

Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain

René-Marie RAMPELBERG

Professeur à l'Université Paris XI

RÉSUMÉ. — Les juristes romains, à la différence de Gaius, laissaient les droits en dehors des choses, fussent-elles incorporelles. Ils n'ont pourtant pas exclu les servitudes, l'usufruit, les créances et d'autres droits des biens formant un patrimoine, considérant bien alors ceux-ci comme choses incorporelles. Le Moyen Âge rejette aussi l'opposition gaienne entre matière et droit en bâtissant la technique des propriétés simultanées sur un même fonds ; elles ne sont toutes que des choses incorporelles. Peu importe que les biens soient, eux corporels ou incorporels. Aujourd'hui encore – la matière immobilière devant être considérée à part – la tradition coutumière continue à se manifester, remettant une nouvelle fois en cause la stricte dissociation gaienne entre propriété corporelle, capacité de disposer totalement de la matière, et le droit, élément incorporel, sur la propriété d'un tiers.

Iavolenus, D. 50, 17, 202

« *Omnis definitio in iure civili periculosa est, parum enim est ut non subverti possit* ».

INTRODUCTION

Au II^e siècle de notre ère, le juriste Gaius rédige son précis à l'usage des fonctionnaires impériaux. Pour présenter les *res* (choses), ces éléments permettant à l'humanité de percevoir l'univers dans lequel elle se meut, il recourt à une donnée de la philosophie stoïcienne. Distinguant en effet l'esprit de la matière, il met en regard les *res corporales* et les *res incorporales* : à ses yeux la propriété est l'essence des premières ; les secondes sont les mécanismes religieux, juridiques ou plus généralement mis en place sous une forme quelconque par les sociétés pour rendre possible la disposition des choses matérielles¹.

¹ Sur la distinction en question, voir H. Kreller, « Res als Zentralbegriff des Institutionensystems », *ZSS.*, 66, 1948, p. 592 et s. et la conception récente de J. W. Tellegen dans « Res incorporalis et les codifications modernes du droit civil », *Labeo*, 40, 1994, p. 35 et s. ; *Enciclopedia italiana del Diritto*, 11, p. 33 et s.

Cette distinction a été incorporée mot pour mot, à l'époque moderne, dans plusieurs législations ; non seulement dans la codification bavaroise, mais dans celle de la Prusse comme dans celle de l'Autriche, bien que les dirigeants de ces travaux de codification l'aient considérée comme illogique. Bannie du code civil français aussi bien que du BGB allemand, elle a pourtant laissé des traces dans chacune de ces codifications. Il est donc utile de tenter un bref rappel de son odyssée.

Comment Gaïus présente-t-il cette distinction entre *res corporales* et *res incorporales* ?

Il distingue, en premier lieu, les *res corporales*, les biens corporels que l'on peut physiquement appréhender : ainsi les terres, les immeubles bâtis, les cultures, les espèces pécuniaires. Matière tangible par excellence, elles sont destinées à être objet de maîtrise matérielle directe par l'être humain. C'est le sens de la modeste formule romaine du *meum esse ex iure Quiritium* : il exprime l'appartenance de la chose à son *dominus*. En réalité, cette maîtrise directe se borne à donner au propriétaire trois pouvoirs représentatifs : le pouvoir d'utiliser la chose et d'en disposer librement, en fait ou en droit ; celui de repousser toute ingérence de la part des tiers au moyen d'une action ; enfin la capacité de revendiquer la chose de tout tiers qui la posséderait sans titre.

Seule cette approche concrète permet de dire que la propriété donne au propriétaire romain le pouvoir de jouir pleinement de la chose. Certes, le *dominium* connaît des limites à Rome, imposées par le droit de voisinage, par l'ordre public, par les bonnes mœurs ; mais elles ne sont pas intrinsèques à la propriété, elles ne portent pas atteinte à sa substance même. En d'autres termes, lorsque Gaïus fait du *dominium* une *res corporalis*, un bien matériel, et l'oppose aux droits (*D*, 39, 2, 19), il offre en réalité une approche de la propriété maintenant partiellement la société organisée hors du rapport de l'individu avec son bien matériel.

Dans la seconde catégorie de Gaïus figurent les *res incorporales*, nées de la construction intellectuelle des hommes. Elles regroupent les relations de droit permettant à ceux-ci de maîtriser les choses sans exercer la propriété : ainsi à titre de bénéficiaire d'une obligation, d'une servitude ou d'un usufruit. Nées de la seule intelligence humaine, ces *res* sont des rapports de droit, des *iura*. Ces créations de l'esprit apparaissent comme des choses dont l'enveloppe est spécifique à chacune et qui vivent par elles-mêmes. Intégrées à l'univers tangible, comme les *res corporales*, elles ne peuvent cependant être vues car elles demeurent de purs produits du raisonnement humain.

Cette opposition entre *res corporales* et *incorporales* permet à Gaïus de mettre en regard la propriété spécifiquement entendue, autorisant la maîtrise matérielle, physique des biens, et les droits sur les choses, c'est-à-dire les rapports sociaux issus de la science juridique et constituant des *res incorporales*.

Remarquons cependant que la jurisprudence classique préférerait se limiter au premier sens du mot *res*, chose corporelle. Mais les doctrines philosophiques et la grammaire stoïcienne distinguaient toutes deux les choses tangibles et les choses non tangibles. C'est sous leur influence que ces catégories du corporel et de l'incorporel furent finalement reprises par l'enseignement élémentaire du droit ; c'est de cela dont témoignent les *Institutes* de Gaïus. Pour leur part, les grands juristes, dont ne faisait pas vraiment partie ce dernier, ont évité une telle systématisation empruntée aux arts hellénistiques. Ils lais-

sent les droits en dehors des choses, fussent-elles incorporelles. Ils n'ont pourtant pas exclu les servitudes, l'usufruit, les créances et d'autres droits des biens formant un patrimoine, considérant bien alors ceux-ci comme choses incorporelles.

Voilà qui conduit à une remarque d'importance en ce qui concerne le rapport propriété-incorporéité en droit romain, mais qui ne ressort guère de Gaius. En vérité, pour décrire le noyau des prérogatives du propriétaire, les Romains connaissaient une autre formule, développée pour les terres conquises et *l'ager publicus*, non soumis au régime de la propriété civile romaine. En effet, le particulier qui affirmait posséder des terres dans ces régions ne pouvait guère prétendre en être le propriétaire ; ceci tenait à ce que, formellement, elles faisaient partie du patrimoine du peuple romain. Pour respecter la propriété éminente de ce dernier, on évitait donc l'expression de propriété ou de *dominium* ; on la remplaçait par une description détaillée des pouvoirs accordés au propriétaire. *Uti, frui, habere, possidere*, droit d'aliéner en étaient les principaux². Ce type de procédé, spécifiquement romain, est trop souvent négligé : il préfère concrétiser comme choses incorporelles les pouvoirs contenus dans la propriété et ne forme donc pas un concept unitaire exprimant abstraitement la propriété illimitée et totale.

Il convient à ce propos de s'arrêter un instant à la célèbre formule qui désigne la propriété comme un *ius fruendi, utendi, abutendi* (un droit d'utiliser, d'user et d'abuser d'une chose). Il faut reconnaître qu'elle ne fut pas forgée par les jurisconsultes romains ; elle s'est développée au Moyen Âge avant d'être figée par Irnérius. À l'origine, l'incorporéité s'appuyait sur elle, de même que la notion de droits relatifs. Entendue très différemment par la suite, elle a été particulièrement prisée par le droit rationaliste du XVIII^e siècle ; elle permettait en effet d'exprimer de manière abrupte l'idée que la propriété contient un pouvoir absolu et total dont chacun jouit à sa guise. Le code civil y fait encore référence dans son art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». C'est pratiquement le *meum esse aio* des Romains et donc un retour manifeste à la corporéité.

Ces quelques points rappelés, on évoquera justement, dans un premier temps, la façon dont le Moyen Âge a fondé sur l'incorporalité l'idée des propriétés relatives.

Dans un second temps, on montrera brièvement que cette démarche, toujours opérationnelle d'ailleurs, n'en a pas moins subi quelques retours de flamme de la corporéité, support de la propriété exclusive³.

² M. Villey, « Le *ius in re* du droit romain classique au droit moderne », *RHD*, 1950, p. 197 : l'ensemble de l'article demeure essentiel pour l'approche du sujet.

³ Le sujet primitivement envisagé concernait l'approche strictement romaine, et plus précisément les interprétations récentes de la vision de Gaius ; le titre finalement proposé a déterminé une démarche beaucoup plus générale. On ne peut, dans les grandes lignes, que suivre A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.

I. — L'ANCIEN DROIT
ET LE TRIOMPHE DE L'INCORPORALITÉ (XII^e-XVI^e SIÈCLES)

La conception gâienne se dégage donc partiellement du concret pour présenter une distinction dans laquelle matière et relations de droit sont réunies dans une perspective réalisant la synthèse du physique et de l'intellectuel. La propriété, selon Gaius comme dans le code civil, est avant tout la maîtrise concrète d'un bien corporel.

Au contraire, l'archétype de la propriété au Moyen Âge, la saisine, s'écarte de ce schéma pour ne s'attacher qu'aux possibilités d'utilisation que peut fournir la terre. Elle s'apparente donc au régime romain des terres de conquête, la propriété provinciale. Mais quel est dès lors le statut de la propriété au regard du droit ? S'agit-il d'un bien matériel, comme le *dominium* romain, ou seulement d'un droit sur un bien, c'est-à-dire d'une notion immatérielle ? La réponse se dégage d'elle-même une fois admis qu'un seul fonds peut supporter deux ou plusieurs propriétés parallèles ayant chacune pour objet un usage spécifique. N'absorbant chacune qu'une partie de la chose, ces propriétés ne peuvent être assimilées à sa globalité ; elles ne relèvent donc pas du corporel. Ainsi la saisine apparaîtrait-elle étroitement liée au rapport obligatoire créé entre les différents propriétaires. Pour les juristes du Moyen Âge, la propriété est un droit bâti sur la volonté d'utiliser un bien, d'en jouir : c'est un *ius in re*, droit dans la chose. Plus rien de commun ici avec la vision gâienne du *dominium*, chose corporelle en soi. Compte tenu du prestige de celui-ci, bien matériel par excellence pour l'auteur des *Institutes*, l'évolution ne se fit pas sans mal.

Le pas décisif semble avoir été franchi par Bartole au XIV^e siècle : usufruit et propriété relèvent du même cadre juridique, celui des droits réels. Si le *dominium* conserve sa dénomination antique, il ne fait plus partie des choses corporelles : devenu un droit, par pure construction juridique, il s'aligne désormais sur l'usufruit ou la servitude. Bartole, par exemple, précise : « droit, je dis bien, pour le distinguer de la chose corporelle qui est fait... »⁴. La propriété du sol est toutefois celle qui se rapproche le plus du *dominium* gâien ; elle constitue le droit réel dans sa quintessence. L'auteur italien la distingue d'ailleurs des autres maîtrises en précisant qu'elle implique la disposition du bien. Sans doute, la possibilité de disposer sans entraves d'un immeuble corporel n'est aux temps médiévaux qu'hypothèse de doctrine. Pourtant l'idée est en germe ; elle conduira à assister au mouvement qui, dès le XVI^e siècle, marque le passage des coutumes à la propriété, droit exclusif.

Bartole a joué un rôle déterminant dans l'ouverture du champ d'application de la propriété aux choses incorporelles. À ses yeux l'usufruitier, par exemple, est propriétaire de son droit. A ce propos, il souligne que « quiconque a un droit est considéré avoir la propriété de ce droit »⁵. Formé par lui, Balde reprend sa démarche⁶. Ainsi, toute maîtrise d'un fonds est-elle désormais considérée comme une propriété, c'est-à-dire comme un droit réel, chose incorporelle.

⁴ *De acquir. poss.*, I, 17, § differentia, n° 4.

⁵ *C. IV*, 19-4.

⁶ *C. III*, 33.

Les réminiscences gâiennes et justiniennes incitent cependant les juristes à n'utiliser que la formule « droits incorporels ». Si la doctrine a commis cette confusion, c'est le fait de l'affrontement entre propriétés simultanées et propriété exclusive. En effet la notion de « droit incorporel » sous-entend *a contrario* qu'existent des droits corporels ; elle correspond à ce qui était plus rationnellement qualifié de *ius* par les Romains.

Ainsi, les juristes médiévaux ont-ils mis en œuvre leur conception spécifique, à la fois en s'inspirant de Gaius et en dénaturant ses propos. La propriété, loin désormais d'être confinée dans une catégorie spécifique, est un droit. Irnerius, on l'a vu, y discerne même la conjonction de trois droits : *usus*, *fructus*, *abusus*. La formule, certes connue de Rome, mais systématisée, connaîtra la fortune que l'on sait. Elle est reprise, mais seulement dans la lettre, par l'article 544 du code civil, comme on le rappelait dans l'introduction. Le remplacement d'une propriété perçue comme une chose corporelle par une propriété relevant de la pure construction de droit, donc en tant que chose incorporelle, témoigne d'un changement de conception radical. Cette substitution n'était qu'esquissée dans la propriété provinciale romaine. S'ouvre alors un monde nouveau : désormais, il est admis qu'ici bas le pouvoir humain ne s'exerce pas directement, mais seulement parce que Dieu le confie aux hommes. Simultanément il est admis que le sol n'appartient pas directement à une personne, mais que la maîtrise qu'elle en peut avoir relève fondamentalement des relations qu'elle entretient avec ses semblables. Voilà pourquoi, au Moyen Âge, la propriété est désormais considérée comme un *ius*.

D'autres observations viennent étayer ce constat. Le *fundum*, par exemple, faisait l'objet d'une perception strictement objective par Gaius ; il reposait en effet sur une caractéristique physique : la fixité. Seuls les biens matériels pouvant être appropriés, le fonds ne pouvait logiquement être constitué que par des choses corporelles. Mais la conception de l'« héritage » des juristes médiévaux ne distingue plus le corporel de l'incorporel comme le faisait Gaius. Elle s'articule autour de la notion de propriété conçue seulement comme capacité relative de jouir d'un bien⁷. P. de Fontaines écrit que toute redevance pesant sur le sol est un « héritage », une propriété. Beaumanoir, de son côté, dresse une liste un peu anarchique des possibles éléments constitutifs d'un héritage : les terres cultivables, les cens, les corvées, l'hommage, etc.⁸. Ce faisant, lui aussi rejette ainsi l'opposition gâienne entre matière et droit. Voilà la conception à partir de laquelle est bâtie la technique des propriétés simultanées sur un même fonds ; elles ne sont toutes que des choses incorporelles. Peu importe que les biens soient, eux, corporels ou incorporels.

⁷ E. Meynial, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVe siècles. Étude de dogmatique juridique », *Mél. H. Fitting*, 1969, p. 461.

⁸ *Coutumes de Beauvaisis* (vers 1280-1283), éd. Salmon, 2 vol, 1899-1900, t. 3, n° 672.

II. — LIMITES ET RÉSURGENCES DE L'INCORPORALITÉ (XVI^e-XX^e SIÈCLES).

Au XVI^e siècle, certains auteurs tentent de réagir contre ce que cette approche peut avoir d'excessif. Ainsi Dumoulin, traitant de la rente foncière, insiste-t-il sur le fait qu'elle est seulement « réputée » immeuble ; il rappelle que selon la stricte terminologie juridique, le substantif « immeuble » ne doit être utilisé que pour des biens corporels. Mais la tradition coutumière rejette cette recherche de rigueur trop marquée par les références romanistes.

L'essentiel, pour les juristes de droit coutumier, réside dans la fixité des droits simultanés dans leur rapport avec la propriété du sol ou la maîtrise de la terre. Pourtant il est manifeste que cette relation deviendra d'autant plus ténue que la netteté de la classification des droits en question ira en se diluant. Finalement, la codification napoléonienne a rompu avec une tradition devenue très artificielle. Ce qui, à propos du travail par exemple, conduira Demolombe, reprenant d'ailleurs des idées exprimées avant lui, à affirmer qu'il « n'a jamais été rangé dans la classe des biens »⁹.

Le code civil a donc remis en cause le recours aux propriétés simultanées dont la pérennité dans l'univers coutumier avait été si tributaire de la notion d'incorporalité. À preuve de ce rejet, le tribun Treilhard qui affirme en 1804 : « Ou l'on a une propriété pleine et entière qui renferme également le droit de jouir et de disposer, ou l'on n'a qu'un simple droit de jouissance sans pouvoir disposer du fonds »¹⁰. Désormais, il apparaît donc que la propriété est fondamentalement caractérisée par le droit de disposer de la matière physique.

Mais cette remise en cause par les codificateurs ne va pas jusqu'au dogme. Ainsi, lorsque le Conseil d'État débat de la suppression des rentes perpétuelles, fondements de deux propriétés simultanées, il ne met à aucun moment l'accent sur l'exclusivisme et l'unité de la propriété.

Le contexte de cette revalorisation relative de la corporéité appelle quelques précisions.

Du XVI^e au XVIII^e siècles, les juristes, s'ils critiquent le droit romain – en fait l'approche de Gaius – qu'ils pensent connaître, n'en sont pas moins séduits par sa démarche. Aussi s'efforcent-ils de revaloriser la propriété corporelle. Pour ce faire, ils établissent une distinction entre la *proprietas* et le *dominium*. Dans la première ils voient une caractéristique spécifique d'un bien : pouvoir être objet passif d'appropriation. Le second est au contraire le droit sur le bien, rendu par le terme évocateur de « domaine ». La propriété, simple partie du bien corporel, est donc par nature une chose corporelle. Au contraire, le droit sur le bien, le *dominium*, est de nature incorporelle. Le droit et son objet bénéficient ainsi d'une incontestable tentative de distinction.

Certes, ce sursaut pour harmoniser l'approche coutumière de la perspective gâienne va se heurter aux tenants du droit naturel. On en trouve pourtant trace chez Pothier, dans un intitulé à la formulation il est vrai plus que contournée : « *Traité du droit de*

⁹ *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1845-1864, n° 14.

¹⁰ Fenet, *Travaux préparatoires du code civil*, XI, 33.

domaine de propriété »¹¹. Et l'on peut encore lire chez J.-B.-V. Proudhon, en 1839¹² : « La propriété constitue l'objet auquel s'applique le domaine ».

Le code civil, pour sa part, ne distingue pas entre droit et chose. Il qualifie l'un et l'autre du même mot : propriété (art. 644), laquelle recouvre sa nature romaine de chose corporelle. L'influence gaienne en faveur de l'exclusivisme, pour être implicite, n'en est donc pas moins tangible. De nos jours, les termes du droit comme les expressions courantes reflètent encore cette conception, même si la réalité s'en écarte inexorablement.

Peut-être l'une des explications de ce changement de cap tient-elle au fait que le XVI^e siècle voit l'épanouissement de l'esprit d'initiative et du goût des affaires. Dans ce contexte, le pouvoir de disposer du bien matériellement, à savoir la capacité de le céder ou de le transformer physiquement devient aussi utile que la capacité d'en recueillir les fruits. Mais seule la maîtrise corporelle du bien immobilier confère cette capacité ; elle échappe au contraire à qui ne bénéficie que d'une utilité. Certes, la propriété d'une redevance foncière peut-elle être cédée ; mais son titulaire ne saurait pour autant céder l'immeuble même, pas plus qu'en changer l'usage. Ainsi l'appropriation matérielle, seule vraie propriété pour Gaius, retrouve son caractère spécifique et sa prééminence parce qu'elle confère le pouvoir de disposition.

C'est de cette veine que procède au XVII^e siècle la démarche de Pufendorf lorsqu'il avance que la propriété est « un droit en vertu duquel le fonds et la substance d'une chose appartiennent à quelqu'un »¹³. La propriété matérielle constitue donc à ses yeux l'unique droit réel permettant à son titulaire de disposer librement du fonds lui-même. Ce faisant, elle se distingue radicalement des autres droits réels ne conférant qu'une capacité incorporelle de jouir d'un bien. Désormais, les juristes ne voient dans cette dernière qu'une amputation de la propriété¹⁴.

Pourtant, à la veille de la Révolution, les propriétés simultanées survivent bel et bien, les coutumes freinant sérieusement les conceptions romanisantes inspirées de Gaius. La vision exclusiviste de celui-ci ne s'imposera un moment que grâce à l'ébranlement de 1789. Mais même après la tourmente révolutionnaire et la codification napoléonienne, le problème de la propriété immobilière demeure marqué par deux courants antagonistes, celui qui est issu de l'auteur des *Institutes* et celui qui, né au Moyen Âge, connut un extraordinaire essor dans l'univers coutumier. Au XIX^e siècle, l'exemple de Demolombe est caractéristique de ce point de vue. À l'instar de Gaius, il recourt à la notion d'incorporéité. Mais à la différence du juriste romain, il dissocie choses et biens. Les premières, « c'est tout ce qui existe, le soleil, la mer... seules les choses appropriables sont des biens »¹⁵. Dans ce passage, bien signifie chose corporelle, mais caractérise également les droits sur le patrimoine, « ce qu'on pourrait comprendre dans un inventaire » (*ibid.*, n° 8). Ce faisant, Demolombe semble rejoindre les juristes romains qui ne renaient pas la classification systématique de Gaius. Ainsi, dans sa conception, les biens seraient « les choses susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété ». À la vérité, cet auteur

¹¹ Paris, 1772.

¹² *Traité du domaine de propriété*, chap. 2.

¹³ *Le Droit de la nature et des gens*, liv. 4, 4, 2.

¹⁴ *Op. cit.*, t. 9, p. 104, n° 8.

¹⁵ *Op. cit.*, t. 9 : *Traité de la distinction des biens*, n° 12.

utilise la corporéité pour distinguer, au sein des maîtrises immobilières issues de l'univers coutumier, ce qui était véritable propriété et ce qui n'était que droit sur la chose d'autrui : « Lorsqu'il s'agira de savoir si tel droit constitue soit une propriété, soit un usufruit, il faudra voir si (le titulaire) pourrait bien dire de la chose... que cette chose est la sienne, qu'il a, en un mot, un bien immeuble par nature (donc une chose corporelle) ou si, au contraire, il faut qu'il dise seulement qu'il a un droit sur cette chose » (donc une chose incorporelle).

La servitude est caractéristique des problèmes auxquels sont affrontés les juristes. Qui parle de servitude pense d'abord à un droit sur la chose d'autrui. Pour les Romains, ses liens avec la propriété exclusive étaient incontournables. Sa place grandit dans la mesure où, vers le XVI^e siècle, elle sert à dissocier propriété corporelle et propriété incorporelle de jouissance¹⁶. Au XIX^e, la doctrine de la servitude illustre l'antagonisme des traditions coutumière et romaine dans sa perception gaïenne. De fait, on constate des incertitudes dans la démarche suivie¹⁷. Par exemple, pour Pardessus¹⁸, les servitudes sont « choses incorporelles et dans les mains de ceux à qui elles sont dues, elles diffèrent essentiellement de la propriété foncière »¹⁹. Mais il se contredit ensuite ; il affirme en effet que la servitude « est l'héritage même, considéré comme appartenant à certains égards à celui à qui la servitude est due »²⁰. La question se pose donc de savoir si l'on a affaire à un droit sur la chose d'autrui ou à une participation à la propriété corporelle de l'immeuble, à la conception gaïenne ou à la vision coutumière. C'est que la théorie juridique du début du XIX^e siècle a justement beaucoup de mal à faire la part de la présentation de Gaïus et de la tradition coutumière, du corporel et de l'incorporel.

La jurisprudence du siècle passé et la doctrine actuelle ont finalement reconnu que servitude et usufruit étaient des propriétés au sens relatif du terme²¹. Ce faisant, la tradition coutumière continue à se manifester, remettant une nouvelle fois en cause la stricte dissociation gaïenne entre propriété corporelle, capacité de disposer totalement de la matière, et le droit, élément incorporel, sur la propriété d'un tiers. Pourtant, en matière immobilière, on ne peut que constater combien la vision présidant à l'établissement des structures régissant la maîtrise de la propriété est empreinte de la conception de Gaïus. En effet, à la veille du III^e millénaire, se trouve-t-on devant la libre maîtrise de la substance même, ou seulement devant la libre disposition de ses utilités ? Devant cette incertitude, la division essentielle entre droit réel et droit de créance, fondée sur la propriété corporelle, court un risque : celui de redevenir à nouveau, comme aux temps coutumiers, une construction doctrinale étrangère à la réalité des propriétés, entendues comme simples jouissances.

¹⁶ C. J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit*, 1755, p. 407-408 ; voir R. Feenstra, « Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen », *Festschrift für Franz Wieacker*, Göttingen, 1978, p. 209-234.

¹⁷ A.-M. Patault, « La propriété non exclusive au XIX^e siècle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *RHD*, 1983, p. 217-237.

¹⁸ *Traité des servitudes*, 1838, p. 6.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 6.

²⁰ *Ibid.*, p. 17.

²¹ F. Zenati, « Sur la constitution de la propriété », *D*, 1985, chron., p. 171-175, et *Les biens*, PUF, 1988, p. 227.

CONCLUSION

Aujourd'hui, on peut avancer que la notion de bien s'élargit « à l'incorporel et au service rendu »²². On retrouve donc la vision coutumière où la mise en valeur (alors fondamentalement celle de la terre) est un bien, dissocié de l'élément matériel lui-même.

Il convient cependant de clore ces brèves remarques en réaffirmant qu'il ne faut pas voir là une démarche « anti-romaine ». En effet, sans aller, comme Max Kaser, jusqu'à qualifier la vision gaïenne d'« *ebenso unbeholfene wie isolierte Schultheorie* » (théorie d'École aussi maladroite qu'isolée)²³, il ne faut y voir qu'un aspect de l'approche romaine antique ; or celle-ci avait déjà fait usage de l'incorporel dans sa conception de la notion de propriété. Tant il est vrai qu'il y a deux droits romains : celui des Romains et celui des romanistes.

210 boulevard Bineau
92200 Neuilly sur Seine

²² F. Terré, « Variation de sociologie juridique sur les biens », *Arch. phil. droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, 1979, p. 17-29.

²³ « Zum *ius* Begriff der Römer », *AI*, 1977, p. 63 et s.
[p. 35-43]