



HAL
open science

Les propriétés collectives sous les fourches caudines du droit des biens

Christophe Quézel-Ambrunaz, Johann Le Bourg

► **To cite this version:**

Christophe Quézel-Ambrunaz, Johann Le Bourg. Les propriétés collectives sous les fourches caudines du droit des biens. Jean-François Joye. Les "communaux" au XXI^e siècle, Une propriété collective entre histoire et modernité, Presses universitaires Savoie Mont Blanc, pp. 275-293, 2021, 978-2-237741-071-2. halshs-03480334

HAL Id: halshs-03480334

<https://shs.hal.science/halshs-03480334v1>

Submitted on 14 Dec 2021

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.

**C. LES MUTATIONS ORGANIQUES
ET FONCTIONNELLES DES COMMUNAUX**

**1. LES TRAITES JURIDIQUES
DU MODÈLE PROPRIÉTAIRE COLLECTIF**

LES PROPRIÉTÉS COLLECTIVES SOUS LES FOURCHES CAUDINES DU DROIT DES BIENS

CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ ET JOHANN LE BOURG

Résumé. Le droit de propriété est, pour un juriste occidental de ce siècle, absolu et individuel. Par conséquent, l'expression « propriété collective » apparaît comme un oxymore qui n'a vocation qu'à décrire une situation transitoire et précaire (indivision), une réalité masquée derrière des prérogatives de gestion particulière (masse commune des couples mariés, biens d'une personne morale, copropriété des immeubles bâtis), ou une règle résiduelle (mitoyenneté). Ces caractères d'exclusivité et d'absolutisme ne sont toutefois pas consubstantiels à l'idée de propriété, et résultent d'un héritage historique. Cet article se propose d'esquisser les mécanismes ayant conduit à l'émergence de ces caractères, et, corrélativement, à l'affaiblissement de l'idée de propriété collective, qui n'a toutefois pas été éradiquée. Il poursuit également l'objectif de démontrer qu'une fois le carcan de la propriété écarté, les utilités d'un bien peuvent être efficacement partagées et qu'une véritable mise en commun est juridiquement possible.

Abstract. Collective property under the pressures of property law

Property rights are, for a Western jurist of this century, absolute and individual. Consequently, the expression 'collective property' appears as an oxymoron which is only meant to describe a transitional and precarious situation (tenancy in common), a reality hidden behind particular management prerogatives (common mass of married couples, property of a legal person, co-ownership of built buildings), or a residual rule (*'mitoyenneté'*). These characteristics of exclusivity and absolutism are not, however, consubstantial with the idea of ownership, and are the result of a historical legacy. This article proposes to outline the mechanisms that led to the emergence of these characters, and, correlatively, to the decline of the idea of collective property, which has nevertheless not been completely eradicated. It also aims to demonstrate that once the straitjacket of ownership is removed, the utilities of a property can be effectively shared and that genuine pooling is legally possible.

Riassunto. Le proprietà collettive sotto le forche caudine del diritto dei beni

Il diritto di proprietà è, per un giurista occidentale di questo secolo, assoluto e individuale. Di conseguenza, l'espressione « proprietà collettiva » appare come un ossimoro che vuole solo descrivere una situazione transitoria e precaria (indivisione), una realtà nascosta dietro particolari prerogative gestionali (massa

comune di coppie sposate, proprietà di una persona giuridica, comproprietà di edifici costruiti), o una regola residuale (comproprietà). Questi caratteri di esclusività e di absolutezza non sono tuttavia connaturati all'idea di proprietà e sono il risultato di un'idea di proprietà di eredità storica. Questo articolo si propone di analizzare i meccanismi che hanno portato all'emergere di queste caratteristiche e contestualmente all'indebolimento della nozione di proprietà collettiva che tuttavia non è mai venuta meno. Ha anche l'obiettivo di dimostrare che, una volta rimossi i limiti della proprietà, i benefici di un bene possono essere efficacemente condivisi e che è giuridicamente possibile un'utilizzazione comune.

Le Code civil français cultive parfois les paradoxes. Ainsi, l'article 544¹ déclare que « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». De là, il est bien aisé de conclure au caractère absolutiste du droit de propriété, et l'on en vient sans peine à reconnaître son caractère individuel et exclusif. S'il ne s'agissait que de jouir, on peut jouir à plusieurs. Mais disposer est un exercice solitaire: on ne dispose pas de manière absolue si l'exercice de cette prérogative est conditionné par le consentement d'autrui.

Dans la limite des lois et règlements, le propriétaire de l'article 544 est donc maître de sa chose de manière absolue, et seul. Mais immédiatement il est prévu que les utilités d'une même chose puissent être réparties entre plusieurs (usufruits et autres démembrements de propriété, art. 578 et s.), qu'il faille souffrir qu'autrui exerce des droits de servitudes sur son fonds (art. 637 et s.). La mitoyenneté, traitée comme une servitude par le Code, analysée comme une propriété en commun par la doctrine, fait l'objet de vingt articles (art. 653 s.). Et l'on pourrait ajouter les dispositions sur la société, analysée parfois comme une propriété collective², ou sur la masse commune des biens des couples mariés, pour ne rien dire de l'indivision, et encore moins des biens communaux ou sectionaux.

Cet article se propose d'esquisser les mécanismes ayant conduit à l'affaiblissement de l'idée de propriété collective, qui n'a toutefois pas été éradiquée (I). Il poursuit également l'objectif de démontrer qu'une fois le carcan de la propriété écarté, les utilités d'un bien peuvent être efficacement partagées et qu'une véritable mise en commun est juridiquement possible. L'usage collectif de la chose permet de dépasser la propriété collective dans la mise en commun d'un bien (II).

I. L'affaiblissement de l'idée de propriété collective³

Le Code civil proclame les caractères individuel et absolu de la propriété, tout en organisant des propriétés collectives, mais d'une manière qui, comparée à celle des Codes d'autres pays, est bien masquée⁴. Ces propriétés collectives ont été occultées dans le discours des juristes. Il s'agit ici de tenter de donner quelques jalons pour espérer retracer la manière dont ce discours a fait croire que le droit de propriété n'était qu'individuel et exclusif (A) conduisant les propriétés collectives à être marginalisées, mais de manière relative (B).

1 Ou Article 439 du Code civil pour les États de S.M. le roi de Sardaigne, Turin, Imprimerie royale, 1837. Voyez encore l'article 832 du Codice Civile Italiano: « Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico ».

2 Voyez par exemple les questionnements de F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I, 2016, n° 10.

3 L'introduction et la partie I ont été rédigées par Christophe Quézel-Ambrunaz.

4 F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I, 2016, n° 4.

A. Le triomphe des caractères exclusif et individuel de la propriété

Avant de considérer les droits subjectifs sur les choses — les biens — il s'agit d'observer les choses elles-mêmes, tel qu'elles sont saisies par le droit objectif. La classification des choses dépend depuis le droit romain de leur nature propre, de laquelle découle le type de droit qui peut s'exercer sur ces choses. Ainsi, Gaius enseigne, tel que repris au Digeste, que : « Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae aut privatae. Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur : privatae autem sunt, quae singulorum sunt »⁵.

De la mauvaise compréhension du droit romain découle peut-être la fable du caractère absolu ou souverain du droit de propriété — laquelle a d'ailleurs été magistralement et rigoureusement déconstruite⁶. Là où le droit romain classe les choses selon leur nature, la doctrine classique croit pouvoir lire un classement des droits sur ces choses selon l'identité de leur ou leurs titulaires. Les choses publiques appartiendraient aux personnes de droit public, les choses privées appartiendraient aux personnes de droit privé : la propriété publique s'appliquerait aux choses publiques, la propriété privée s'appliquerait aux choses privées. Et les deux s'opposeraient, de telle sorte que la propriété privée emporterait par nature la faculté d'exclure le public (les autres), et renverrait donc à l'exclusivité. Rien pourtant, dans le Digeste, ne commande de tirer de telles conséquences⁷.

Domat reprend l'idée du droit romain, et fait des choses communes un intermédiaire entre la catégorie des cours d'eau, riviages, et grands chemins, et celle des choses appropriées comme une portion de terre, en écrivant que l'« on met au nombre des choses publiques, & qui sont aussi hors du commerce, celles qui sont à l'usage commun des habitants d'une Ville ou d'un autre lieu, & où les particuliers ne peuvent avoir aucun droit de propriété, comme sont les murs, les fossés, les maisons de Ville, & les places publiques »⁸.

Les choses communes apparaissent dès lors comme insusceptibles d'appropriation, étant entendu que la propriété commune n'est pas la propriété des choses communes — ce qui serait un paradoxe. Ce paradoxe pourrait toutefois être résolu en ne raisonnant pas en termes de droit subjectif sur les choses, mais en termes de titularité des utilités des choses.

5 D. 1.8.1 pr : « Encore, ces choses qui sont *humani iuri* sont soit publiques, soit privées. Celles qui sont publiques sont considérées n'être dans les biens de personne, en ce qu'elles sont considérées faire partie de la communauté. Alors que celles qui sont privées, sont celles des particuliers » (traduction personnelle de l'auteur).

6 J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1.

7 Pour approfondir le hiatus entre la pensée romaine et la pensée moderne à propos de la propriété en général, et des communs en particulier, A. RUELLE E. FABRI, « Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/2 (vol. 81), pp. 109-176.

8 J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre préliminaire, III, I, III, éd. Cavalier, Paris, 1766.

Lorsque Rousseau proclame que «la terre n'est à personne»⁹, ce n'est que pour compléter l'assertion selon laquelle «les fruits sont à tous». La non-appropriation d'une chose n'exclut pas de retirer un bénéfice individuel ou collectif de cette chose. D'ailleurs, l'idée de cultiver en commun une terre commune, pour un profit commun, se trouve déjà dans l'Ancien Testament : «Le reste [...] formera les revenus destinés à l'entretien de ceux qui travailleront pour la ville. Le sol en sera cultivé par ceux de toutes les tribus d'Israël qui travailleront pour la ville»¹⁰.

Ce n'est pas ainsi que l'entendirent les juristes qui simplifièrent l'équation : les choses communes sont hors commerces, elles sont insusceptibles d'appropriation, les choses dans le commerce sont des biens, ils sont appropriés, selon un mode d'appropriation privée et exclusive ; rien ne se trouve entre les deux.

En effet, le renouveau du droit naturel s'est chargé de doter la propriété d'un attribut d'exclusivité : «le droit de propriété exclusive a son fondement dans la loi naturelle»¹¹. La conception exclusiviste de la propriété trouverait ses racines jusque dans la théologie¹². Cette exclusivité, en droit, n'est certainement pas étrangère à l'idée d'action. Sans doute faut-il garder en mémoire que notre droit civil est bâti sur une conception substantielle du droit, alors même qu'il emprunte ses mécanismes au droit romain, qui répondait à une logique d'actions. Ainsi, au droit réel correspond une action réelle, et non personnelle. Celle-ci a pour particularité de faire passer le défendeur au second plan : «c'est la chose elle-même qui devrait être traduite en justice si elle pouvait comparaître et se défendre»¹³. Ce lien direct entre la personne et la chose, que l'action réelle manifeste de manière plus éclatante encore que le droit réel, souffre mal d'une pluralité de sujets actifs, notamment par comparaison avec le droit personnel. Lorsque Planiol exprime sa théorie du droit réel¹⁴, il fait de «tout le monde» le sujet passif du rapport de droit : l'analyse est entièrement renouvelée, mais emporte la même conséquence que celle tirée par les auteurs jusnaturalistes : le propriétaire est un individu, sa puissance consiste à pouvoir exclure toute autre personne du bénéfice des utilités de la chose.

La Révolution française a sacralisé la propriété privée afin de garantir l'impossibilité d'un retour au système féodal¹⁵. Le Code civil, cela a déjà été vu, a parachevé cette œuvre, et c'est sur la base des dispositions de l'article 544 du Code civil que se cristallise la conception classique de la propriété.

Celle-ci telle que comprise au XIX^e siècle, peut se trouver chez Baudry-Lacantinerie¹⁶ : la propriété est d'abord définie comme «le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une manière absolue et exclusive à la volonté

9 J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755).

10 Ezéchiel 48, 18-19.

11 J.-B. V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, t. I, Dijon, Lagier, 1839, n° 25.

12 F. VERN, *Les objets juridiques, recherche en droit des biens*, th. Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2020, n° 477 s.

13 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. I, 6^e éd., Larose, 1896, n° 1231.

14 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e éd., t. I, LGDJ, 1911, n° 2159-2160.

15 Voyez l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

16 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. I, 6^e éd., Larose, 1896, n° 1296 et s.

et à l'action d'une personne». La propriété est donc par essence personnelle et individuelle. La copropriété n'est conçue que comme une juxtaposition de droits, non comme une confusion — elle est donc finalement niée: «une même chose peut bien appartenir à plusieurs personnes en commun; il y aura alors plusieurs copropriétaires, c'est-à-dire plusieurs personnes dont chacune sera propriétaire de la chose pour partie. Mais plusieurs personnes ne peuvent pas être propriétaires de la même chose pour le tout».

Vient ensuite une description de la propriété collective, mais avec laquelle l'auteur prend ses distances, et qu'il considère comme révolue: «La propriété, telle que nous venons de la définir, est la propriété *individuelle*. Telle était déjà la conception du droit romain. Mais la plupart des auteurs qui ont écrit dans ces dernières années sur l'histoire du droit de la propriété, admettent, du moins quant aux immeubles, qu'avant d'être individuelle, la propriété a été collective, ou, pour parler comme certains d'entre eux, que le communisme a précédé la propriété. D'après cette thèse historique, le communisme ou propriété collective de la peuplade, de la tribu ou du village, vient en premier lieu. La propriété familiale ne se fait jour qu'ensuite, soit qu'elle se substitue au communisme, soit qu'elle commence par s'associer à lui dans une mesure qui varie avec les peuples. En dernier lieu seulement, apparaît la propriété individuelle. On ne peut donc pas dire que cette forme de la propriété soit de droit naturel. La succession de ces trois phases dans l'appropriation a été constatée chez la plupart des anciens peuples, notamment chez tous ceux de race aryenne. C'est là ce qu'on appelle la théorie de l'évolution de la propriété»¹⁷.

Cette manière de penser est contredite par Planiol, qui, plus que les autres, considère que propriété collective et individuelle ont coexisté et coexistent encore¹⁸.

Toutefois, Baudry-Lacantinerie, et les auteurs qui se situent dans la même veine, en excluant la propriété collective (au singulier) assurent le triomphe du modèle constitué par la propriété individuelle et exclusive. Il reste encore à marginaliser les propriétés collectives (au pluriel).

B. La marginalisation relative des propriétés collectives

Les propriétés collectives pourraient coexister avec le modèle de propriété individuelle et exclusive, comme des alternatives, des figures répondant à des besoins distincts. Les multiples traces de propriétés collectives dans le Code civil pourraient ainsi trouver une pleine expression: comme le modèle dominant de la filiation charnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance de la filiation adoptive, comme le régime légal des couples mariés ne fait pas obstacle à l'adoption de régimes matrimoniaux particuliers, la propriété individuelle et exclusive de l'article 544 pourrait laisser subsister des propriétés collectives. Ce n'est pas le chemin qu'a pris la doctrine.

17 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, n° 1297. L'italique est de Baudry.

18 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n° 23225.

Il est intéressant de remarquer que les commentateurs du Code civil, confrontés à l'article 542, refusent de lire la lettre du texte qui consacre une propriété collective communale : « Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ». Marcadé n'accepte pas de voir dans l'article 542 du Code civil de véritables biens communaux. Il écrit en effet : « L'article appelle biens communaux, les biens au produit desquels les communes ont droit. En effet, en même temps que ces biens sont biens de l'État ou des particuliers, quant à la propriété, ils sont biens communaux, quant à la jouissance ou à l'usage. Rigoureusement parlant, ce n'est pas la chose, la forêt, par exemple, qui est alors bien communal, c'est le droit d'user ou le droit de jouir de cette forêt ; mais comme ce droit d'user ou de jouir constitue un bien immeuble par son objet, il est toujours vrai de dire qu'il y a, dans ce cas, un bien communal, un immeuble communal »¹⁹. Mourlon conteste carrément la rédaction : « Remarquez que les biens qui composent soit le domaine public, soit le domaine privé de la commune, appartiennent, non pas, ainsi que le dit notre article, aux habitants considérés individuellement ; mais à la commune elle-même considérée comme personne morale ou civile »²⁰. Pourtant, les travaux préparatoires du Code civil sont nets : il s'agit, dans l'article 542, d'une survivance du droit ancien, d'une authentique propriété collective²¹. Aubry et Rau même limitent la portée de l'article 542 à l'usage des biens, retenant que les « biens communaux proprement dits » « sont ceux qui, tels que les pâturages communs, les forêts affouagères, et le droit à la récolte du varech ou du goémon de rive, sont affectés à l'usage des habitants, ut singuli, d'une ou de plusieurs communes »²². L'analyse est autre aujourd'hui : désormais, les auteurs voient dans cette disposition une copropriété usagère²³.

Les exemples pourraient être multipliés : ainsi, là où les sociétés ou associations pourraient être analysées comme un moyen d'organiser la propriété collective, la théorie de la personnalité morale les dote d'un patrimoine, et préserve l'apparence d'une propriété individuelle et absolue. Ce qui semble appartenir aux associés appartient en réalité à la société.

Comme cela a pu être très justement écrit, le caractère exclusif et absolu du droit de propriété serait « le dernier rempart qui ferme encore l'accès à l'imaginaire du juriste occidental »²⁴.

19 V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., t. 2, Paris, Corillon, 1855, n° 398.

20 F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. I, 6^e éd., Maresq aîné, 1861, n° 1428.

21 Discours devant le corps législatif prononcé par le tribun Savoie Rollin, dans P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. 11, p. 55.

22 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Marchal, Billard, 1869, §170, p. 45-46.

23 Par exemple, F. VERN, *Les objets juridiques, recherche en droit des biens*, op. cit., n° 371.

24 F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights » *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* (en ligne), 6, 2016, <http://cdst.revues.org/505>, n° 2.

Les spectres qui ont pu attiser la crainte envers les propriétés collectives, et justifier la mise en exergue de la seule propriété individuelle et absolue (système féodal, anarchisme, bolchevisme) sont désormais dissipés. Les réflexes des juristes peuvent donc changer, et admettre (à nouveau) la présence des propriétés collectives. Après tout, le droit d'auteur – ex-croissance moderne du droit des biens – lorsqu'il porte sur une œuvre de collaboration, crée une propriété commune²⁵, qui n'a point effrayé le législateur. Plus encore, la crise environnementale est l'occasion de repenser les rapports entre les hommes et les biens²⁶.

Il ne s'agirait pas de nier qu'existe une propriété individuelle et exclusive – une société libérale ne saurait se passer de cette notion, mais de permettre que prospèrent d'autres modes de relations aux choses. S'il y a une propriété individuelle, il y a plusieurs types de propriétés communes. Les propriétés communes sont marquées du sceau de la pluralité²⁷. Il est donc extrêmement difficile d'en donner une vision d'ensemble, mais, dans le même temps, ce caractère a pour avantage de permettre une souplesse importante des mécanismes. Plusieurs pistes peuvent être envisagées.

L'une des voies serait de repenser entièrement la notion de propriété, en remettant profondément en question ses caractères individuels et exclusifs, tout comme l'absolutisme du droit d'user ou de disposer de la chose : « One important reorientation is to shift the focus of property theory from a theory of private property to one of property as resource management, including both private and non-private forms of management »²⁸. L'essence de la propriété pourrait être le droit de prendre des décisions à propos d'une ressource²⁹.

Une autre voie serait de considérer qu'il existe une sorte de continuum, et des possibilités d'hybridation, de la propriété privée à la propriété publique en passant par les communs – sans occulter les risques de friction entre ces différents paradigmes³⁰.

Il serait aussi envisageable de considérer que ce qui doit être commun, c'est finalement l'usage, plus que la chose, ou « la propriété ». Il est plus stimulant de réfléchir en termes de règles appliquées au niveau opérationnel, pour en envisager la cotitularité par plusieurs individus³¹. La Cour de cassation se félicite de contribuer au renouveau de la réflexion sur la propriété en ayant reconnu les droits

25 Art. L. 113-3, CPI.

26 F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux... » ; *op. cit.*

27 En ce sens, F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I, 2016, n° 863 s. qui compare opportunément ces figures de propriété commune aux membres d'une famille.

28 P. M. GERHART, *Property law and social morality*, Cambridge, 2014, p. 311.

29 P. M. GERHART, *Property law and social morality*, *op. cit.*, p. 72.

30 A. LEHAVI, *The construction of property*, Cambridge, 2013, spéc. p. 97 sq.

31 V. par exemple, F. GIRARD, « Communs et bien communs : un changement de paradigme ? », dans séminaire « Commun/Communs » - Séance inaugurale, 2018, p. 8 (non publié).

réels innomés de jouissance spéciale³² « dessinant une propriété moins exclusive »³³. Toutefois, il est remarquable que cette étude commanditée par les Hauts magistrats fasse vraiment peu de cas de la notion de communs ; au chapitre des « nouvelles articulations du propre et du commun », il est question de copropriété, de mitoyenneté, de servitudes, de troubles du voisinage, des œuvres de l'esprit... non réellement de propriété collective, *a fortiori* encore moins celle qu'incarnent les biens communaux ou sectionaux.

Les communs ne sont donc pas ignorés, et encore moins combattus, par le droit des biens : ils sont ignorés, voire combattus, par le discours d'une partie des juristes. Discours pouvant être déconstruit, comme cet ouvrage invite à le faire. Partant, à titre prospectif, il est envisageable de considérer que le droit civil recèle des mécanismes permettant la mise en commun de biens, peut-être moins centrée sur la titularité du droit réel en tant que tel, mais plus sur l'usage collectif de la chose.

II. Le dépassement de l'idée de propriété collective dans la mise en commun d'un bien³⁴

L'idée de rendre un bien véritablement commun, en ce sens que ses usagers ne viendraient pas en concurrence sur celui-ci, mais seraient collectivement titulaires de droits sur la chose semble, à première vue, heurter l'acception traditionnelle du droit de propriété centrée sur l'exclusivisme : « le droit de propriété étant [...] le droit par lequel une chose nous appartient privativement à tous autres, il est de l'essence de ce droit, que deux personnes ne puissent avoir chacune pour le total le domaine de propriété d'une même chose. [...] propre et commun sont les contradictoires. Si on suppose qu'un autre que moi soit propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, dès lors cette chose est commune entre nous, et si elle est commune entre nous, on ne peut plus dire qu'elle me soit propre pour le total [...] ; car propre et commun sont deux choses contradictoires »³⁵. Le recours à la propriété collective paraît dès lors fort peu probable malgré les tentatives de construction doctrinales (A). Néanmoins, comme cela a déjà pu être relevé, l'une des spécificités des communaux – que l'on entend pourtant au sens large comme

32 3^e Civ., 23 mai 2012, n° 11-13.202, *Bull.* 2012, III, n° 84 ; 3^e Civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304, *Bull.* 2012, III, n° 159, *D.*, 2013, p. 53, note d'Avout et Mallet-Bricout, *JCP G*, 2012, II, 1400, note Testu, *RTD civ.*, 2013, p. 141, obs. Dross, *RDC*, 2013, p. 584, obs. critiques Libchaber, *D.*, 2012, P. 2596, obs. Tadros ; *D.*, 2013, p. 2123, obs. Reboul-Maupin ; *AJDI*, 2013 p. 540, obs. Cohet-Cordey ; *RDI*, 2013, p. 80, obs. J.-L. Bergel ; *RDC*, 2013, p. 627, obs. J.-B. Seube ; *LPA*, 16 janv. 2013, p. 10, note Agostini ; *LPA*, 29 oct. 2013, p. 10, note Thomassin ; *JCP*, 2013, p. 429, n° 12, obs. Périnet-Marquet ; *RLDC*, février 2013, p. 7, note J. Dubarry et M. Julienne

33 Cour de cassation, Étude annuelle 2019, *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation Française, p. 27, et p. 217 *sq.*

34 La partie II a été rédigée par Johann Le Bourg.

35 R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, dans *Œuvres*, par M. BUGNET, T. IX, 1846, n° 16.

des propriétés collectives – tient au fait que les prérogatives accordées à leurs titulaires relèvent moins des prérogatives conférées par le droit de propriété que de droits d'usage ou de jouissance particuliers. Or, les récentes évolutions du droit des biens pourraient permettre de constituer un refuge idoine à ceux animés par l'intention d'opérer une mise en commun de biens fonciers. Cette intention est d'autant plus opportune que le droit en vigueur interdit de constituer de nouvelles sections de commune³⁶, l'un des « communaux » parmi les plus anciens et les plus répandus en France (B).

A. L'impossible recours à la propriété collective

L'indivision ordinaire des articles 815 et suivants du Code civil est, avec le régime de la copropriété des immeubles bâtis de la loi du 10 juillet 1965³⁷, le mode principal de propriété commune à plusieurs personnes. Or, le recours à l'indivision s'accommode mal de la philosophie si particulière des biens objet du présent ouvrage et, plus fondamentalement, l'on peut douter que l'indivision soit profondément une propriété collective³⁸. Planiol l'affirmait sans ambages en ouverture de ses propos sur ce thème : « la propriété collective ne doit pas être confondue avec la propriété individuelle dans son état de copropriété indivise »³⁹. L'ensemble du régime de l'indivision paraît même construit en opposition avec la nature de ce que peut être un droit collectif⁴⁰ : l'indivisaire peut à tout moment demander le partage⁴¹, il peut disposer de son droit, le céder à cause de mort et ses créanciers personnels peuvent saisir et faire vendre sa part... L'indivisaire n'est donc guère que le propriétaire exclusif d'une quote-part, exerçant son droit individuellement et concurremment à ceux de ses coindivisaires : il est donc

36 CGCT, art. L. 2411-1, II.

37 Qui, selon toute vraisemblance, est hors de propos dans le cadre de ces développements.

38 Sur cette question V. not. F. ZÉNATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle? », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 589 sq.

39 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, F. PICHON, 3^e éd., 1904, n° 3005 ; Adde, L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », dans *Le Code civil - Livre du centenaire*, T. I, Société d'études législatives, rééd., 1969, p. 358, qui ne voit dans l'indivision « qu'une propriété individuelle et chaotique, chaque part indivise jouissant vis-à-vis des autres d'une complète autonomie pour faire corps, dans le patrimoine du copropriétaire, avec les droits dont il a la maîtrise absolue ».

40 *Contra*, F. MASSON, *La propriété commune*, dir. Ph. STOFFEL-MUNCK, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016, n° 7 sq, qui retient une notion particulièrement large de la propriété collective, qu'il qualifie de propriété commune, englobant, « toutes les institutions juridiques ayant pour fonction d'assurer une appropriation en commun. Les indivisions, les copropriétés spéciales, la communauté entre époux, les fonds communs, mais aussi toutes les personnes morales pluripersonnelles, civiles ou commerciales » (n° 8).

41 F. ZÉNATI-CASTAING, *préc.*, p. 592, « On ne peut comprendre l'indivision sans le partage cette issue fait partie de sa structure et de sa nature. Le mot indivision exprime la potentialité du partage, acte paroxystique de l'affirmation du sien : la chose est indivise parce qu'elle n'est pas encore divisée, la division, ce refus de la propriété des autres, participe de son essence ».

bien un copropriétaire, sans être propriétaire collectif⁴². Cette nature profonde de l'indivision, conçue non comme une propriété collective, mais comme une « propriété en commun »⁴³ ou une somme de propriétés individuelles a pu conduire certains auteurs à militer pour l'émergence d'une véritable propriété collective en droit français, inspirée par la *Gesammte Hand* du droit allemand⁴⁴.

Dans son célèbre réquisitoire adressé à l'indivision, Josserand reproche notamment à celle-ci de rendre « les biens inaptes à toute exploitation commune; cette prétendue propriété collective répugne à toute utilisation collective; elle laisse les richesses sous la maîtrise des individualités physiques et dans le gage de leurs créanciers personnels: en réalité elle constitue une organisation essentiellement individualiste; elle n'a rien de social »⁴⁵. À l'inverse, dans la conception allemande de la propriété en main commune, « la propriété n'est ni fragmentée entre les ayants droit ni concentrée sur un être juridique, elle appartient à la collectivité, abstraction faite de toute personnification »⁴⁶. L'auteur pose ensuite les grandes lignes du régime, envisagées comme autant de mérites du mécanisme: le communiste ne pourrait, seul, céder le bien ni conférer d'hypothèque, le principe de l'effet déclaratif du partage serait écarté, et les biens en main commune seraient situés hors du droit de gage général des créanciers personnels des communistes⁴⁷. Les biens placés en main commune obéiraient donc à une « impulsion collective, jamais à une volonté individuelle », ils traduiraient « le triomphe des idées collectives appliquées à la propriété » et, partant, réaliseraient un certain idéal politique de véritable propriété collective. Les propositions de Josserand, particulièrement marquées socialement, n'ont bien entendu pas laissé la doctrine sans réaction. L'idée même que la propriété puisse être collective fut donc fortement critiquée en ce qu'elle serait intrinsèquement incohérente. Ainsi, De Vareilles Sommières pouvait relever qu'il « y a contradiction dans les termes à parler de propriété appartenant à plusieurs personnes, du moins à plusieurs personnes qui ne sont pas artificiellement unifiées. Une telle propriété est aussi impossible qu'un bâton sans bout »⁴⁸.

La question de la reconnaissance ou de l'admission par le droit français des propriétés collectives est toutefois peu à peu tombée dans l'oubli. L'indivision n'a pas, comme Josserand l'espérait, été remplacée par une propriété en main commune et la conception strictement individualiste et exclusiviste de la propriété

42 Sur les rapports entre copropriété et indivision, V. not. A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, préf. B. MALLET-BRICOUT, Institut universitaire Varenne, 2017, n° 208 *sq.*

43 F. ZÉNATI-CASTAING, *préc.*, p. 593.

44 Sur laquelle, V. not. J. RICOL, *La copropriété en main commune (Gesammte Hand) et son application possible au droit français*, Thèse Toulouse, 1907, p. 14, qui propose la définition suivante: « un patrimoine appartenant à tous les communistes dans leur union et dans leur personnalité physique, sans aucune distinction de quotes-parts qui compléterait à chacun d'eux, de telle sorte que, théoriquement, nul ne peut disposer sans la volonté des autres d'un bien commun et que tous doivent coopérer aux actes juridiques »

45 L. JOSSERAND, *préc.*, p. 374.

46 L. JOSSERAND, *préc.* p. 375, et l'auteur de poursuivre en dressant les mérites de l'institution.

47 L. JOSSERAND, *préc.* p. 376.

48 M. de Vareilles-Sommières, « De la copropriété », *Rev. Crit. Leg. Jur.*, 1907, n° 13, p. 536.

a perduré. L'on trouve néanmoins çà et là des hypothèses, presque marginales, de véritables propriétés collectives caractérisées par une absence de droit individuel des propriétaires et l'impossibilité de provoquer le partage. Tel est par exemple le cas des sépultures⁴⁹, de la mitoyenneté, ou de l'indivision forcée ou perpétuelle dont le régime ne se confond pas avec celui de l'indivision⁵⁰. Le trait commun de ces propriétés particulières, justifiant tant leur reconnaissance que l'admission d'une mise à l'écart de l'exclusivisme du droit de propriété, tient cependant à ce qu'elles font « resurgir un idéal communautaire »⁵¹. L'intégration dans ces propriétés collectives ne se fait pas « par acquisition de parts, mais par la seule appartenance au groupe possédant la chose ou la masse de biens communes, sans, pour autant, d'ailleurs, qu'on puisse l'expliquer par la personnification de la communauté »⁵².

La seule volonté de créer une propriété véritablement collective paraîtrait donc impuissante. La mise en commun de plusieurs fonds ou l'acquisition de fonds en commun – hors l'hypothèse du recours à la création d'une personne morale, qui revient à attribuer une propriété individuelle et exclusive à celle-ci – par l'effet de la seule volonté, et donc d'un contrat, risque de ne guère se plier aux catégories du droit positif, sauf à recourir à la forme inadaptée qu'est l'indivision. En effet, comme le relève un auteur, « on peut difficilement continuer à s'en tenir à l'idée d'un droit de propriété concurrent exercé sur la chose, car il est fort difficile de concevoir un droit de propriété dépourvu de toute patrimonialité »⁵³. Admettre à l'occasion de l'opération de création de néo-communaux que les titulaires ne seraient ni en mesure de céder ni de transmettre le bien (voire qu'ils ne seraient pas non plus en mesure de renoncer au droit, à moins de quitter la communauté), rapprocherait considérablement leur prérogative d'un droit personnel et l'éloignerait du droit réel⁵⁴. En outre, une telle qualification laisserait entière la question de savoir à qui revient la propriété du bien. Admettre une propriété de la collectivité sans interposition d'une personnalité morale, heurte profondément la théorie du patrimoine, « tant il est difficile aujourd'hui de concevoir l'appropriation sans personnalité »⁵⁵. Une parade, permettant, au moins en partie, de créer conventionnellement un succédané de propriété collective sans recours à la personnalité morale, pourrait toutefois être trouvée dans le mécanisme de la clause d'accroissement ou de tontine⁵⁶. L'opération consiste à acquérir en commun un bien, qui au décès du dernier des tontiniers, sera rétroactivement considéré

49 Sur lesquelles, V. A. GAILLIARD, *op. cit.*, spéc. p. 368 *sq.*

50 En ce sens, F. ZÉNATI-CASTAING, *préc.*, spéc. p. 601 *sq.*

51 A. GAILLIARD, *op. cit.*, p. 368.

52 F. ZÉNATI-CASTAING, *préc.*, p. 610.

53 W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 159-2.

54 *Ibid.* L'on peut d'ailleurs relever que Josserand analysait le droit des communistes sous l'angle du droit de créance et non sous celui du droit réel, L. JOSSERAND, *préc.*, p. 375: « la propriété à pour titulaire une collectivité, dont les membres isolément envisagés, ne sauraient prétendre à aucun droit réel sur la chose, mais seulement à un droit de créance ».

55 W. DROSS, *op. et loc. cit.*

56 Sur le rapprochement entre clause d'accroissement et propriété collective, V. F. ZÉNATI-CASTAING, *préc.*, p. 606; F. MASSON, *op. cit.*, n° 175.

comme l'unique propriétaire du bien. Si l'opération s'écarte de la philosophie de la création de néo-communaux par son issue – l'attribution en propriété exclusive à une seule personne – elle s'en rapproche pendant sa durée. Ce rapprochement est d'ailleurs patent avec la *Gesammte Hand* dans laquelle le décès d'un communiste a pour effet d'accroître la part des autres : « le patrimoine tenu en main commune appartient aux communistes tous ensemble ; que l'un d'eux meure, cette mort fait seulement disparaître un obstacle, une barrière, qui limitait le droit des autres, rien de plus »⁵⁷. Le régime de la tontine n'est cependant pas évident à saisir et si la Cour de cassation exclut toute possibilité de partage, c'est bien le droit de l'indivision qui a vocation à régir la situation des tontiniers. Elle affirme ainsi que « la clause d'accroissement écarte l'indivision », mais que « tant que la condition ne s'est pas réalisée, les parties ont des droits concurrents qui emportent le droit pour chacune d'elles de jouir indivisément du bien, droit dont l'exercice peut être organisé par le juge »⁵⁸. La tontine n'est donc pas à proprement parler une indivision, puisque l'élément essentiel de celle-ci, à savoir le partage, manque ; mais se voyant appliquer le régime de l'indivision⁵⁹ et conçue autour de la coexistence de droits concurrents, elle s'éloigne de l'idée d'une propriété collective⁶⁰.

Le contrat ne semble dès lors guère un vecteur permettant la création d'une véritable propriété collective. La force d'attraction du régime de l'indivision et la concurrence des droits des coïndivisaires lui étant consubstantielle, compromet la possibilité de recourir à une convention établissant une véritable propriété collective. La mise en commun d'un bien ne paraît ainsi pouvoir passer par un partage du droit de propriété. C'est donc vers des techniques de partage de l'usage, hors de toute idée de propriété collective, qu'il faudrait alors se tourner afin d'envisager la création de « néo-communaux ».

B. L'éventualité du partage de l'usage

Dans les comunaux existants, les titulaires du droit de jouissance, qui ne sont pas les propriétaires du bien, sont titulaires de droits réels sur la propriété d'autrui⁶¹. Aussi, dans l'optique de créer de néo-communaux et confronté à

57 J. RICOL, *op. cit.*, p. 91, l'auteur reconnaît néanmoins que cet effet a rapidement été écarté au profit de l'enfant du défunt, qui primait donc les communistes.

58 Cass. civ. 1^{re}, 9 février 1994, n° 92-11111. L'on peut à cet égard, noter que les propositions de réforme du droit des contrats spéciaux (*Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, Association Henri Capitant, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2020) ne font que consacrer une telle analyse. L'article 172 de l'avant-projet est ainsi formulé : « la tontine confère à chaque acquéreur, dénommé tontinier, une quote-part du bien acquis, dans les proportions indiquées à l'acte [...]. Les relations entre les tontiniers sont régies par les règles de l'indivision [...] ».

59 Ainsi que les « principes régissant la clause d'accroissement », Cass. civ. 17 déc. 2013, n° 12-15453.

60 Comp. F. ZÉNATI-CASTAING, *préc.*, p. 606, « son usage dans les couples comme technique successorale éloigne de l'esprit communautaire et utilitaire de l'institution d'origine et incite à rechercher sa nature juridique dans les techniques du droit moderne ».

61 Sur la nature de ces droits, V. J.-F. JOYE, J.-Cl. *Propriétés publiques*, Fasc. 34-20 « Biens comunaux », 2020, n° 32 *sq.*

l'impossibilité de créer contractuellement une véritable propriété collective, c'est bien vers la technique de la constitution de droits réels sur la propriété d'autrui qu'il convient de se tourner. L'identité du propriétaire dépasse alors le propos, mais l'on pourrait envisager que ceux, animés par le désir de réaliser une telle mise en commun, acquièrent le fonds par l'intermédiaire d'une personne morale, société civile immobilière ou fondation par exemple. Une fois la question de la propriété du fonds écartée, c'est la technique juridique à laquelle il faut recourir pour assurer le partage de l'usage qui interroge. À cet égard, le droit positif semble offrir deux possibilités.

En premier lieu, l'on peut penser au mécanisme de la servitude conventionnelle puisqu'« il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public »⁶². La liberté de création des servitudes, dans les limites établies par la loi, devrait donc permettre d'aboutir à un partage des utilités du fonds servant qui se trouverait alors dans une situation de jouissance partagée⁶³. La logique n'est d'ailleurs pas très éloignée de la conception que le Code civil retient des anciens droits d'usage « communaux » – usage des bois et forêts ou droit de vaine pâture – envisagés sous l'angle du droit d'usage par l'article 636 pour le premier et sous l'angle des servitudes par l'article 648 pour le second⁶⁴.

Pour autant, la difficulté majeure quant à l'établissement de servitudes dont l'objet serait de créer des néo-communaux, tiendrait dans l'inexistence d'un fonds dominant. Dès lors que la servitude est une charge imposée à un immeuble au bénéfice d'un autre immeuble, et sauf à se trouver dans le champ des servitudes administratives ou d'utilités publiques, l'identification d'un fonds dominant est essentielle à la qualification. C'est bien un fonds dominant et non une personne, ou une collectivité de personnes qui doit bénéficier directement de la charge : « lorsque la charge pèse sur le fonds servant pour l'usage ou l'agrément d'une personne ou d'un groupe de personnes déterminées, il ne saurait s'agir d'une servitude »⁶⁵. Les exemples jurisprudentiels rappelant cette exigence ne manquent pas. Ainsi, la qualification de servitude a-t-elle pu être rejetée pour un droit institué par une clause par laquelle les vendeurs d'une propriété se réservaient à perpétuité pour chacun d'eux, leurs héritiers et ayants cause, le droit de piler et de pressurer les fruits au pressoir de cette propriété⁶⁶. De même, la Cour de cassation a pu retenir

62 Art. 686 C. civ.

63 En ce sens, V. E. MEILLER, F. COLLARD et B. TRAVELY, « Quelles possibilités offre la notion de servitude? », *JCP N.*, 9 nov. 2018, 1332, spéc., n° 28, qui illustrent cette potentialité de la servitude avec la servitude de prélèvement électrique sur une éolienne.

64 Sur ce rapprochement, V. E. MEILLER, F. COLLARD et B. TRAVELY, préc., n° 15.

65 J.-F. Tricoire et F. Colonna d'Istria, *J.-Cl. Civil*, Code, art. 637 à 639, fasc. unique, « Servitudes - Définition. Éléments constitutifs. Conditions d'existence. Caractères. Classifications », 2020, n° 31.

66 Cass. req. 23 mars 1908, *DP*, 1908, 1, p. 279.

que « droit au bois bourgeois [...] attribué à des personnes physiques remplissant diverses conditions relatives à leur personne (âge, nationalité, descendance) et [...] subordonné à la condition pour ces personnes d’habiter et non de résider à titre permanent dans un immeuble sis à Engenthal, [...] constituait un droit personnel et exclusivement individuel, inaliénable, incessible et non transmissible par voie de succession, [et] qu’il n’était pas attaché à l’immeuble »⁶⁷. C’est enfin le cas pour des droits de chasse ou de pêche que la jurisprudence écarte parfois de la qualification de servitude, en ce qu’ils bénéficient directement à des personnes et non à un fonds⁶⁸. Partant, s’il n’est pas possible d’identifier un fonds dominant, mais que les droits d’usage ne sont reconnus qu’à des personnes, même situées sur un territoire déterminé, le recours aux servitudes semble devoir être écarté.

Il convient donc, en second lieu, de retenir la technique des droits réels de jouissance spéciale qui pourrait s’avérer particulièrement adaptée à la création de néo-communaux. Depuis l’arrêt « Maison de la poésie » du 31 octobre 2012⁶⁹ il est admis que « le propriétaire d’un fonds peut consentir, sous réserve des règles d’ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d’une jouissance spéciale de son bien ». Moins étendu que l’usufruit dans les prérogatives conférées à leurs titulaires, mais moins restreint que les droits réels d’usage ou d’habitation, et non soumis à l’obligation de déterminer un fonds dominant, les droits réels de jouissance spéciale⁷⁰ présentent, en effet, la souplesse nécessaire à l’opération souhaitée. Dès lors que la liberté contractuelle reconnue en la matière⁷¹ permet de conférer certains usages déterminés au titulaire du droit et que tel est l’objectif poursuivi par la création de néo-communaux, la qualification semble s’imposer. L’on serait même tenté de considérer les prérogatives traditionnellement reconnues aux titulaires de droits réels sur les biens communaux⁷² – pâturage, droit de chasse et de pêche – constituent un terrain d’élection privilégié de la qualification de droit réel *sui generis*, tant la qualification de ces droits est problématique à la lumière des catégories des droits réels nommés.

Par contrat, le propriétaire du fonds pourrait donc octroyer le bénéfice de droits réels de jouissance spéciale, ceux-ci devant être strictement déterminés dans la

67 Cass. civ. 3^e, 13 mai 2009, n°08-16.525.

68 V. par ex., Cass. civ. 3^e, 22 juin 1976, n°74-14.148 « l’existence d’une servitude exige un fonds dominant et un fonds servant. Ainsi, la concession d’un droit de chasse ne saurait avoir le caractère d’une servitude réelle, le fonds en faveur duquel il est accordé ne recueillant aucune utilité et le profit ou l’agrément que ce droit peut amener ne concernant que la personne du propriétaire du fonds et non le fonds lui-même ».

69 Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2012, n°11-16.304, *op. cit.*

70 Pour un essai de définition, V. J. FRANÇOIS, « Qu’est-ce qu’un droit réel de jouissance spéciale? », *D.*, 2019, p. 1660 *sq.*

71 Pour une étude d’ensemble de la question, V. L. ANDREU (dir), *Liberté contractuelle et droit réels*, Varenne, coll. Colloques et essais, 2015.

72 V. J.-F. JOYE, *op. cit.*, n°42 *sq.* et, dans cet ouvrage, l’étude par F. Vern de la nature de ces droits réels.

convention⁷³. Se pose néanmoins la question de la détermination des bénéficiaires. Il est bien admis qu'un démembrement de propriété puisse être attribué par le propriétaire à plusieurs personnes, ceux-ci étant alors indivisément titulaires des droits réels accordés⁷⁴. Cela ne pose guère de problème lorsque les bénéficiaires de la convention sont identifiés avec précision, ils constituent alors (sauf recours à une personne morale) autant de parties à l'acte. Si au contraire la volonté est de reconnaître les droits à l'ensemble des habitants d'un territoire, le cocontractant semble devoir être une personne morale de droit public, commune ou section de commune par exemple⁷⁵. Dans cette dernière hypothèse, l'on pourrait également se demander si, face à l'inertie ou au refus d'un partenaire public, le propriétaire pourrait, par sa seule volonté, accorder les droits réels en question aux habitants d'une zone géographique déterminée. La solution paraît néanmoins peu probable. L'on touche ici aux limites des effets de l'acte juridique unilatéral qui, s'il peut obliger son auteur, heurterait ici un « principe naturel qui interdit à la volonté unilatérale de réaliser des transferts de droits »⁷⁶, sauf dispositions législatives contraires⁷⁷. Faute de pouvoir juridiquement concéder les différents usages envisagés par la seule expression de la volonté unilatérale, le propriétaire pourrait alors, au mieux, laisser la jouissance du fonds à certaines personnes par le biais d'un acte de pure tolérance. Néanmoins, la précarité des prérogatives accordées par la simple tolérance semble mal s'accommoder avec le besoin de stabilité et de pérennité de la mise à disposition envisagée⁷⁸.

Au-delà, des questions de la nature des droits transférés et de la détermination des personnes qui pourraient en être titulaires, le rédacteur de la convention établissant le bénéfice de droits réels de jouissance spéciale devra se montrer particulièrement vigilant à la question de leur durée. Plus précisément il s'agit

73 L'on pourrait même imaginer que les différents droits réels de jouissance spéciale soient respectivement accordés à des titulaires différents, en ce sens, J.-L. BERGEL, « La distinction des servitudes et des droits réels de jouissance spéciale et leurs limites respectives », obs. sous Cass. civ. 3^e, 6 juin 2019, n° 18-14.547, *RDI*, 2019, p. 510.

74 V. par ex, pour un droit réel de jeu sur un terrain de golf, Cass. civ. 3^e, 16 mai 2001, n° 98-14.062, « le droit de jeu cédé, stipulé incessible, avec règlement d'une cotisation annuelle justifiée par l'obligation d'entretien, était un démembrement du droit réel dont était titulaire la société Riviera golf club (la société), preneur d'un bail emphytéotique, ayant la nature d'un droit d'usage, et, sous-entendu dès l'origine comme indivis puisqu'il ne pouvait y avoir un seul attributaire, conférait à ses cotitulaires l'utilisation pendant un certain nombre d'années du golf et de l'ensemble des installations ».

75 V. par ex., pour la reconnaissance d'un droit passage profitant au public reconnu par une clause de l'acte de vente par lequel la Ville de Paris cédait un terrain à particulier, Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-17.424.

76 V. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral - Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Sirey, 1951, n° 266.

77 Tel est le cas du testament ou de l'acte constitutif d'une société unipersonnelle.

78 H., J. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, t. II, 8^e éd., 1994, n° 1707, p. 427, « la tolérance ne conférant aucun droit, l'acte toléré n'est pas l'exercice d'un droit et sa répétition ne permet pas d'acquérir un droit ».

ici de se demander si les droits réels accordés dans le cadre de la création de néo-communaux pourraient être perpétuels. Le débat sur l'éventuelle perpétuité des droits réels de jouissance spéciale agite, en effet, la doctrine depuis l'adoption de l'arrêt « Maison de la poésie »⁷⁹. À l'occasion d'un arrêt rendu le 28 janvier 2015⁸⁰, la Cour de cassation avait pu affirmer que « lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil ». Partant, faute de disposition contractuelle établissant expressément la durée du droit conféré, celui-ci devait se voir appliquer le régime de l'extinction de l'usufruit⁸¹ : au bout de trente années si le bénéficiaire est une personne morale, et au plus tard au décès du titulaire si ce dernier est une personne physique. La brèche vers la perpétuité de ces droits réels a cependant été ouverte à l'occasion de l'arrêt du 7 juin 2018 à l'occasion duquel la Cour régulatrice a affirmé que peut être « perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot »⁸². La solution, qui semble s'affranchir des arrêts précédents, s'explique toutefois par le fait le droit réel litigieux était affecté à titre accessoire à un droit de propriété, lui-même perpétuel : le principal étant perpétuel, l'accessoire – qui n'était pourtant pas une servitude – devait l'être également. La portée de l'arrêt ne doit, en tout état de cause, pas être limitée au champ du droit de la copropriété. Au contraire, il paraît permettre de concevoir, plus largement la possibilité de créer de tels droits perpétuels. Ainsi, dans son avis rendu à l'occasion de l'arrêt du 6 juin 2019⁸³, l'avocat général Bruno Sturlère incitait à une distinction. Les droits réels de jouissance spéciale ne conférant que certaines utilités spécifiques du bien pourraient être perpétuels, alors que ceux – à l'image de celui reconnu à la fondation dans l'arrêt « Maison de la poésie » –

79 V. not., B. MALLET-BRICOUT, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », *D.* 2015, p. 599 ; T. REVET, « Le droit réel dit 'de jouissance spéciale' et le temps », *JCP G.*, 2015, p. 417 ; J.-S. SEUBE et T. REVET, « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité », *Droit et patrimoine*, 2016, p. 263 ; J. DUBARRY et V. STREIFF, « Vade-mecum du droit réel de jouissance spéciale », *JCP N.*, 14 oct. 2016, p. 27 ; L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017, p. 134 ; W. DROSS, « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : une réponse en trompe-l'œil », *RTD civ.*, 2018, p. 712 ; M. MEKKI, « Droit réel de jouissance spéciale : il y a perpétuité et perpétuité », *JCP N.*, 14 juin 2019, p. 31 ; C. DOUILLE, « Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public », *AJ Contrats d'affaires*, 1^{er} avril 2019, p. 170 ; D. TOMASIN, « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité », *AJDI*, 1^{er} mars 2019, p. 216.

80 Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2015, n° 14-10.013.

81 Cet arrêt semblait pouvoir se combiner avec l'arrêt « Maison de la poésie 2 » (Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2016, n° 14-26.953), affirmant que le droit conféré « pour la durée de la Fondation » ne devait pas être considéré comme perpétuel, mais ne devait pas non plus se voir appliquer le régime de l'usufruit, en raison de la présence d'un terme, incertain, stipulé au contrat.

82 Cass. civ. 3, 7 juin 2018, n° 17-17.240.

83 Cass. civ. 3e, 6 juin 2019, n° 18-14.547

conduisant à priver le propriétaire de toute jouissance du bien, devraient pour leur part se voir imposer une limitation temporelle⁸⁴.

La proposition ne va pas sans susciter quelques réticences en doctrine, certains auteurs estimant que « la perpétuité transforme tout droit réel auquel elle s'applique en propriété »⁸⁵ et qu'une telle admission conduirait – *de facto* – à une résurgence de la distinction entre domaine éminent et domaine utile. L'on peut pourtant relever que, avant même la consécration des droits réels de jouissance spéciale, la jurisprudence avait déjà pu retenir la perpétuité de quelques droits réels innommés, dès lors que ceux-ci n'excluaient pas en totalité le propriétaire de la jouissance de la chose. Tel fut notamment le cas pour un droit de « seconde herbe »⁸⁶, un droit de « cantons de bois crû et à croître »⁸⁷, un droit de chasse⁸⁸ ou encore un droit d'usage d'un bois reconnu par une personne physique à une commune⁸⁹. Il est d'ailleurs piquant de relever avec un auteur que « la pluralité des titulaires du droit d'usage incite fréquemment la jurisprudence à lui conférer une certaine perpétuité. On peut penser que les magistrats subissent sur cette question l'influence du statut juridique des droits collectifs d'usage, survivance des droits des communautés villageoises sur les biens communaux »⁹⁰. Partant, sans « faire exploser la propriété »⁹¹, il paraît tout à fait possible d'envisager la création de droits réels de jouissance spéciale perpétuels dès lors que seuls certains usages spécifiques de la chose sont accordés par le propriétaire : « le droit de propriété peut se décomposer librement à condition de ne pas le dénaturer »⁹².

En conclusion, l'idéal politique et juridique d'une pure propriété collective ne paraît atteignable qu'en s'affranchissant largement du concept même du droit de propriété. Pour autant, en la matière, l'on peut être tenté d'affirmer que la question de la titularité du droit importe peu. L'essentiel tient dans le fait que les évolutions du droit positif rendent possible un véritable partage des usages de la chose affranchi du carcan des droits réels nommés du Code civil. N'est-ce pas d'ailleurs, en filigrane, l'objet principal de la fin du *numerus clausus* des droits réels ? Demolombe, pourtant farouche partisan de ce *numerus clausus*, reconnaissait lui-même « qu'il en résulte cet avantage social que les mêmes biens peuvent en même temps servir à un plus grand nombre de personnes, et (que

84 B. STURLÈSE, « Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale pour préserver celui des autres droits réels ? », *D.*, 2019, p. 1684.

85 F. DANOS, « Servitude et droit réel de jouissance spéciale », note sous Cass. Civ. 3^e, 6 juin 2019, *JCP N.*, 8 juillet 2019, p. 729.

86 Cass. civ. 3^e, 25 mars 1992, n° 89-21.866. Le droit en question avait été accordé aux habitants d'une entité territoriale (la *frairie de Saint-Nervin*) par une convention de 1652 !

87 Cass. civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 11-13.202.

88 CA Amiens, 2 décembre 1835, cité par C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. IX, *Traité de la distinction de biens*, Durand, Hachette, 4^e éd., 1870, n° 526.

89 Cass. civ. 10 mai 1950, *D.*, 1950, p. 482.

90 W. DROSS, *op. cit.*, n° 132-2.

91 F. DANOS, *préc.*

92 J.-L. BERGEL, « La distinction des servitudes et des droits réels de jouissance spéciale et leurs limites respectives », *RDI* 2019, p. 510.

la doctrine de la multiplicité des droits réels) favorise dès lors, en même temps que les intérêts de l'humanité, les intérêts de l'agriculture, de l'industrie et du commerce»⁹³.

93 C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 515.

