les voies parallèles du maintien (manière d'être) et de l'occupation (être là) » après les mots « habit » et « habiter ».

[161] M. HEIDEGGER, «...l'homme habite en poète... », « Bâtir habiter penser », in *Essais et conférences, op. cit.*, respectivement p. 224 et p. 171.

[162] Cf. notamment J.P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », in *RTD Civ*, 2000, p. 491.

à quoi la réduisent la plupart d'entre eux [163]. Mais si les choses sont conçues comme des milieux, le transfert de propriété pourrait précisément se voir retranché des objets de l'obligation de donner : le transfert plein et entier de propriété résiderait dans le déplacement des personnes du vendeur et de l'acheteur, respectivement hors et dans une place dans la chose, par le seul échange des consentements. Puis le vendeur aurait l'obligation de donner à l'acheteur les moyens d'habiter ou d'user de la chose conformément à sa destination, i.e. de lui fournir des habits ou vêtements lui permettant de l'habiter ou investir concrètement. Conformément à la doctrine nouvelle mais plus sûrement encore, la propriété, un pouvoir, une faculté, ne saurait se confondre avec le droit ou *jus*, une place, un bien : si le consentement à la vente entraîne le transport du vendeur hors de sa place et l'extinction concomitante de son droit dans la place, il n'en conserve pas moins sa faculté, intransmissible, d'habiter. De même, l'échange des consentements ne déplacerait pas l'acheteur dans la place s'il n'était apte à l'habiter ; il ne créerait pas, à son profit, un droit nouveau s'il n'était déjà propriétaire. Son arrivée dans la place lui permet simplement de développer cette faculté.

Quelques objections et réponses conclusives

Des droits appropriés au transfert de propriété, en passant par la propriété intellectuelle, l'abus de droit et la copropriété, les choses-milieux permettent de revisiter moult mécanismes juridiques, si bien que l'on pourrait avoir le sentiment que la boucle est, à ce point, bouclée et le… « système » achevé. « En définitive, nous dira-t-on, les choses-milieux produisent un nouveau dogme propriétaire (b). Elles ne sont d'ailleurs que la réactualisation d'une ancienne conceptualisation de la propriété, à l'œuvre dans la saisine » (a). Mais l'on serait peut-être davantage fondé à nous reprocher d'avoir passé sous silence certaines des choses pour lesquelles nous avions entrepris de les redéfinir : les choses étroitement liées aux personnes (c).

[163] Cf. par exemple CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, § 107 et s., p. 201 et s ; J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 425-439, notamment p. 433 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », in *RTD Civ.*, 1996, p. 85-107 ; P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », in *RTD Civ*, 1988, p. 675.

a) Loin de nier la parenté entre les choses-milieux et celles de la saisine[164], nous voudrions toutefois souligner quelques différences : si les choses-milieux se définissent par leur destination, soit leur affectation à un usage, elles demeurent à strictement parler inappropriées, de sorte que cet usage ne saurait être, comme dans la saisine, « l'objet du droit lui-même ». Au contraire encore de la saisine, la propriété-faculté d'habiter n'intéresse pas les seuls immeubles (plus exactement les seuls héritages), non plus les seules denrées durables et productives de fruits : la substance des choses-milieux n'étant pas leur corps mais leur destination, elles peuvent être consomptibles au premier usage ou périssables. Enfin, la destination des choses-milieux ne renvoyant pas aux seuls usages marchands, vénaux, que l'on pourrait en faire, la propriété-faculté d'habiter n'a pas pour limite la sphère des choses « qui sont inestimables, soit parce que leur valeur est exclusivement morale, soit parce qu'[elles] ne valent rien »[165]. Ainsi, les choses-milieux signifient moins la « résurgence de la conception réservataire de la propriété »[166] que sa transformation en une réservation qui ne serait pas nécessairement de valeurs, mais plus largement de places dans les choses, i.e. de biens, qu'ils soient patrimoniaux ou non. Peut-être l'écart s'explique-t-il, en partie, par ceci que les choses-milieux prennent aussi leur source, mais de manière moins informée, dans le courant contemporain de l'individualisme dépossessif et, plus exactement, dans cette idée que les choses tiennent le « propriétaire à distance » et ne sont jamais appropriées. Encore faut-il préciser que ce ne sont pas les facultés d'action, mais les droits, qui constituent, selon nous, les objets de propriété, celle-ci étant précisément une faculté[167].

b) Sans doute, donnons-nous l'impression de découvrir une nouvelle essence des choses dès lors que nous les définissons par leur destination, identifiée à leur substance. Il faut toutefois les regarder à bonne distance pour ne pas s'apercevoir que la destination de la chose

[164] A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989.

[165] M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 451-456, p. 459-461, p. 482.

[166] *Ibidem*, p. 496.

[167] E. PICAVET, « Propriété, sphère privée et domaine de contrôle : bréviaire de l'individualisme dépossessif », Colloque « La propriété », Décade de Cerisy, juillet 1999 ; ID., « La quête des droits. La revendication dans l'ordre libéral et les limites des droits », à paraître chez Garnier, cf. notamment « la possession des biens réduite à la possession des contrôles ».

usufruitée, formée des affectations données par le bon père de famille, découlant des usages ou de la volonté du nu-propriétaire… diffère de la destination de la chose de l'immeuble, laquelle autorise le rattachement de certains meubles et dont l'unité découle, éventuellement, de l'incorporation d'autres meubles..., et que ces destinations diffèrent chacune également de la destination de la chose vendue, laquelle articule les obligations des cocontractants relativement à la chose, comme de la destination de l'immeuble en copropriété, qui résulte des destinations respectives des parties communes et privées… Il y a certes une analogie entre les destinations des choses grevée, louée, empruntée, usufruitée…, i.e. grevées mais, poussée arborescente dans le rhizome, ces choses-milieux n'en font pas moins carte avec les autres choses précédemment citées. Du reste, il ne faut pas se méprendre sur l'apparente généralité de nos propositions : les choses-milieux ne sont pas les pierres fondatrices d'une nouvelle cathédrale, mais ce avec quoi expérimenter ou tenter d'expliquer les solutions de Droit positif sur lesquelles buttent les doctrines aussi bien nouvelle que classique de la propriété. Ainsi, la propriété-faculté d'habiter ne conduit pas davantage à la négation qu'à la contestation des propriétés fondées sur l'occupation ou le travail auxquelles elle vient comme s'ajouter.

c) Si nous n'avons pas traité des choses étroitement liées aux personnes, ce travail pourrait toutefois constituer une introduction possible à leur étude : si la démonstration est faite, avec l'étude de l'immeuble et de la vente, que l'on peut échapper à une conception matérielle et substantialiste des choses, même en ce qui concerne les entités qui entrent sans difficulté dans la catégorie des choses-moyens, objets ou substrats, nous ne devrions pas avoir de peine à comprendre les entités irréductibles à des corps ou à de simples extériorités de la personne comme les premières, i.e. tels des milieux. En effet, si même les choses corporelles peuvent se concevoir comme des hybrides – dans la perspective moderne – d'objets et de sujets, alors rien ne devrait interdire de concevoir les hybrides comme… des hybrides et – pourquoi pas ? – tels des milieux.

La fictionnalisation de la vie privée

Valérie VARNEROT
Maître de conférences en droit privé
Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Résumé

La *fictionnalisation* de la vie privée caractérise la « nébuleuse » contemporaine des autofictions et alterfictions. Les unes et les autres participent d'un mouvement d'*extimité*, qui entend se saisir de l'intimité d'une personne, qu'elle soit celle de l'auteur lui-même ou d'un tiers intime de celui-ci, pour la transformer en objet esthétique. Ce faisant, l'auteur s'arroge un pouvoir de disposition sur un élément de la personnalité qu'il « recrée » dans une œuvre littéraire à statut ambigu pour se situer dans l'entre-deux de la réalité et de la fiction. La convention de lecture est, en effet, toute spécifique. Elle repose sur un *pacte oxymoronique* qui, enchâssant ces écrits cumulativement dans le *pacte de référentialité* et dans le *pacte de fictivité*, convoque, en même temps qu'il les refoule, les solutions applicables aux genres (auto)biographique et romanesque. C'est donc dans cet espace original de l'entre-deux du réel et de la fiction que le Droit doit rechercher les solutions propres aux autofictions et alterfictions sans, toutefois, perdre de vue la spécificité du matériau esthétique, de nature à entraver tant la plénipotence de la liberté créatrice que les prérogatives reconnues à l'auteur d'une œuvre de l'esprit.

Introduction

« Ma première incursion d'adulte dans le Monde des Livres ne fut pas sans susciter une certaine controverse. J'étais entrée dans Jane Eyre et j'en avais changé la fin. À l'origine, Jane doit partir en Inde avec ce benêt de St John Rivers, mais dans le dénouement que j'ai orchestré, elle épouse Rochester. J'avais écouté mon cœur ; c'était contraire à ma fonction, mais ce fut plus fort que moi. Même si tout le monde aimait la nouvelle fin, il s'en trouva également pour critiquer mon intervention. Théoriquement, j'avais commis une infraction à la