

Les droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être un outil au service d'une communauté ? Réflexions à partir du droit français

Victor Poux

Volume 50, numéro 1-2-3, 2020–2021

Actes des colloques internationaux : communautés et pratiques communautaires

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1088132ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1088132ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Poux, V. (2020). Les droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être un outil au service d'une communauté ? Réflexions à partir du droit français. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 50(1-2-3), 189–221. <https://doi.org/10.7202/1088132ar>

Résumé de l'article

Le droit des biens français s'est construit sur un mythe, celui du numerus clausus des droits réels. Depuis 2012, la Cour de cassation a cependant reconnu la possibilité de constituer des droits réels sui generis portant sur des utilités précises d'un bien : les droits réels de jouissance spéciale. Si ces droits réels sui generis ont fait l'objet de nombreux commentaires, il apparaît que leurs potentialités collectives – voire communautaires – n'ont que peu été étudiées. Il semblerait cependant qu'elles existent. En effet, en octroyant une jouissance limitée et restreinte d'une ou plusieurs utilités du bien, les droits réels de jouissance spéciale réaliseraient un partage des usages du bien entre différents titulaires de droits. Dans une logique communautaire, ce mécanisme d'inclusion permettrait de reconnaître à chacun des membres de la communauté un droit direct sur le bien tout en étant, dans le même temps, un potentiel outil pour la réalisation de l'intérêt communautaire.

Les droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être un outil au service d'une communauté? Réflexions à partir du droit français

par Victor POUX*

Le droit des biens français s'est construit sur un mythe, celui du numerus clausus des droits réels. Depuis 2012, la Cour de cassation a cependant reconnu la possibilité de constituer des droits réels sui generis portant sur des utilités précises d'un bien : les droits réels de jouissance spéciale. Si ces droits réels sui generis ont fait l'objet de nombreux commentaires, il apparaît que leurs potentialités collectives – voire communautaires – n'ont que peu été étudiées. Il semblerait cependant qu'elles existent. En effet, en octroyant une jouissance limitée et restreinte d'une ou plusieurs utilités du bien, les droits réels de jouissance spéciale réaliseraient un partage des usages du bien entre différents titulaires de droits. Dans une logique communautaire, ce mécanisme d'inclusion permettrait de reconnaître à chacun des membres de la communauté un droit direct sur le bien tout en étant, dans le même temps, un potentiel outil pour la réalisation de l'intérêt communautaire.

French property law is built on a myth, namely that of the existence of a closed category, numerus clausus, of rights in rem. Since 2012, the French Supreme Court (Cour de cassation) has however acknowledged the possibility that sui generis rights in rem can arise in respect of specific uses of an asset: “real rights of special enjoyment”. While these sui generis rights in rem have been much debated, it would appear that their potential application in a collective or even community – context has received little academic attention. However, such a possibility would appear to exist. By granting a limited and restricted enjoyment of one or more use(s) of an asset, rights in rem of special enjoyment effectuate a sharing of the uses of the asset between different right holders. From a community perspective, this inclusion mechanism would then make it possible to acknowledge that each of its members has a direct right to the property while being, at the same time, a potential tool for the achievement of the Community's interests.

* Maître de conférences à l'Institut Catholique de Paris.

SOMMAIRE

Introduction	193
I. Les droits réels de jouissance spéciale ou le potentiel rapport collectif sur un même bien	198
A) L’acquis : la consécration de la libre constitution des droits réels portant sur la chose d’autrui	198
B) La potentialité : la distribution des utilités de la chose par les droits réels de jouissance spéciale	203
C) La perspective : vers une propriété partageable?	209
II. Les droits réels de jouissance spéciale ou le potentiel réceptacle de l’intérêt collectif d’une communauté	212
A) Le lien communautaire : l’intérêt collectif formé autour d’un bien	212
B) La difficulté principale : la reconnaissance d’une communauté titulaire de droits.....	215
C) La multiplication des droits réels de jouissance spéciale, un potentiel outil au service de l’intérêt collectif communautaire.....	218
Conclusion	221

Introduction

« [P]roprié et commun sont les contradictoires¹ ».

Par cette formule passée à la postérité, Pothier rendait compte de l'antagonisme qui caractérisait deux systèmes d'appropriation que tout oppose. Il faut reconnaître que les mots de Pothier résonnent chez le juriste civiliste contemporain. Comment le propre pourrait-il se concilier avec le commun sans se nier? Le singulier et l'individuel n'ont-ils pas pour contraire le pluriel et le collectif? En somme, le propre et le commun ne sont-ils pas exclusifs l'un de l'autre? Au-delà d'une simple question de sémantique, cette contradiction trouve son origine dans l'histoire du droit : d'un côté, le propre, c'est-à-dire le rapport individuel entre la personne humaine et les choses avec, pour figure de proue, la notion moderne de propriété; de l'autre, le commun, c'est-à-dire le rapport collectif qui unit plusieurs individus à un bien, comme les multiples communautés qui jalonnaient l'ancien droit. Il s'ensuit que les notions transcrivent la manière dont l'être humain conçoit sa relation aux choses. La détermination d'un mode spécifique d'appropriation n'est alors que l'écho de la relation existante entre individu et chose à un moment précis de l'histoire. Cette opposition s'est retrouvée avec force dans l'époque moderne. La propriété, conçue comme consubstantielle au sujet de droit, ne peut être conciliable avec des formes communautaires d'appropriation². Parce qu'elles renient la dimension subjective et individuelle de la propriété, les formes communautaires d'appropriation sont perçues comme des monstruosité juridiques contre lesquelles il est nécessaire de lutter. C'est en ce sens que le Code civil français a œuvré. Par exemple, le droit de vaine pâture reconnu pour certaines communautés d'habitants a été mis en péril par la reconnaissance du droit de se clore prévu par l'article 647 du Code civil

¹ Jean Joseph BUGNET, *Œuvres de Pothier, annotée et mise en corrélation avec le Code et la législation actuelle*, t. 9, Paris, Cosse et Delamotte, 1848, p. 107 :

La raison est que 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, on ne peut plus dire qu'elle me soit propre pour le total, et que j'en aie la propriété pour le total; car propre et commun sont deux choses contradictoires.

² La propriété moderne, hégémonique, aurait ainsi remplacé les communautés. C'est en ce sens que « la propriété sort des entrailles de la communauté » : Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, Lyon 3, 1981, n° 92.

français. En voulant faire du propriétaire un souverain, la modernité a imposé un modèle d'appropriation monolithique fondé sur la propriété exclusive et absolue. Les communautés, parce qu'elles remettent en cause l'empire de la propriété, sont analysées comme des forces qui portent en elles une forme d'archaïsme. Entre la notion de propriété et de communauté, le poids de l'histoire est lourd.

La résurgence des communautés. Cependant, l'époque actuelle semble prendre le chemin inverse, et d'aucuns évoquent désormais le retour ou la résurgence des communs et des communautés³. Loin des considérations médiévales, le développement des communautés reflète des considérations propres à notre temps. À ce titre, plusieurs logiques placent l'approche collective de l'appropriation sous un jour nouveau : une logique de protection de certains biens, principalement environnementaux et culturels, et une logique de partage des biens dits informationnels⁴. La propriété, quant à elle, est au banc des accusés⁵. Trop exclusive, trop

³ C'est une tendance lourde dans le droit des biens contemporain. Voir notamment : Benjamin CORIAT (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2015; Judith ROCHFELD, « Entre propriété et accès : la résurgence des communs », dans Florence BELLIVIER et Christine NOUVILLE (dir.), *La bioéquité – Batailles autour du paradigme du vivant*, Paris, Autrement, 2009, p. 69.

⁴ Dans un ouvrage collectif consacré à « repenser les biens communs », les logiques collectives – de protection et d'accès – sont clairement explicitées. Pour plus de détails, voir : Béatrice PARANCE et Jacques DE SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, Éditions CNRS, 2014.

⁵ Certains auteurs ont relevé ce procès fait à la propriété. Par exemple, un d'entre eux mentionne le fait que « le procès de la propriété moderne est engagé. Son déclin est annoncé au constat de mille indices qui trahiraient le début d'un retournement copernicien chez le Moderne. Foin de la titularité égotique, vive l'usage, le partage, les communs » : Thierry REVET, « Préface », dans Éric DE MARI et Dominique TAURISSON-MOURET (dir.), *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint III. Exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Paris, Éditions Victoires, 2017, p. 4. Sur un même ton, un autre auteur expose que « c'est de la propriété privée dont il s'agit de faire le procès, et plus précisément encore, le modèle qu'en retient le Code civil à travers la définition qu'il en donne à l'article 544 » : William DROSS, « La propriété à l'épreuve de la préservation et du partage des ressources naturelles », dans Benoît GRIMONPREZ (dir.), *Le droit des biens au service de la*

unitaire, celle-ci ne pourrait s'inscrire dans ces logiques collectives et devrait, à ce titre, être combattue⁶. On comprend donc que, si les notions s'opposent, c'est en ce qu'elles sont chacune le réceptacle d'intérêts différents. La propriété traduit l'intérêt individuel du propriétaire, alors qu'une communauté est mue par un intérêt collectif, pour ne pas dire commun⁷.

Pourtant, l'une des expressions les plus significatives du collectif se trouve dans les communautés d'informaticiens et d'utilisateurs formées autour d'un logiciel placé sous licence « libre ». Or, ces licences ne sont pas une négation de la propriété, elles résultent d'un choix de l'auteur de l'œuvre, un choix d'administrer les usages de son bien. L'usage collectif de l'œuvre découle d'un choix délibéré. Voilà une manière iconoclaste de se comporter en propriétaire et qui nécessite un usage détourné de la propriété⁸. En effet, c'est parce que l'auteur est propriétaire qu'il peut, grâce à l'outil contractuel qu'est la licence, opérer une distribution de droits portant sur son œuvre. Il est, à ce titre, créateur d'une communauté dite « positive⁹ ». Le phénomène

transition écologique, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, Dalloz, 2018, p. 29.

⁶ Certains auteurs, davantage philosophes que juristes, estiment qu'« il faut opposer le droit d'usage à la propriété » : Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *Commun – Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2015, p. 467.

⁷ D'un point de vue purement grammatical, il conviendrait d'évoquer l'intérêt commun. Néanmoins, le terme n'est pas totalement neutre : il traduit également, en droit français, l'intérêt des indivisaires ou celui des associés d'une société. Pour notre part, nous reprendrons dans notre texte la distinction suivante établie par Gaële GIDROL-MISTRAL, « L'affectation à but durable, vers une forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », (2016) 46 *R.G.D.* 95, 97, note 6 : « la pluralité est la somme de plusieurs intérêts individuels qui convergent vers un intérêt commun, alors que la communauté opère une transmutation des intérêts individuels en un intérêt commun supérieur autonome, générant un véritable intérêt collectif ».

⁸ Afin de rendre compte du processus, un auteur évoquera la « subversion » de la propriété, « puisqu'il s'agit de faire produire au copyright les effets opposés à ceux qu'on en attend ordinairement » : Mikhail XIFARAS, « Le Copyleft et la théorie de la propriété », (2010) 41-2 *Multitudes* 50, 58.

⁹ Selon la classification des types de communautés juridiques réalisée par une auteure (communauté négative, positive, diffuse), la communauté dite « positive » se caractérise comme « un ensemble délimité de personnes identifiées (et non plus désigné en creux comme précédemment), disposant de véritables

des licences libres prouve que la propriété peut se penser dans la conciliation avec l'idée de communauté.

Dans ce contexte, ne pourrait-on pas concevoir différemment les outils du droit civil? À première vue, l'entreprise apparaît délicate, car les institutions du Code civil sont fondées sur la conception individuelle et exclusive de la propriété. Cependant, la Cour de cassation a, depuis 2012, entériné le fait que le propriétaire peut librement créer des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien. Pour peu de ne pas contrarier l'ordre public, il est désormais possible de créer des droits réels autrefois qualifiés d'innommés. Ce faisant, le droit français s'aligne sur son cousin québécois¹⁰.

droits sur un même bien ou un ensemble de biens et s'institutionnalisant comme une organisation de gouvernement de ces biens. Les membres de la communauté auraient ainsi la qualité de titulaire d'un droit – de propriété, d'usage, ou de gouvernement –, et s'organiseraient autour d'une affectation du bien ou de l'ensemble de biens à cette communauté » : Judith ROCHFELD, « Communauté négative, positive, diffuse », dans Marie CORNU, Fabienne ORSI et Judith ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, coll. « Quadriges », Paris, Presses universitaires de France, 2021, p. 266.

¹⁰ Sur ce point, lire Yaëll EMERICH, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 307 :

En droit civil québécois, la question du *numerus clausus* des droits réels était controversée sous le *Code civil du Bas Canada*. Aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine québécoise admettent généralement l'existence de démembrements innommés [...] Plusieurs droits réels innommés ont été reconnus en droit civil québécois, notamment le droit de coupe de bois et les droits de chasse et de pêche. On peut aussi rencontrer des droits d'extraire du sol des substances minérales ou végétales, de procéder à l'exploitation des forces hydrauliques d'une rivière, ou encore d'exploiter une érablière.

Voir également : Madeleine CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3; Simon-Pierre BERNARD ARAVELO, « Les démembrements innommés de la propriété et la doctrine du *numerus clausus* en droit civil québécois », conférence présentée dans le cadre d'un cycle sur le thème « Réflexion sur le droit de propriété », Université Laval, 2009, en ligne : https://www.cede.fd.ulaval.ca/sites/cede.fd.ulaval.ca/files/simon-pierre_bernard-arevalo.ppt (consulté le 10 décembre 2020).

Nul n'est besoin de préciser que ce droit réel de jouissance spéciale a été étudié sous ses diverses coutures : on a recherché sa nature¹¹, son régime¹², ses potentialités pratiques¹³, tout autant en interrogeant sa durée¹⁴ – sujet auquel il semble toujours délicat d'apporter une réponse claire et précise¹⁵. Les interrogations générées par cet outil juridique nouveau sont

¹¹ William DROSS, « La qualification du droit réel de jouissance spéciale », dans *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, Actes du colloque du 18 janvier 2017, (2017), n° 324, *N.V.P.*, p. 14; Jérôme FRANÇOIS, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale? », D. 2019.chr.1660.

¹² Julien DUBARRY, « Le régime juridique du droit réel de jouissance spéciale », dans *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, Actes du colloque du 18 janvier 2017, (2017), n° 324, *N.V.P.*, p. 16; Lionel ANDREU, « Analyse et régimes des droits de jouissance spéciale », dans Lionel ANDREU (dir.), *Libertés contractuelle et droits réels – Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 133 et suiv.

¹³ Pour exemple : Jean-Christophe HOCHÉ, « Les applications en droit rural », dans *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, Actes du colloque du 18 janvier 2017, (2017), n° 324, *N.V.P.*, p. 36; Philippe KRUMMENACKER, « Les applications en droit des sociétés », dans *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, Actes du colloque du 18 janvier 2017, (2017), n° 324, *N.V.P.*, p. 29; Nicolas LAURENT-BONNE, « Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial », *AJ Famille* 2019.3.144; Patrice HOANG, « L'aménagement contractuel d'un droit réel de jouissance spéciale sur les droits sociaux : quelles sont les véritables limites? », D. 2020.chr.663; Mustapha MEKKI, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *RDC* 2014.1.105.

¹⁴ La question de la durée des droits réels de jouissance spéciale mérite à elle seule une étude approfondie. Nous ne l'analyserons cependant pas directement dans notre article, car nous nous concentrerons sur les potentialités collectives et communautaires que les droits réels de jouissance spéciale représentent en termes de distribution des utilités d'une chose appropriée.

¹⁵ En résumé, la jurisprudence de la Cour de cassation a reconnu, dans les arrêts *Maison de Poésie I* (Civ. 3^e, 31 oct. 2012, *Bull. civ.*, III, n°159, n°11-16.304) et *Maison de Poésie II* (Civ. 3^e, 8 sept. 2016, *Bull. civ.*, n° 14-26953), qu'un droit réel de jouissance spéciale pouvait être constitué pour la durée de vie de la fondation qui en était titulaire. En effet, l'existence d'un terme ne confère pas au droit un caractère perpétuel, bien que la possible reconduction de la personnalité morale de la fondation puisse, *in fine*, confiner à une forme de perpétuité de fait (sur cette analyse, voir : Frédéric DANOS, « Le caractère temporaire du droit réel de jouissance spéciale consenti sur la durée de vie de la personne morale bénéficiaire », *RDC* 2017.1.123; Rémy LIBCHABER, « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC* 2013.2.584; William DROSS, « L'arrêt Maison de Poésie 2 : a-

donc grandes. À ce titre, les possibilités collectives, voire communautaires, de ce droit réel nouveau méritent d'être explorées. C'est dans cette perspective que la présente étude s'inscrit. Elle se propose ainsi de pousser le curseur en analysant, d'une part, les potentialités collectives des droits réels de jouissance spéciale (partie I) puis, d'autre part, en recherchant s'ils pourraient devenir des outils au service d'aspirations communautaires (partie II).

I. Les droits réels de jouissance spéciale ou le potentiel rapport collectif sur un même bien

En reconnaissant la faculté de créer des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien, la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation certifie, de manière définitive, la fin de la théorie du *numerus clausus* des droits réels (A). Ce faisant, elle reconnaît au propriétaire la faculté de créer des droits réels portant sur des utilités précises de son bien, ceux-ci lui permettant de réaliser une distribution des usages entre plusieurs titulaires (B), ce qui pourrait rapprocher la propriété civiliste de l'approche américaine de la propriété conçue comme un « faisceau de droits » (C).

A) L'acquis : la consécration de la libre constitution des droits réels portant sur la chose d'autrui

Le principe du *numerus clausus*. En droit civil, le droit réel portant sur la chose d'autrui a été conçu comme un outil juridique permettant de partager les usages d'un bien entre le titulaire dudit droit et le propriétaire.

t-on seulement avancé? », *RTD civ.* 2016.894). Cependant, dès lors que les parties n'ont pas pourvu le droit réel de jouissance spécial d'un terme, ce sont les règles applicables à l'usufruit et au droit d'usage et d'habitation qui s'appliquent, c'est-à-dire 30 années si le bénéficiaire est une personne morale (Civ. 3^e, 28 janv. 2015, *Bull. civ.*, III, n° 13, n° 14-10.013; Civ. 3^e, 4 mars 2021, n° 19-25.167, inédit). On relèvera cependant que le droit réel qui est attaché à un lot de copropriété établi pour l'usage et l'utilité des autres lots appartenant à d'autres propriétaires est perpétuel. De manière générale, nous résumerions en affirmant que la perpétuité d'un droit réel de jouissance spécial conféré à une personne est prohibée. Qu'en serait-il cependant si ce droit était doté d'un terme très éloigné dans le temps (120 ou même 200 ans)? La question reste ouverte.

À ce titre, le Code civil fait mention, en son article 543, d'une liste composée de plusieurs droits réels. On y trouve les droits dits de jouissance que sont l'usufruit de même que le droit d'usage et d'habitation, mais aussi des services fonciers que sont les servitudes. C'est autour de cet article que s'est cristallisé un débat qui a animé la doctrine civiliste française durant de nombreuses années, à savoir : la liste des droits réels donnée par l'article 543 du Code civil est-elle limitative? Dans un tel cas, seuls les droits cités seraient susceptibles d'être admis, ils seraient le contenu d'un *numerus clausus* des droits réels.

Cette opinion, née de certaines grandes plumes du XIX^e siècle¹⁶, a perduré et s'est installée dans l'esprit des juristes¹⁷. Pour autant, l'exégèse du texte apparaît contraire à l'idée d'une limitation des droits réels. En effet, l'article 543 du Code civil dispose qu'« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». Du point de vue grammatical, l'emploi du « ou » indique une disjonction inclusive, c'est-à-dire que les éléments mis en conjonction peuvent cohabiter comme être dépassés. Dès lors, les droits cités ne seraient que des exemples de droits réels possibles et non les seuls droits réels autorisés. D'ailleurs, les tenants de la théorie du *numerus clausus* vont s'éloigner de la pure exégèse et rechercher l'appui d'autres

¹⁶ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. II, Paris, Plon, 1881, p. 443 : « la loi donne assez à entendre que les droits de jouissance et de servitude sont les seules modifications possibles de la propriété ». De même, pour Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon : De la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 2, Paris, Durant & Hachette, 1854, p. 457 et 458 :

[N]ous concluons que l'article 543 est limitatif, et qu'en conséquence les droits que les parties peuvent établir sur les biens, doivent nécessairement toujours pouvoir être ramenés à l'une de ces trois classes : soit à un droit de propriété; soit à un droit de jouissance, c'est-à-dire d'usufruit, d'usage ou d'habitation; soit enfin à des services fonciers. C'est dans ce cercle que la liberté des conventions et des dispositions doit se mouvoir. Au-delà, il n'y a que des droits personnels, comme par exemple, le droit résultant du bail.

¹⁷ Voir notamment : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 2^e éd., t. II, coll. « Quadriges », Paris, Presses universitaires de France, 2017, n° 706; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. « Droit fondamental », Paris, Presses universitaires de France, n° 296.

arguments. C'est ainsi que l'ancien article 2215 du Code civil – lequel limitait les hypothèques aux seuls cas prévus par la loi – a été analysé comme une confirmation du *numerus clausus*¹⁸. Selon cette perspective, l'article 543 serait le principe général, tandis que l'article 2215 serait son application aux cas des droits réels accessoires. De même, plus que le texte de la loi, les défenseurs de la théorie vont en rechercher l'esprit. À ce titre, le principal argument a été l'invocation d'une citation du conseiller d'État Threillard, qui écrivait que les droits réels prévus par l'article 543 sont « les seules modifications dont les propriétés soient susceptibles dans notre organisation politique et sociale¹⁹ ». À suivre ces auteurs, la théorie du *numerus clausus* des droits réels serait donc la garantie de l'ordre civil des biens, autrement dit une garantie de la propriété exclusive et absolue.

Le *numerus clausus* des droits réels et la propriété. La consécration doctrinale d'une liste limitative des droits réels s'inscrit comme le reflet d'une conception absolutiste de la propriété. Celui-ci ressurgit, derrière le discours technique, le présupposé idéologique qui guide la théorie. Dès le départ, les tenants d'une limitation légale des droits réels ne font pas silence des enjeux politiques au cœur du débat. Ainsi, Demolombe percevra la libre création des droits réels comme une menace pour la sécurité des conventions²⁰. Mourlon, quant à lui, évoquera le serpent de mer qu'est le retour du « vieux droit féodal²¹ ». Pour Lesenne, le *numerus clausus* se justifie au nom de l'absolutisme propriétaire, puisque la propriété est « un droit absolu et sans partage [...] et si la propriété est parfois soumise

¹⁸ Sur ce point et sur l'ensemble des éléments constitutifs de la théorie du *numerus clausus* des droits réels en droit civil français, voir : Laurent PFISTER, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e », RDC 2013.4.1261, p. 1276.

¹⁹ Pierre Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, Paris, 1827, p. 33.

²⁰ Ici encore, l'argument ne paraît pas tenir puisqu'il considère, sur le même plan, les droits réels accessoires et les droits réels principaux.

²¹ Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, 8^e éd., Paris, A. Marescq, 1869, n° 1431, p. 683.

à des démembrements, ils ne peuvent être qu'une création de la loi civile²² ».

Par ces différents exemples, nous voyons que s'exprime la tension existante entre la défense de la propriété et la liberté des conventions. Ce lien n'est en définitive que les conséquences produites par les droits réels sur la chose d'autrui à la propriété. En effet, un droit de jouissance, parce qu'il permet à son titulaire de jouir de certaines utilités du bien, obère nécessairement les pouvoirs du propriétaire. En somme, les droits réels portant sur la chose d'autrui détiennent, dans leur principe, la négation de la *plena in re potesta*, c'est-à-dire du pouvoir souverain du propriétaire. Limiter l'expression des droits réels reviendrait, indubitablement, à restreindre de possibles entraves à la propriété. À l'inverse, reconnaître le principe de libre conventionnalité des droits réels peut être perçu comme autant de coups de semonce portés à la propriété. C'est la raison pour laquelle certains auteurs perçoivent, dans la fin du *numerus clausus* des droits réels, une force qui s'oppose à un ordre public des biens dont la défense de la propriété serait la première des fonctions²³.

La fin affirmée du *numerus clausus* des droits réels. Cependant, malgré cette théorie, l'idée d'un cloisonnement des droits réels portant sur la chose d'autrui n'est plus, à notre sens, une donnée du droit civil français. Il convient même de se demander si la théorie du *numerus clausus* des droits réels a été réceptionnée par les juges. Rien n'est moins certain. Si l'arrêt *Caquelard* est souvent pris comme exemple des démembrements originaux de la propriété²⁴, il est intéressant de voir que les magistrats, parfois placés devant des droits réels issus de l'ancien droit, n'ont pas hésité à reconnaître leur dimension *sui generis*. Tel a été notamment le cas, par exemple, d'un droit de seconde herbe reconnu au bénéfice d'une communauté d'habitants

²² Napoléon Madeleine LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes) suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, Cosse et Marchal, 1858, p. 9 et 10.

²³ « Ainsi, en droit des biens, c'est souvent le contrat qui asservit, et l'ordre public qui libère » : Romain BOFFA, « L'ordre public des biens au XXI^e siècle : rapport de synthèse », dans L. ANDREU (dir.), préc., note 12, p. 262.

²⁴ Req., 13 février 1834, D. 1834.1.218, S. 1834.1.205; Henri CAPITANT, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., t. 1, Paris, Dalloz, 2015, n^o 66.

et qualifié de « droit réel immobilier d'une nature particulière²⁵ ». Toutefois, la qualification *sui generis* de ces droits ne permettait pas d'affirmer avec certitude la reconnaissance d'un principe de libre constitution des droits réels. En effet, s'il est une chose que d'admettre la survivance de conventions multiséculaires échappant aux qualifications civilistes, cela en est une autre que de reconnaître, pour le présent et l'avenir, la possibilité de pouvoir librement créer des droits réels en dehors de ceux qui sont prévus par le Code civil.

Pour autant, la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation semble avoir définitivement franchi le pas par un arrêt dit « Maison de Poésie²⁶ », en date du 31 octobre 2012. Rendu au visa des articles 544 et 1134 (ancien) du Code civil, l'arrêt affirme que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». Le choix du double *visa* n'est pas sans importance : si l'utilisation de l'article 544 n'a rien de surprenant, la référence à l'article 1134 (ancien) est loin d'être anodine. Socle de la liberté contractuelle, son utilisation, combinée à l'article 544, exprime la faculté offerte aux parties de démembrer librement le droit de propriété, tout en confirmant la force contraignante d'une telle convention. Ainsi, si la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation ne proclame pas, *urbi et orbi*, le principe de liberté de constitution des droits réels, celui-ci se déduit de la solution donnée. En effet, en retenant une qualification juridique innommée, puis en rappelant que les parties sont liées par les dispositions qu'elles ont passées entre elles, la Cour régulatrice reconnaît la possibilité de créer des droits réels en dehors de la liste donnée par l'article 543 du Code civil²⁷.

²⁵ Civ. 3^e, 25 mars 1992, *Bull. civ.* III, n° 106, n° 86-21866. Voir également pour un droit de chasse qualifié comme un « attribut de droit de propriété s'analysant en un droit réel d'usage viager attaché au fonds » : Civ. 3^e, 2 oct. 2002, n° 00-14029.

²⁶ Civ. 3^e, 31 oct. 2012, *Bull. civ.* III, n° 159, n° 11-16304.

²⁷ Cette position sera cependant exprimée clairement par l'un des conseillers de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation lorsqu'il mentionne « l'acte de décès de la thèse du *numerus clausus* », et de continuer en précisant que « les juristes peuvent désormais imaginer toute sorte de droits réels variés, adaptés à la situation des biens et de leurs propriétaires » : Olivier ECHAPPÉ, « Propriété et droits principaux : les arrêts fondation Maison de Poésie », *Defrénois* 2018.33.15, p. 17 et 19.

La Cour de cassation a confirmé à plusieurs reprises sa position en reprenant la qualification de « droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien²⁸ ». Cependant, la libre constitution des droits réels n'est pas un blanc-seing donné aux parties, car celles-ci restent dans l'obligation de respecter les règles d'ordre public. De fait, les hauts magistrats ont précisé l'impossibilité de requalifier, *ex post*, un droit réel principal en droit réel de jouissance spéciale dans le seul but d'en évincer les causes de nullité²⁹. La liberté reconnue est donc encadrée, avec pour finalité de ne pas vider la substance des droits réels principaux présents dans le Code civil³⁰.

En définitive, la fin de la théorie du *numerus clausus* des droits réels est désormais actée. Celle qui prenait parfois la figure d'un mythe³¹ appartient dorénavant à l'histoire de la pensée juridique. La tension existante entre conventionnalité et propriété – et qui pouvait justifier la limitation des droits réels – semble aujourd'hui s'apaiser, les droits réels de jouissance spéciale se trouvant « au confluent du droit de propriété et du droit du contrat³² ». Cette faculté reconnue de pouvoir créer conventionnellement des droits réels de jouissance spéciale opère un décloisonnement de la catégorie des droits réels et ouvre le chemin des possibles en offrant au propriétaire une souplesse accrue dans l'allocation des usages de son bien.

B) La potentialité : la distribution des utilités de la chose par les droits réels de jouissance spéciale

Une jouissance spéciale, c'est-à-dire restreinte. En vue de comprendre pourquoi les droits réels de jouissance spéciale permettraient une distribution des utilités du bien, il convient de s'interroger sur les

²⁸ Sur ce point : Civ. 3^e, 28 janv. 2015, *Bull. civ.* III, n°13, n° 14-10013; Civ. 3^e, 7 juin 2018, *Bull. civ.* III, n° 61, n° 17-17240.

²⁹ Civ. 3^e, 6 juin 2019, *Bull. civ.* III, n°18, n° 18-14547, FS-PBI.

³⁰ Voir notamment : Julien DUBARRY, « Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale pour préserver celui des autres droits réels? », *D.* 2019.1689.

³¹ Blandine MALLET-BRICOUT, « Le *numerus clausus* des droits réels : la fin d'un mythe », dans *19^e Conférence Albert-Mayrand*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 10.

³² Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16304, R.D.I. 2013.80, obs. Bergel.

spécificités de ce type de droit. À suivre la terminologie employée par la Cour de cassation, c'est la jouissance qui est spéciale et non le droit³³. Il y aurait donc une spécificité de la jouissance octroyée par ce droit. Il existe en effet des différences notables par rapport aux droits réels de jouissance codifiés. C'est ainsi que le droit d'usage et d'habitation, bien qu'il permette une jouissance restreinte du bien, se révèle difficilement dissociable de la dimension personnelle et familiale que lui offre le Code civil³⁴. Le cas de l'usufruit est différent, son titulaire disposant d'une large assiette qui lui permet de jouir du bien comme le propriétaire lui-même³⁵. Il est aisément perceptible que la jouissance spéciale diffère de la jouissance presque générale de l'usufruitier. Elle s'éloigne également de la jouissance prévue pour le droit d'usage et d'habitation puisqu'elle est libérée du cadre personnel et familial de ce dernier. En conséquence, certains auteurs voient la jouissance spéciale comme une jouissance « restreinte, délimitée, spécifique³⁶ ». À partir du moment où la conventionnalité prend une place significative dans la possibilité de concevoir des droits réels, c'est la diversité des utilités des choses qui offre de nouveaux horizons. Ce faisant, la Cour de cassation permet au propriétaire de constituer des droits de jouissance portant sur une ou des utilités extrêmement précises du bien. Par exemple, un auteur évoquera la possibilité « d'ériger n'importe quel usage de la chose en droit réel afin d'en investir un tiers. Il sera donc par exemple possible de conférer à un tiers le droit de faire du pédalo sur un étang et à

³³ « [C]'est la jouissance qui est spéciale, par ses caractères, et non le droit » : L. ANDREU, préc., note 12, à la p. 137.

³⁴ Code civil français, art. 630 al. 1 : « Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille », le second alinéa ajoutant : « Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage. »

³⁵ Code civil français, art. 578 : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. » Dès lors, « peut-on imaginer que l'usufruitier soit encore titulaire d'un usufruit s'il n'accède pas à l'usus et au fructus comme le propriétaire? Une modification des pouvoirs de l'usufruitier est difficilement concevable sans disqualifier l'usufruit » : Antoine TADROS, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », dans L. ANDREU (dir.), préc., note 12, p. 90.

³⁶ Louis D'AVOUT et Blandine MALLET-BRICOUT, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », D. 2013.B.53.

un autre le droit de faire de la voile, mais les nuits de pleine lune seulement et sur un bateau blanc encore³⁷ ».

Cette définition du caractère « spécial » de la jouissance apparaît comme la plus à même de délimiter le champ d'application de ces droits réels nouveaux. Pris en ce sens, ils ne pourraient pas être utilisés comme des chevaux de Troie en vue de contourner le régime parfois restrictif des droits réels codifiés. Comment envisager la création d'un droit réel de jouissance spéciale qui conférerait le plein usage d'un bien, comme peut le faire le droit d'habitation, tout en conférant une durée supérieure à celle qui est prévue par le Code civil pour le droit d'usage et d'habitation? Une telle hypothèse n'aurait-elle pas pour effet de vider le droit d'usage et d'habitation de sa substance? Néanmoins, dans l'affaire *Maison de Poésie*, le droit réel octroyait la jouissance ou l'occupation gratuite des locaux dans lesquels la fondation était installée. La jouissance ne semblait pas spéciale, dans le sens où elle ne portait pas sur une utilité particulière du bien, mais ressemblait davantage à l'assiette d'un droit d'usage et d'habitation. Dans cette affaire, seule la durée prévue par le contrat se révélait spéciale, puisqu'elle était prévue pour la durée de la fondation, ce qui dépassait ainsi largement la durée maximale de 30 années fixées pour une personne morale titulaire d'un droit d'usage et d'habitation. En somme, ce n'était pas tant l'assiette de la jouissance qui revêtait un caractère spécial que sa durée. Pourtant, certains auteurs perçoivent le caractère spécial de la jouissance non pas uniquement en termes d'assiette, mais d'affectation. La jouissance serait donc spéciale à partir du moment où les utilités concédées seraient liées à une activité précise et déterminée³⁸, ce qui était le cas pour la fondation *Maison de Poésie*. On conviendra qu'il existe toujours un doute sur la question de savoir ce que confère réellement la jouissance spéciale d'un bien³⁹.

A minima, on sait que le droit réel de jouissance spéciale permet de conférer des jouissances cantonnées, portant sur des utilités précises du bien. C'est justement cette potentialité nouvelle, cette spécification de

³⁷ W. DROSS, préc., note 11, p. 14.

³⁸ En ce sens : N. LAURENT-BONNE, préc., note 13.

³⁹ Sur l'approche restrictive de la jouissance spéciale, voir notamment : J. FRANÇOIS, préc., note 11.

l'usage, qui permet d'envisager les virtualités collectives de ces droits réels grâce à leur multiplication sur un même bien. Une telle solution n'aurait cependant rien de classique.

L'approche classique de la multiplication des droits réels sur un même bien. Les droits réels de jouissance principaux (usufruit, droit d'usage et d'habitation) opèrent un partage des utilités du bien entre le titulaire dudit droit et le propriétaire. Il existe donc, en soi, une dimension collective des droits réels principaux. Il ne faut cependant pas faire flèche de tout bois et conclure que la multiplication de ces droits réels permettrait un partage effectif des utilités du bien entre plusieurs personnes, voire entre les membres d'une communauté.

En effet, la multiplication des droits réels sur le même bien n'est pas une solution qui prévaut traditionnellement. La dimension collective des droits réels se conjugue le plus souvent au singulier, c'est-à-dire dans l'état de concurrence des droits qu'est l'indivision. Il en est par ailleurs de même pour certains droits réels *sui generis*. Par exemple, un droit « de jeu » portant sur un terrain de golf reconnu à plusieurs cotitulaires a été qualifié de droit indivis⁴⁰. Il existe alors des titularités concurrentes destinées au même bien avec, pour corollaire, le droit au partage des indivisaires⁴¹. Loin d'être une solution collective, l'indivision est, au contraire, une solution individualiste. Le propre soumet le potentiel commun⁴².

⁴⁰ Civ. 3^e, 16 mai 2001, n° 98-14062 :

[L]e droit de jeu [...] 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.

⁴¹ « Sitôt que plusieurs individus peuvent prétendre concurremment tirer parti des mêmes utilités, la situation d'indivision est caractérisée et le partage doit pouvoir être en pratique exigé » : William DROSS, *Droit civil : Les choses*, LGDJ, 2012, p. 299. Pour exemple : Civ. 1^{re}, 26 sept. 2007, *Bull. civ. I*, n° 307, n° 06-14422.

⁴² D'un point de vue historique, l'indivision a été l'une des techniques permettant de mettre fin aux institutions communautaires, ce qui fera dire à un auteur qu'elle a participé à « la déchéance du paradigme communautaire » : Frédéric ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des

La Cour de cassation a d'ailleurs fait une lecture extensive de la solution lorsqu'elle a reconnu la présence d'« indivision en jouissance ». En ce sens, l'état d'indivision a notamment été admis entre le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation et un propriétaire⁴³. L'indivision ne résultait pas de droits de même nature, mais bien de jouissances concurrentes découlant de l'octroi de prérogatives de même nature⁴⁴. Dans le cas des droits réels de jouissance spéciale, il est possible de prendre le contre-pied de cette solution. En effet, si plusieurs droits réels confèrent sur le même bien des jouissances portant sur des utilités différentes, les prérogatives de chacun ne seraient pas de même nature. L'état d'indivision n'étant pas caractérisé, il existerait de simples jouissances simultanées sur des utilités différentes.

L'approche renouvelée de la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur le même bien. Comme nous l'avons exposé, les droits réels de jouissance spéciale offrent au propriétaire la possibilité de démembrement librement les utilités de son bien. Par exemple, le propriétaire pourrait reconnaître un droit de récolter les pommes de son verger à deux titulaires de droits réels de jouissance spéciale. Les jouissances portant ici sur des utilités similaires, elles seraient alors concurrentes et donc en état d'indivision. Cependant, si ce propriétaire reconnaissait à un seul titulaire un droit de récolter les pommes et à un autre le droit de ramasser les pommes tombées au sol, il n'y aurait pas d'état d'indivision, car les jouissances ne seraient pas concurrentes. On comprend alors la possibilité nouvelle qu'offre le caractère conventionnel des droits réels de jouissance spéciale :

modèles propriétaires », dans *Les modèles propriétaires*, coll. « Actes et colloques », Paris, LGDJ, 2012, p. 228.

⁴³ Civ. 3^e, 7 juill. 2016, n° 15-10278 : DANOS, 2016, *RDC*, p. 737; JULIENNE, D.2016.2263; MARCIE-MORIN et NIEL, (2017), *AJDI*, p. 136; BERGEL, (2016), *RDI*, p. 541; Casey, (2016) *AJ famille*, p. 439; LEROND, (décembre 2016), *Gaz. Pal.*, p. 71; GUÉGUAN, (décembre 2016), *JCP N*, p. 34; PENIN, (novembre 2016), *JCP N*, p. 38; STURLÈSE, (2016), *JCP G*, p. 1911; PÉRINET-MARQUET, (2016), *JCP G*, p. 2054; DROSS, (2017), *RTD civ.*, p. 180; PERRUCHOT-TRIBOULET, (2016), n° 142, *RDLC*, p. 30; SEUBE et REVET, (2016), n° 263, *Dr. et patrim.*, p. 93.

⁴⁴ C'est que souligne W. DROSS, préc., note 41 : « Sitôt que plusieurs individus peuvent prétendre concurremment tirer parti des mêmes utilités, la situation d'indivision est caractérisée et le partage doit pouvoir être en principe exigé. »

permettre au propriétaire de librement déterminer l'administration des usages de son bien et opérer un partage de ces derniers entre une pluralité de titulaires de droits réels.

Cette solution, qui paraît novatrice, trouve néanmoins un lien de filiation historique dans la tradition coutumière du droit des biens. L'époque médiévale avait une représentation utilitariste de la chose puisque l'appropriation ne portait que rarement sur l'ensemble des utilités du bien, mais plutôt sur une ou plusieurs utilités spécifiques⁴⁵. Cela conduisait, grâce à des institutions juridiques diverses⁴⁶, à superposer des jouissances différentes concernant la même chose pour en maximiser ses usages. C'est d'ailleurs en raison de cette filiation historique que certains auteurs condamnent aujourd'hui cette potentialité⁴⁷. Toutefois, cette solution ne doit pas laisser à penser que le droit des biens vivrait sa contre-révolution. Contrairement à la vieille propriété divisée, il n'est ici question que d'un seul droit de propriété et de plusieurs droits réels portant sur la chose d'autrui. Pratiquement, cela permettrait de reconnaître à plusieurs personnes des prérogatives différentes sur le même bien, sans pour autant diviser la propriété en de multiples domaines. À défaut d'avoir remis au goût du jour les propriétés simultanées, cette solution consacre la création de jouissances simultanées. En somme, si la multiplication des droits réels de jouissance

⁴⁵ Voir sur ce point : Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. « Droit fondamental », Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 21.

⁴⁶ Les institutions de l'époque étaient diverses : elles pouvaient permettre le partage des utilités d'une chose en reconnaissant une propriété individuelle sur une ou plusieurs utilités du bien (saisine coutumière) ou par l'octroi de droits d'usage collectifs reconnus à des communautés déterminées (vaine pâture, pacage, glanage, affouage, etc.).

⁴⁷ Thomas GENICON, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale », dans L. ANDREU (dir.), préc., note 12, à la p. 125 :

Il n'en demeure pas moins que le danger existe, à la seule échelle du bien, qu'à force de distribuer ses utilités entre une multitude de protagonistes, on empêche sa saine gestion et sa juste valorisation. Dans le même temps, à l'échelle du commerce cette fois, le risque est réel, en pulvérisant les jouissances en une poussière de prérogatives de noyer les biens dans une forme rampante de collectivisme, confortée par l'impossibilité en fait de sa circulation.

spéciale sur le même bien devait trouver ses racines, elles seraient davantage coutumières que féodales⁴⁸. Au-delà de cette filiation historique, cette solution affiche également un air de famille – certes éloignée par quelques latitudes – avec la conception étasunienne de la propriété.

C) La perspective : vers une propriété partageable?

Pour certains auteurs, les droits réels de jouissance spéciale conduiraient à une forme d'atrophie du modèle du propriétaire souverain « au profit d'une propriété ressourcée qu'il faut repenser dans ses utilités "partageables et variables"⁴⁹ ». À partir de ce constat, la tentation est grande de tisser un lien avec la propriété conçue comme un « faisceau de droits », notamment telle qu'elle est appréhendée par les tenants du mouvement des « communs ».

Dans cette théorie, la propriété se compose de plusieurs droits librement distribuables entre des titulaires différents. Comparée à la propriété civiliste, cette approche confère à la propriété une dimension

⁴⁸ La tendance du droit civil des biens français à renouer avec son héritage médiéval a été soulignée en doctrine. En ce sens, lire Florent MASSON, « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube? », D. 2018.1577 : « Arrêt après arrêt, le droit français des biens renoue partiellement avec son passé médiéval, trop longtemps délaissé ou jugé irrationnel. L'Ancien Droit est en train de prendre sa revanche. De même que le code de 1804 réussit en son temps à faire œuvre de synthèse dans de nombreux domaines entre droit romain, droits coutumiers et droit révolutionnaire, l'heure est venue de faire de même en matière de droits réels ». Voir également : Anne-Marie PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens histoire de l'immeuble corporel », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens : Troisièmes Journées René Savatier*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 3; Pierre LEGAL, « Les vertus de la propriété partagée. Des fondements de l'Ancien droit aux attentes contemporaines », dans L. ANDREU (dir.), préc., note 12, p. 11 et suiv.; Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, « Définir le droit naturel de propriété », (2009) 19 *Histoire de la justice* 321, 321 : « Doit-on dès lors – certains le font, en général pour le déplorer – parler d'une sorte d'involution de l'histoire qui se traduirait sur bien des points par un retour inavoué aux formes juridiques de l'ancien droit et à ses propriétés superposées [?] »

⁴⁹ Laurent NEYRET et Nadège REBOUL-MAUPIN, « Droit des biens (Panorama) », D.2015.1863.

éminemment relationnelle⁵⁰, en ce qu'elle rend compte de la potentialité collective qui réside dans le partage des divers droits qui composent le faisceau. Ainsi, quand Elinor Ostrom décrit le régime de propriété des communs dits fonciers⁵¹, elle met en exergue les multiples droits qui composent le faisceau. Elle distingue les droits dits « opérationnels » (droit à l'accès et au prélèvement) des droits dits de « choix collectifs » (droit de gestion, d'exclusion et d'aliénation), tout en précisant que ces droits peuvent être indépendants les uns des autres. Autrement dit, la titularité d'un droit particulier n'emporte pas nécessairement la titularité d'autres droits. Les titularités ne sont donc pas toutes identiques : elles peuvent parfois être cantonnées dans les seuls droits « opérationnels », parfois comprendre ces derniers en plus du droit de gestion, ou même l'ensemble des droits qui compose le faisceau. Le régime de propriété des communs dits fonciers se caractérise ainsi par l'existence de plusieurs droits variés partagés entre des titulaires différents n'ayant pas tous les mêmes prérogatives sur la ressource commune.

En somme, en conceptualisant la propriété non pas comme une puissance attachée à la personne ou un droit réel conférant un pouvoir absolu à son titulaire, mais tel un faisceau de droits potentiellement distribuables, il est possible de rendre compte d'une forme de propriété plus collective, voire communautaire. Cela étant, une telle conceptualisation ne doit pas être comprise comme un processus d'essentialisation. Il est plutôt question alors d'une description fonctionnelle de la propriété⁵², c'est-à-dire plus analytique que prescriptive. Dès lors, sans dire qu'il faille rénover la

⁵⁰ L'approche américaine de la propriété se conçoit comme « [notre traduction] un ensemble de relations juridiques qui relient les personnes entre elles et secondairement ou accessoirement implique une chose » : Thomas W. MERRILL et Henry E. SMITH, « What Happened to Property in Law and Economics? », (2001) 111 *The Yale Law Journal* 357, 365. Voir également : Stephen R. MUNZER, « Property as Social Relations », dans Stephen R. MUNZER (dir.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 36.

⁵¹ Edella SCHLAGER et Elinor OSTROM, « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », (1992) 68-3 *Land Economics* 249.

⁵² Sur ce point : Yaëll EMERICH, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 149-161.

propriété civiliste à l'aune de la théorie des « faisceaux de droits⁵³ », elle permet néanmoins de concevoir plus aisément le partage des utilités du bien entre des titulaires différents. Une partie de la doctrine française a d'ailleurs réceptionné cette idée en analysant ces droits réels nouveaux à travers leurs potentialités collectives⁵⁴. À ce moment-là, la propriété n'est plus simplement perçue comme un îlot d'exclusivisme, dont le seul propriétaire serait amené à jouir de l'ensemble des utilités du bien, mais elle est vue à l'image d'une institution plus inclusive⁵⁵. Certes, la possibilité offerte au

⁵³ *Contra* : Jean-Pascal CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ.* 2014.763; Fabienne ORSI, « Revisiter la propriété pour construire les communs », dans Benjamin CORIAT (dir.), *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Éditions Les Liens qui libèrent, 2015, p. 51.

⁵⁴ Nadège REBOUL-MAUPIN, « Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété », D.2020.B.1689, n° 18 :

Par conséquent, en droit de la copropriété, le droit réel de jouissance spéciale [...] revient à considérer que l'évolution de la propriété en droit des biens français par l'influence du droit spécial des biens devrait tendre incessamment « vers une conception américaine dite du “Bundle of Rights” » [...] Moralité, la puissance de la propriété passe par son évolution et, qui sait, sa socialisation! Après la propriété individuelle, c'est la propriété commune, et donc à la propriété aux utilités partagées issue d'une conception doctrinale et prétorienne renouvelée des accès aux utilités d'un bien, de prospérer.

M. MEKKI, préc., note 13; Judith ROCHFELD (dir.), *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Étude annuelle 2019*, Paris, La Documentation française, 2020, p. 226 et 227 :

Ces interrogations laissent ouverte la question de l'évolution du droit français de la propriété vers une conception américaine dite du « Bundle of Rights » [...] et la question peut se poser de savoir si ce droit réel de jouissance spécial pourrait être à lui seul, sans repenser la figure du propriétaire, l'instrument d'une éventuelle évolution du droit français vers une propriété qui révélerait d'un faisceau de droits.

⁵⁵ En doctrine française, l'idée d'une propriété inclusive a été défendue par plusieurs auteurs, voir notamment : Fabien GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 2016.6.185; Caroline GUIBET LAFAYE et Pierre CRÉTOIS, « Y a-t-il une alternative à la conception exclusiviste classique du droit de propriété? Une théorie inclusive de l'appropriation », dans Thomas BOCCON-GIBOD et Pierre CRÉTOIS (dir.), *État social, propriété publique et biens communs*, coll. « Les Voies du politique », Lormont, Le Bord de l'eau, 2015,

propriétaire d'inclure autrui dans son rapport d'appropriation n'est pas nouvelle, et elle demeure le point commun de l'ensemble des droits réels de jouissance⁵⁶; cependant, en raison de la possibilité de démultiplier les jouissances sur le bien, c'est le caractère « subversif⁵⁷ » des droits réels qui ressurgit, celui d'une contestation du modèle individuel de la relation aux biens.

II. Les droits réels de jouissance spéciale ou le potentiel réceptacle de l'intérêt collectif d'une communauté

Afin que le droit réel de jouissance spéciale puisse être un outil au service d'une communauté, encore faut-il que celle-ci puisse être caractérisée. Pour ce faire, la présence d'un lien communautaire unissant différentes personnes est nécessaire : il prendra alors la forme d'un intérêt collectif formé autour d'un bien (A). Néanmoins, le droit français reste rétif à l'idée de reconnaître une communauté comme un sujet de droit à part entière (B). Il serait cependant possible de contourner cet obstacle par la reconnaissance de droits réels multiples aux différents membres de la communauté (C).

A) Le lien communautaire : l'intérêt collectif formé autour d'un bien

La détermination d'un lien communautaire. Loin d'être une inconnue du droit civil français, la notion de communauté trouve encore certaines formes d'expression. C'est le cas, par exemple, du régime matrimonial dit de la « communauté ». L'idée de communauté revêt ici un double aspect : d'abord, la mise en commun de biens, dits également les

p. 71; Judith ROCHFELD et Séverine DUSOLLIER, « Propriété inclusive », dans M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), préc., note 9, p. 1068. L'idée d'une propriété comme étant composée d'un droit d'inclusion a également été théorisée en droit américain : Daniel B. KELLY, « The Right to Include », (2014) 63 *Emory L.J.* 857.

⁵⁶ « La technique du droit réel repose sur un transfert d'utilité. Plutôt que de se réserver les utilités de sa chose, le propriétaire en concède le bénéfice à autrui » : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 17, p. 457.

⁵⁷ Romain BOFFA, « Quel avenir pour les droits réels? », dans Romain BOFFA (dir.), *L'avenir du droit des biens*, coll. « Grands Colloques », Paris, LGDJ, 2016, p. 83, à la p. 89.

biens de « la communauté »; ensuite, celle d'un lien qui unit les membres composant cette communauté, en l'espèce un lien familial. Il s'ensuit que le simple partage de biens par une collectivité, plus ou moins étendue, ne suffirait pas à définir une communauté. Celui-ci doit être complété par la présence d'un lien communautaire. Pour mieux l'appréhender, un détour par l'histoire du droit est nécessaire.

Les structures communautaires, diverses et variées, prédominaient dans la société médiévale. Les communautés étaient, durant l'essentiel de cette époque, des structures sociales qui enclavaient l'être humain dans les activités de sa vie quotidienne. Son rattachement à une communauté dépendait alors du lien qui l'unissait aux autres membres. L'individu ne se définissait pas *uti singulus* mais en tant qu'*uti socius*⁵⁸. La première de ces communautés était fondée sur un lien du sang et constituait la communauté dite familiale. Dans celle-ci, la solidarité communautaire instituait une vie commune « à feu et à pots », engendrant un partage des biens et du travail. Dans un spectre communautaire plus large, les communautés d'habitants reposaient sur un lien fondé sur un territoire précis. Ici aussi, ce lien se conjugait avec un partage ou une mise en commun des utilités des biens immobiliers composant le territoire communautaire. À partir de ces deux exemples historiques, il est possible de comprendre que la mise en commun d'un bien n'est pas suffisante pour générer une communauté. Cette dernière ne peut exister sans que préexiste un lien unifiant les individus entre eux.

L'intérêt collectif comme lien communautaire. Pour être caractérisé, le lien communautaire doit être distinct du simple agrégat d'intérêts individuels. La communauté est d'abord une communauté d'intérêt, c'est-à-dire déterminée par la présence d'un intérêt collectif créateur d'un *affectio communitatis*. À l'heure actuelle, l'une des représentations de ces formes communautaires se trouve dans les communautés dites « épistémiques⁵⁹ ». Ce qualificatif est ici la traduction de l'intérêt collectif qui détermine la communauté, c'est-à-dire des personnes réunies autour

⁵⁸ Paolo GROSSI, *L'Europe du droit*, coll. « Faire l'Europe », Paris, Seuil, 2011, p. 29.

⁵⁹ Sur ce point : Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », (2013) 235 *Revue internationale du droit d'auteur* 113.

d'un projet commun, en l'occurrence celui d'améliorer un bien intellectuel ou de partager les connaissances techniques et scientifiques qui en découlent. C'est donc ce « projet commun » qui se cristallise comme étant le lien communautaire nécessaire à l'identification de la communauté. Certes, les intérêts individuels de membres de la communauté ne sont pas absents : il peut être question de se perfectionner en technique de codage, d'acquérir une notoriété ou d'améliorer un logiciel afin d'optimiser sa propre utilisation. Cependant, malgré ces intérêts individuels, l'action des membres de la communauté sera guidée par l'intérêt collectif. Comme la sociologie l'a parfois souligné, la communauté est au départ « un sentiment, une attitude, une disposition de l'esprit⁶⁰ ».

Dès lors, comment les droits réels pourraient-ils être un outil au service d'un intérêt collectif? Il faut, tout d'abord, réduire le prisme d'analyse aux principaux objets qui peuvent être saisis par ces droits, c'est-à-dire les immeubles. Ces derniers sont la source de nombreuses limitations au pouvoir du propriétaire et traduisent la fonction sociale reconnue pour des biens précis. À cet égard, le droit de l'environnement peut limiter les prérogatives du propriétaire au nom de l'intérêt général. Certains biens sont perçus comme porteurs d'une destinée collective qui légitime des atteintes aux prérogatives du propriétaire⁶¹. Cela étant, ces finalités d'intérêt général peuvent également être analogues à l'expression d'un intérêt collectif de type communautaire. Par exemple, la protection d'un immeuble donné (une forêt, un pâturage, un marais) peut également être un intérêt collectif partagé entre plusieurs personnes (le propriétaire, les habitants de la commune sur laquelle le bien est situé, une association de protection de l'environnement). Néanmoins, la réalisation de cet intérêt collectif supposerait, dans l'idéal,

⁶⁰ Louis ASSIER-ANDRIEU, « Communauté (Anthropologie du droit) », dans M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), préc., note 9, p. 242.

⁶¹ En ce sens : Romain BOFFA, « Biens destinés », dans M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), préc., note 9, p. 134 :

[L]es entraves contemporaines aux pouvoirs du propriétaire sur sa chose découlent d'une appréhension nouvelle de la notion de bien, non plus envisagée isolément, mais en fonction de son utilité pour la collectivité [...] C'est ainsi qu'est apparu ce florilège de législations spéciales en dehors du droit commun des biens, droit de l'urbanisme, de l'environnement [...] qui viennent un peu plus limiter les prérogatives du propriétaire en raison de la fonction sociale du bien.

que l'on puisse reconnaître cette communauté en tant que titulaire d'un droit portant sur le bien en cause.

B) La difficulté principale : la reconnaissance d'une communauté titulaire de droits

En droit civil, tout du moins français, la difficulté de reconnaître une communauté titulaire de droit est plus que patente. Elle provient de la lutte établie contre les figures de l'ancien droit au nom d'un droit civil nouveau et centré sur la figure du propriétaire souverain.

À ce titre, l'arme principale de cette lutte contre les communautés a été la personnalité morale⁶². En effet, cette dernière a permis de transformer un rapport d'appropriation collectif en un rapport strictement individuel, car il est alors exercé par une personne fictive, distincte et autonome des membres qui la composent. En liant de cette manière la titularité à la personnalité juridique, le droit moderne a pleinement réalisé son office par l'abolition des principales propriétés dites collectives⁶³.

⁶² Dans un article sur les modèles propriétaires, F. ZENATI-CASTAING, préc., note 42, p. 228, a rappelé que l'indivision et la personnalité morale ont été les outils juridiques permettant de rompre avec les formes d'appropriation communautaires. Ainsi, l'indivision est qualifiée comme l'un des vecteurs de « la déchéance du paradigme communautaire », aux côtés de la personnalité morale :

[U]ne autre technique d'esprit individualiste a été mobilisée par la suite pour éradiquer le paradigme communautaire, la personnalité civile [...] Les civilistes allemands ont redécouvert au XIX^{ème} siècle une invention des canonistes médiévaux transformant les universalités de personnes en des personnes au sens organique afin de renforcer les droits de celles-ci au détriment de leur membre.

Ainsi, selon cet auteur, « c'est des entrailles de la propriété collective que sont issues les personnes morales » : Frédéric ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle? », dans Olivier CACHARD et Xavier HENRI (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz-Litec, 2009, p. 596.

⁶³ Le lien existant entre propriété collective et personnalité morale a notamment été révélé par Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, A. Rousseau, 1910. D'autres auteurs, quant à eux, ont contesté la fiction juridique qu'est la personnalité morale et sa conséquence directe, soit l'incapacité à penser la propriété collective. Ainsi, « l'idée de

C'est pour cela que la Cour de cassation a parfois opéré une subtile distinction entre la titularité du droit et le simple statut de « bénéficiaire » du droit. Elle a ainsi reconnu un droit de seconde herbe « profitant » aux membres d'une communauté d'habitants⁶⁴ ou encore un droit de passage « bénéficiant » aux habitants de la ville de Paris⁶⁵. Les membres d'une communauté peuvent donc être bénéficiaires d'un droit, sans pour autant en être titulaires, avec pour effet de les priver d'un pouvoir de gestion et de défense de celui-ci⁶⁶.

personnalité fictive est une conception simple mais superficielle et fautive qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle [...] il est nécessaire de remplacer ce mythe de la personnalité par une notion positive, et celle-ci ne peut être que la propriété collective » : Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, Paris, LGDJ, 1911, n° 3017.

⁶⁴ Civ. 3^e, 25 mars 1992, *Bull. civ.* III, n° 106, n° 89-21866; E.S. DE LA MARNIERRE – D. 1993.65: « le droit de seconde herbe revendiqué représentait bien une charge pour le fonds des consorts Z, il ne bénéficiait pas à un fonds dominant, mais profitait seulement aux habitants d'une entité territoriale et que l'exercice de ce droit n'impliquait pas d'être propriétaire foncier à l'endroit considéré ».

⁶⁵ Civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-17424, RDI 1996.536, obs. J.-L. BERGEL : « le droit de passage ne bénéficiant pas à un fonds dominant mais aux habitants de la ville de Paris ainsi qu'à tous passants, devait s'analyser comme une charge grevant à perpétuité, selon l'acte qui l'a institué, le fond des copropriétaires de l'immeuble ».

⁶⁶ Un exemple récent permet de comprendre les difficultés pratiques générées par cette distinction entre la titularité d'un droit et son simple bénéficiaire. Dans certaines communes françaises, des familles d'habitants sont bénéficiaires de droits d'usage spécifiques sur des forêts domaniales. Or, ces droits forestiers nécessitent notamment une concertation entre les bénéficiaires de ces droits et l'Organisme national des forêts. Un sénateur a alors soumis la question au ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation à savoir si les bénéficiaires de ces droits pouvaient établir une concertation directe avec l'Organisme national des forêts. La réponse du Ministère, publiée dans le Journal officiel du Sénat du 21 février 2019, p. 1007, est claire (l'italique est de nous) :

La troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt n° 08-16525 du 13 mai 2009, a ainsi considéré que le droit au bois bourgeois, attribué à des personnes physiques remplissant diverses conditions relatives à leur personne (âge, nationalité, ascendance) et subordonné à la condition pour ces personnes d'habiter et non de résider à titre permanent dans un immeuble [...] *Pour autant, cette décision ne signifie pas que les bénéficiaires du droit d'usage au bois bourgeois sont*

L'un des exemples les plus frappants reste le cas des communautés autochtones guyanaises. Selon les dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques, les communautés d'habitants peuvent demander à bénéficier d'une concession à titre gratuit portant sur les terrains domaniaux en vue de les habiter ou d'y pratiquer l'élevage, à condition que ces communautés soient constituées sous la forme d'une société ou d'une association⁶⁷. De même, si ces communautés possèdent des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, c'est une personne morale de droit public, désignée par décret, qui primera la communauté dans l'exercice et la gestion de ces droits. Pour reprendre les mots d'un auteur, ces communautés sont « doublées par des personnes morales⁶⁸ ». La

individuellement titulaires de ce droit, car ils n'en sont que bénéficiaires, alors que c'est leur commune qui est titulaire de ce droit d'usage. Ceci est un point acquis depuis l'arrêt de la Cour de Colmar, la Cour ayant débouté de leur action individuelle les 206 habitants de Dabo qui avaient voulu agir à titre personnel aux côtés de leur commune. La Cour a rappelé que le droit d'usage est un droit collectif accordé à la communauté des habitants. Seule la municipalité peut donc agir en justice et représenter les habitants usagers dans les actes de la vie civile, donc notamment entrer en discussion avec l'office national des forêts lors de la procédure de délivrance des bois. Cependant, la liberté d'association est une liberté fondamentale, rien n'interdit aux habitants de constituer une association, mais celle-ci ne peut pas avoir pour objet de se substituer à la commune titulaire du droit d'usage pour ce qui concerne l'exercice ou la conservation de ce droit d'usage.

⁶⁷ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L.-5143-1 : « Dans le département de la Guyane, les immeubles domaniaux dépendant du domaine privé de l'Etat peuvent être cédés ou concédés gratuitement à des personnes morales en vue de leur utilisation par les communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt. »

⁶⁸ Sarah VANUXEM, « Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire », dans B. GRIMONPREZ (dir.), préc., note 5, p. 55, à la page 59 :

L'article L. 412-10 du Code de l'environnement prévoit que dans chaque collectivité où est présente une communauté d'habitants, est désignée, par décret, une personne morale de droit public chargée d'organiser la consultation de la ou des communautés d'habitants détentrices de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques [...] Quant aux avantages découlant de ces savoirs, la loi prévoit leur affectation à des projets « bénéficiant directement aux habitants », mais menés « avec leur participation » et « en concertation » avec eux, non pas directement par eux.

différence est donc majeure avec le droit canadien, lui qui considère des communautés autochtones comme pouvant être titulaires d'un titre ancestral⁶⁹. Devant l'impossibilité du droit français de penser les communautés comme des titulaires de droits, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien pourrait être une solution pratique de contournement.

C) La multiplication des droits réels de jouissance spéciale, un potentiel outil au service de l'intérêt collectif communautaire

Dans le contexte d'une communauté, la multiplication de droits réels de jouissance spéciale sur un même bien permettrait de faire de ses membres des titulaires de droit, tout en s'inscrivant comme un outil potentiel de la réalisation de l'intérêt collectif. Pour nous en convaincre, imaginons une communauté ayant pour intérêt collectif la préservation d'une forêt dont l'un des membres est pleinement propriétaire. Dans ce cadre précis, la multiplication des droits réels pourrait participer à la réalisation de l'intérêt collectif déterminé. La préservation du bien serait alors garantie par les dimensions active et passive de ces droits réels.

La dimension passive de la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien. Évoquer une dimension passive, c'est rendre compte d'un effet indirect, d'une conséquence subie, plus que voulue. En outre, la dimension passive des droits réels de jouissance

⁶⁹ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 73 (j. en chef McLachlin) : « Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder des terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive. » Comme le souligne ainsi Sylvio NORMAND, « La qualification du titre ancestral des peuples autochtones au regard du droit civil », (2019) 53 *RJTUM* 221, 229, le titre ancestral « présente un caractère collectif. Il est détenu par une communauté autochtone qui doit le transmettre aux générations futures ». Ainsi, si l'auteur conclut que le titre autochtone pourrait, en droit civil québécois, recevoir la qualification de démembrement innommé de la propriété ou de modalité de la propriété. Quelle que soit la qualification choisie, la communauté est bien titulaire du titre ancestral, ce qui distingue fondamentalement le droit canadien du droit français.

spéciale s'analyse au regard du droit de propriété. Dans le schéma classique, si un propriétaire confère un droit de jouissance à un tiers, il se prive lui-même de cette dernière. L'étendue de cette privation dépendra alors de l'assiette du droit. C'est en ce sens qu'un propriétaire contractant un usufruit sur son bien est qualifié de nu-propriétaire, sa jouissance étant réduite à un état résiduel. Dans un sens inverse, un droit réel portant sur une utilité précise d'un bien ne privera que peu le propriétaire. Cependant, la multiplication de ces droits réels sur un même bien procéderait, logiquement, à une réduction des pouvoirs du propriétaire. Un droit de jouissance spéciale emportant la jouissance d'une ou de plusieurs utilités, la multiplication de ces droits sur le bien conduirait à un morcellement des utilités de la chose elle-même. Ce constat n'est pas nouveau, et s'est largement diffusé durant la période précédant la Révolution française : c'était à vrai dire l'argument principal des physiocrates œuvrant à la consécration de la propriété exclusive et absolue⁷⁰. Les formes de « propriété-jouissance » étaient alors condamnées pour une raison principale : elles limitaient les pouvoirs de chacun sur le bien et donc la possibilité de modifier la substance de ce dernier⁷¹. Par la reconnaissance de droits de jouissance portant sur des utilités différentes, c'est le pouvoir souverain du propriétaire qui s'effrite et, concomitamment, la faculté de

⁷⁰ Pour les tenants de la physiocratie, la pleine propriété était la seule qui pouvait garantir l'efficacité économique de l'agriculture. Dès lors, les approches communautaires du sol se révélaient nécessairement néfastes. Par exemple, un auteur mentionnera le droit de vaine pâture comme un droit « odieux par lui-même, contraire au droit inviolable des propriétés, nuisible au progrès de l'agriculture [...] le propriétaire n'est plus le maître de son bien » : ce passage est issu d'un mémoire intitulé « Mémoire sur le parcours dans les Trois-Évêchés », cité par Georges WEULERSSE, *Le mouvement physiocratique en France (1756 – 1770)*, 1^{re} éd., t. I, Paris, Félix Alcan, 1910, p. 417.

⁷¹ Nous sommes ici devant une des caractéristiques principales de la propriété moderne, soit la jouissance de la totalité des utilités de la chose qui permet au propriétaire d'en disposer matériellement comme bon lui semble. C'est ainsi que Robert-Joseph POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, Par l'Auteur du Traité des Obligations*, t. 1, Paris, Debures, 1772, p. 7, n° 4, évoquait la faculté, pour le propriétaire, de mésuser de son bien s'il le souhaite : « Ce droit de disposer comprend aussi le droit qu'a le propriétaire de perdre entièrement sa chose, si bon lui semble; par exemple, le propriétaire d'un tableau a droit de faire passer dessus une couleur pour l'effacer; le propriétaire d'un bon livre a le droit de le jeter au feu, si bon lui semble, ou de le déchirer. »

mésuser ou d'aliéner son bien. Ainsi, la multiplication des droits réels entraînerait une limitation des pouvoirs des titulaires de droits sur la chose, ce qui conduirait à garantir la substance du bien. En définitive, multiplier les droits réels de jouissance spéciale sur une forêt permettrait d'en assurer la substance et donc de la préserver.

L'effet actif de la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien. Cela étant, ces droits réels peuvent être dotés de « virtualités environnementales⁷² » plus directes. Ici, la logique n'est plus simplement de paralyser le pouvoir de mésusage du propriétaire, mais plutôt de procéder à un partage des utilités pouvant jouer un rôle actif dans le processus de préservation d'un bien⁷³. Imaginons que le propriétaire d'une forêt puisse consentir un droit réel de jouissance spéciale reconnaissant la faculté, pour un apiculteur amateur, d'installer des ruches dans cette forêt. Ce faisant, cette dernière bénéficierait d'un service de pollinisation indispensable à sa préservation. De même, le propriétaire pourrait aussi consentir un droit réel de jouissance spéciale conférant la possibilité, pour son titulaire, de procéder aux coupes de bois prévues par un plan de gestion volontaire⁷⁴ afin de garantir une gestion durable des pousses. Enfin, le même propriétaire pourrait également reconnaître, à une

⁷² En ce sens : M. MEKKI, préc., note 13; Moustapha MEKKI, « L'avenir de l'environnement et le droit des biens », dans Romain BOFFA (dir.), *L'avenir du droit des biens*, Paris, LGDJ, 2014, p. 181; Louis D'AVOUT et Blandine MALLET-BRICOUT, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », D. 2017.134.

⁷³ Eric MEILLER, « Le droit réel, vecteur de service environnemental », dans B. GRIMONPREZ (dir.), préc., note 5, p. 71, à la page 79 :

Il est intéressant de noter, en tout cas, que le droit commun des droits réels sui generis vient de ces anciens droits d'usage communaux. Ceux-ci correspondaient à une logique foncière ancienne [...] Mais ils induisaient des conséquences environnementales. Ainsi, celui dont la forêt était grevée d'un droit d'affouage (droit de prélever du bois de chauffe) et d'un droit de marronnage (droit de prélever du bois de charpente) au profit de la collectivité voisine, était contraint à une gestion durable de sa forêt, en raison des droits réels sur son bien, sans pouvoir défricher de sa seule volonté.

⁷⁴ Le plan de gestion volontaire est un document qui précise les différentes actions permettant une bonne gestion de sa forêt. Il permet ainsi de déterminer une « feuille de route » et d'inscrire son bien dans une logique de préservation.

école, le droit d'observer la nature. Toutes ces utilités concédées participent, à des degrés plus ou moins forts, à l'objectif que guide l'intérêt collectif. Le droit d'observer la nature, par exemple, n'a pas d'effet direct sur la préservation du bien visé : il peut cependant avoir un effet indirect en permettant de sensibiliser les bénéficiaires du droit à la question de la préservation de l'environnement. Tenant compte de cet exemple, nous estimons qu'il est susceptible de percevoir une pluralité de titulaires de droits qui portent sur la chose – titulaires de droits réels et propriétaire – formant une communauté fondée par intérêt collectif à l'ensemble de ses membres : celui de la préservation du bien.

Conclusion

En définitive, grâce à la dimension conventionnelle des droits réels de jouissance spéciale, le propriétaire peut désormais administrer plus librement les usages de son bien. Ce faisant, il peut rendre sa propriété plus inclusive en octroyant des jouissances restreintes mais multiples sur son bien. Certes, une telle solution reste décevante sur le plan théorique, cependant elle peut être génératrice d'un partage des usages d'un bien au bénéfice d'un intérêt collectif. Sans dire que les droits réels de jouissance spéciale font du propre et du commun des synonymes, nous croyons que, du moins, ils peuvent en permettre une légère articulation.