



HAL
open science

La liberté de création des droits réels : dogmatique ou politique ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La liberté de création des droits réels : dogmatique ou politique ?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2021, 01, pp.250. halshs-03191762

HAL Id: halshs-03191762

<https://shs.hal.science/halshs-03191762v1>

Submitted on 30 Jun 2023

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

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

La liberté de création des droits réels : dogmatique ou politique ?

W. Dross, *Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s) ?*, RDC 2020. 112

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

La contribution de William Dross à la question de la liberté de création des droits réels par contrat (et particulièrement du droit de jouissance spéciale) va bien au-delà d'une contribution technique. Il interroge le fondement du problème en opposant l'option dogmatique (comment s'insère cette liberté dans un système explicatif cohérent ?) à l'option politique et, plus précisément, économique (est-il opportun d'imaginer de nouvelles formes de répartition des utilités d'une chose ?).

Selon William Dross, la question de la liberté de la création de droit réel dépend d'abord des théories doctrinales. Si la propriété est conçue comme la réunion des trois prérogatives classiques (*usus, fructus, abusus*), le problème est alors de savoir si l'usufruit « est susceptible d'être spécialement redécoupé en portions plus petites » (n° 6). En revanche, si la propriété est un pouvoir indifférencié de jouissance, c'est alors la chose même qui est démembrée et considérée sous l'angle de sa valeur (n° 8). Si l'on opère cette fois une fusion de la propriété et de la chose, le démembrement devient impossible : la jouissance perpétuelle se pense forcément comme une propriété, plus précisément comme une propriété volumétrique dans le cas de l'arrêt *Maison de poésie* (n° 9). Enfin, en suivant la théorie de Ginossar, le droit réel s'absorbant dans le lien unissant deux personnes, il n'y a pas de prérogatives que le propriétaire pourrait répartir (n° 10). À cet égard, le droit de jouissance spéciale se justifierait sur la seule base de la liberté contractuelle.

Pourtant, selon William Dross, les arguments avancés « masquent la question de fond, qui est celle de l'efficacité économique du modèle d'appropriation proposé » (n° 19). Cet aspect prévaudrait même sur les autres questions politiques de la liberté ou du *numerus clausus*. En bref, le problème serait avant tout de savoir s'il est opportun de permettre à plusieurs de jouir d'une même chose. William Dross conclut que ni la dogmatique (au sens de la cohérence des systèmes explicatifs) ni l'idéologie de la liberté ou de l'absolutisme (au sens politique) ne sont des restrictions : « tout est possible » (n° 19).

Il est aisé de rejoindre l'auteur sur sa conclusion. Que tout soit possible en droit n'est pas récusable, c'est même un axiome. En effet, du moment qu'on admet que le droit est un monde essentiellement construit (et non donné), tout est effectivement possible car ce sont les artisans et les créateurs de ce monde qui en fixent les limites par leur volonté. La technique de la fiction juridique illustre parfaitement à quel point on peut appeler un chien un chat et vice versa. Le problème n'est donc pas là. Il se pose plutôt en termes de *coûts théorique et politique* de telles décisions.

En effet, s'il est concevable (à l'extrême) d'abroger d'un trait de plume le droit des biens ou certaines de ses parties, cette solution serait irrationnelle d'un point de vue économique et politique. Elle plongerait les acteurs sociaux dans l'incertitude et ferait sans doute perdre aux échanges économiques une grande part de leur stabilité et de leur crédibilité. Tout est permis certes mais tout n'est pas utile. Et c'est sur ce point que l'importance de la dogmatique nous paraît souvent sous-évaluée ou « sur-critiquée ». Une évidence s'est installée. Elle consiste à constater que le droit n'est que le masque d'intérêts politiques, économiques et sociaux et que ces derniers doivent prévaloir en dernière instance comme seule réalité vivante à considérer face aux systèmes dogmatiques et à leur rigidité.

Toutefois, l'alternative n'existe pas avec une telle radicalité. D'un côté, en supposant que tout le droit s'absorbe dans des réflexions sur des intérêts changeants et mouvants, le fait de statuer sur des conflits d'intérêts conduit inévitablement à cristalliser et fixer certaines solutions pour des cas déterminés, bref à faire prévaloir la sécurité juridique, un autre nom pour désigner le règne du droit... D'un autre côté, l'art de faire évoluer le droit comprend celui

de préserver autant que possible la structure théorique qui justifie les solutions déjà existantes. Une vraie médecine est la moins invasive possible, on n'ampute pas le pied d'une personne pour supprimer une verrue, si disgracieuse soit-elle ! Ainsi, contrairement à une intuition trop simple, les choix politiques sont bien orientés par les systèmes théoriques (dogmatiques) existants. Il n'est donc pas indifférent de se demander, comme le fait pertinemment William Dross, avec quelle organisation théorique les droits spéciaux de jouissance sont compatibles et quelles remises en cause exactes ils supposent. Le propre du droit est de contraindre le pouvoir politique à s'exprimer dans des formes juridiques qu'il devra, en retour, respecter. Même les analyses marxistes du droit qui ne voient pourtant en lui qu'un instrument de domination des classes, ont perçu cette spécificité (S. Buckel, *La forme dans laquelle peuvent se mouvoir les contradictions*. Pour une reconstruction de la théorie matérialiste du droit, *Actuel Marx*, 2010. 144). Le droit impose une contrainte de justification non seulement d'un point de vue interne (il faut s'y référer pour justifier sa position) mais aussi d'un point de vue externe car le droit manifeste également une réalité sociale, certes construite, mais qui pèse de ce chef sur les choix politiques à effectuer. Même la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper, radicalement volontariste, a reconnu l'existence de ce type de contraintes (V. Champeil-Desplats et M. Troper, *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, 2005, p. 11).

Ainsi, il n'est donc pas certain que « la contrainte est faible », comme l'écrit William Dross dans le sommaire de son étude. La contrainte est sans doute faible sur le plan des principes mais bien moins sur le plan de l'action pratique. L'histoire du droit est instructive à cet égard. Elle s'écrit bien plus sur le mode de la continuité que de la rupture et même un événement comme le Code civil de 1804 doit grandement à Pothier et aux auteurs qui l'ont précédé selon une thèse devenue banale à ce sujet.

En somme, il y a deux excès dont il faut se prémunir. Le premier serait de réduire le droit à de la politique, ce qui interdirait de comprendre sa spécificité et son rôle dans la société. Le second serait de réduire le droit à sa dogmatique, ce qui interdirait de comprendre les liens particuliers qu'il entretient avec le contexte socio-économique et, plus largement, politique.

Admettre la création et l'aménagement libre de droits réels a donc bien un coût théorique. Il se traduit par la révision des théories et la perte d'une stabilité source de la fameuse « sécurité juridique ». Celle-ci n'a pas seulement une signification épistémologique (comme cohérence et rationalisation des solutions) mais aussi politique. Il paraît en effet absurde de défaire tout un pull pour en rapiécer un autre. Certes, ce serait une solution à court terme mais son coût (la destruction d'un ensemble cohérent patiemment tissé) serait trop élevé. Autrement dit, l'adoption de nouvelles solutions n'exige pas une « déduction dogmatique » mais l'évaluation du coût des propositions. Trop modifier peut perturber. Cette donnée fait forcément partie des éléments qui motivent le changement. Ceci montre que les relations entre la politique et le droit doivent se penser en termes dialectiques : si la dimension politique du droit relativise sa force dogmatique, la dimension juridique des décisions politiques agit aussi comme un frein. Le droit semble émerger dans cet espace intermédiaire entre la dogmatique et la politique.