

L'immatériel et les choses

Frédéric ZENATI

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III

RÉSUMÉ. — La dématérialisation du droit est liée à l'évolution de l'économie. Pour autant, elle n'est pas linéaire à cause des vicissitudes accompagnant l'élaboration des représentations juridiques. En témoigne la matière des biens, qui a commencé de s'éloigner de la réalité physique depuis longtemps, mais dont l'évolution vers l'intemporel a été occultée par la récurrence du corporalisme. L'idée que les choses sont nécessairement des corps n'est pas romaine mais romaniste et l'idéalisme moderne n'a pas su se départir de cette tradition malgré sa propension à l'abstraction. C'est l'avènement de la société industrielle qui, par l'extension de l'appropriation qu'elle a provoquée, a rendu intolérable cette restriction et fait sauter le verrou. Par l'extension paroxystique qu'elle donne par ailleurs à la valeur, cette société fait découvrir que la valeur gisait dans le droit depuis toujours sans qu'on s'en soit aperçu, révélant entre lui et l'immatériel l'existence d'une complicité structurelle.

Les biens constituent un domaine privilégié pour une réflexion sur l'immatériel. D'abord parce qu'ontologiquement, le droit a partie liée avec les choses, dont la répartition est considérée classiquement comme sa raison d'être. Ensuite, parce que dans la plupart des matières où s'éclôt et s'épanouit l'immatériel, les biens sont peu ou prou en cause. C'est à travers elle que semble se manifester de la manière la plus évidente la tendance du droit à l'immatériel.

La question du rôle de la réalité matérielle dans le droit se pose en termes de mouvement, bien sûr. On sent confusément que ce rôle tend à décliner, que le droit devient de plus en plus éthéré. Le spectacle de ses mutations contemporaines suggère qu'il y a là un phénomène moderne, voire caractéristique de la société industrielle¹. Mais les rapports du droit et de la matière sont une vieille lune. C'est à se demander s'ils ne commencent pas avec le droit lui-même, qui est tout pétri de mesure. Évaluer une offense pour y répliquer par la vengeance, c'est déjà un raisonnement arithmétique avant même que n'apparaissent les premières compositions pécuniaires. Quelle que soit la

¹ C'est un thème majeur de l'œuvre de René Savatier, dont la philosophie est économiste et évolutionniste (v. F. Zenati, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journées René Savatier, 1991, pp. 13 et s.). V. entre autres, R. Savatier, « Le droit et les progrès techniques », *Bull. internat. des sc. soc.*, 1952, vol. IV, n° 2, p. 326 et s.

notion que l'on peut avoir du droit, celui-ci s'exprime par un discours, procédant nécessairement d'une représentation du monde, donc par une abstraction. Le problème de l'immatériel en droit n'est donc pas de savoir si le droit lui fait ou non une place mais dans quelle mesure il la lui fait. Il n'y a pas de dématérialisation du droit, mais tout au plus une tendance de celui-ci à être de plus en plus immatériel. On pourrait penser le contraire à propos des biens, car leur perception juridique est empreinte d'un corporaïsme tenace, mais on verra ci-après qu'au plus fort de cette vision des choses, l'abstraction s'épanouit en contrepoin.

L'affirmation de l'évolution du droit vers l'immatériel est grossière, sinon simpliste, d'un autre point de vue. Si une telle évolution existe, elle ne se fait pas de manière linéaire. Elle se traduit par des poussées et des revers. Contrairement à ce que pensent beaucoup de juristes, il n'a pas fallu attendre le XX^e siècle pour voir surgir un droit dématérialisé. L'idéalisme, qui est à l'origine de l'intellectualisation du droit², naît déjà avec le commencement de la modernité. La conception des choses comme des entités incorporelles est encore moins récente. Avec l'intellectualisation de la possession, la perception du patrimoine en termes de valeur et bien d'autres techniques abstraites, elle commence dès l'époque romaine.

Le droit des choses a une lourde responsabilité dans l'existence de ce préjugé qui veut que le droit se soit récemment dématérialisé. Son interprétation a produit une identification de la chose à la matière qui constitue un véritable dogme et ce sont paradoxalement les idées modernes qui sont responsables de cet *a priori*. C'est donc dans cette matière tout particulièrement qu'il faut porter la réflexion sur l'immatériel et restaurer les liens substantiels qui l'unissent au droit. La thématique dans son ensemble en recueillera de fructueux dividendes en étant libérée d'un postulat qui a des allures de mythe.

L'immatériel est aussi ancien que le droit parce qu'il participe comme lui³ de l'économie. Les civilisations se sont construites à partir du développement des échanges. Après l'ère primitive du don, puis du troc, l'*homo oeconomicus* advient avec la monnaie. L'échange monétaire est intrinsèquement une abstraction et c'est au droit qu'il appartient de le mettre en équation par le contrat et le jugement. Avec l'argent, le droit sort des limbes de la primo-genèse et trouve les conditions de son développement qui rime en permanence avec la pécuniarité, qu'il s'agisse de la décliner ou de la circonscire. Avec lui, il se représente le monde en termes de valeur et non plus à l'état naturel. L'économie dite capitaliste qui porte à son paroxysme le principe monétaire n'est qu'un degré supérieur dans le rôle joué par la valeur dans les rapports sociaux et donc dans les rapports juridiques. Elle est un moment privilégié qui, en forçant le trait, permet de mieux percevoir l'immatériel et de le comprendre.

L'économie marchande fait la part belle à l'immatériel pour une autre raison. Sa généralisation progressive atteint des domaines matériels comme immatériels qui, jusqu'à présent, lui échappaient. La marchandise ne se réduit pas à un trivial objet matériel, manufacturé ou non, elle devient potentiellement et à des degrés variables la qualité de tout l'horizon humain. Toute chose, au sens non juridique et donc large de ce terme, peut être échangée, à titre onéreux ou non, en ce compris les choses dépourvues de

² S. Goyard-Fabre, « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », *Arch. phil. droit* 1979.151.

³ F. Zenati, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », *Arch. phil. droit* 1992.121.

consistance matérielle. Il n'est jusqu'à la personne elle-même qui ne tende à tomber dans le commerce, dans la limite de ce qui est admissible, c'est-à-dire sous réserve qu'elle ne succombe pas conceptuellement à sa réification. Or la personne n'est pas faite de matière. Les sentiments humains, l'activité, le travail, la connaissance deviennent des biens pour pouvoir, comme les autres biens, mais avec forcément une moindre mobilité, circuler. Le droit accompagne cette mutation, avec plus ou moins de promptitude. Il multiplie les biens immatériels au point qu'on finit par oublier le paradigme de la chose corporelle, laquelle fait de plus en plus figure de bien archaïque. Il y a, certes, dans cette tendance, contrairement à l'apparition de la valeur, un stade ultérieur (voire ultime ?) de l'évolution des biens, même s'il demeure inexact d'en réserver la connaissance aux sociétés modernes. C'est en s'étendant que la propriété a désincarné son objet. Mais cet élargissement a une vertu révélatrice. Il permet de comprendre que le cantonnement conceptuel de la propriété et des biens à l'univers matériel est un leurre dû à une connaissance empirique de la matière que se propose de régir le droit.

Les deux processus, valorisation et dématérialisation des biens, semblent à première vue séparés. Mais ils sont, au vrai, solidaires. La transformation d'une entité quelconque en bien est la condition de son entrée dans le marché, la propriété étant la condition préalable de l'échange, même si tous les biens ne deviennent pas nécessairement des marchandises.

Encore qu'historiquement la valorisation des biens précède nettement leur dématérialisation, il est préférable de n'y réfléchir qu'en second lieu, car la dématérialisation des biens met en cause une difficulté majeure de la pensée juridique dont la solution semble préjudicielle.

LA DÉMATÉRIALISATION DES BIENS

La tendance des biens vers l'immatériel n'est pas nouvelle, mais elle connaît dans la période contemporaine une sensible accélération. C'est l'intensité inédite du mouvement qui le rend plus perceptible que jamais. Ce mouvement bouleverse le donné et remet en cause le construit, provoquant une crise du droit des biens et, au-delà, un réexamen des notions de base du droit.

Le mouvement du donné

La société industrielle a profondément transformé les fortunes en les désincarnant. L'affirmer est devenu un poncif et le décrire est en passe de devenir un lieu commun de la littérature juridique⁴. À côté des biens matériels, cette société a fait surgir des biens nouveaux, qui, malgré leur défaut d'assise matérielle, deviennent des sources majeures de

⁴ V. notam. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.1 ; « Essai d'une nouvelle présentation des biens incorporels », *ibid.*, pp. 331 et s. ; A. Piédelièvre, « Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien », in *Aspects du droit privé en fin du XX^e siècle* (ét. de Juglart), p. 55.

richesse. Pareillement, elle a promu des formes de biens incorporels autrefois marginales et méconnues, posant crûment, comme pour les nouveaux, la question de leur nature juridique. Loin des sacro-saints biens-fonds du code civil et de son idéologie terrienne, mais en même temps fascinés par leur paradigme, les commerçants et les entreprises ont pris conscience de ce que l'essentiel de leur patrimoine ne résidait pas tant dans des immeubles et équipements que dans les moyens de conquérir et conserver une clientèle. D'où l'idée de faire de ces moyens un bien universel, le fonds de commerce, dont la vertu est de procurer des clients. Certains des éléments du fonds de commerce étaient eux-mêmes des biens nouveaux, reposant comme lui et à eux seuls sur un potentiel d'attraction de clientèle : marques, dessins, modèles, procédés de fabrication, produits nouveaux. Un nouvel univers s'ouvrait ainsi pour le droit des biens, celui des biens industriels et commerciaux, biens ayant tous la caractéristique d'être incorporels. Un univers appelant une protection juridique autant que les biens traditionnels et même plus encore, tant l'appropriation de ce qui est abstrait est difficile. La révolution industrielle a conféré, par les valeurs de progrès qui l'animent, une importance sans précédent à l'innovation. La conquête des marchés se fait en concevant de nouveaux produits et en utilisant de nouveaux procédés. L'imagination et l'habileté sont devenues aussi des sources de clientèle et donc de richesse. Là encore, l'extension de l'appropriation s'imposait, autant pour vendre ou louer la création que pour la protéger contre la concurrence. Les inventions et œuvres d'art à vocation industrielle sont objectivement devenues des biens. Tout ce qui est susceptible de conférer avantage dans la compétition économique, savoir faire professionnel, informations de toute nature, est source de richesse et, dès lors, apparaît objectivement comme un bien, est traité comme tel aujourd'hui par les opérateurs économiques.

La transformation en un bien de la clientèle est un élément majeur de la mutation. La profession n'est plus, dans la société industrielle, considérée comme un état. Elle se vend comme la plupart des utilités humaines. Détachée de la personne, elle passe de mains en mains, procurant à son détenteur un enrichissement. Les professions étrangères à l'économie marchande sont elles-mêmes attirées par le processus et tendent, à un moindre degré, à réifier leur clientèle. Lorsqu'ils ont une structure proche de celles de l'entreprise, les cabinets des professions libérales et les exploitations agricoles incluent dans leurs actifs la clientèle et procèdent, le moment venu, à sa transmission. Les clientèles civiles tendent d'autant plus facilement à devenir des biens qu'elles n'échappent pas au processus de dissociation d'avec la personne du professionnel. La clientèle tend, de manière universelle, à être le tribut d'une organisation, d'une localisation ou d'un savoir-faire dépersonnalisés et, par suite, réifiable.

Les biens corporels eux-mêmes en viennent à se dématérialiser. L'extension sans précédent de l'échange monétaire a happé dans le marché et transformé en biens des substances situées aux confins de la matière, comme les ondes ou l'énergie⁵. On va jusqu'à voir dans l'espace une chose susceptible d'appropriation. La régulation de l'aménagement urbain conduit à se représenter l'espace comme un élément pour partie privatif et, pour le surplus, commun, la fraction publique de l'espace n'étant pas moins un bien, que la collectivité commercialise à certaines conditions. La rareté de l'effet utile d'aggloméra-

⁵ R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », préc.

tion suscite la construction en hauteur, ce qui accentue le phénomène de valorisation de l'espace et relativise l'importance du sol. Ce que vendent les promoteurs et constructeurs d'immeubles n'est plus tant un fonds bâti qu'une fraction de l'espace. L'appartement en copropriété est perçu comme un cube d'air privatif enveloppé d'une construction indivise et d'équipements communs qui ne sont que des accessoires. Les grands ensembles immobiliers sont conçus sur un mode voisin. La copropriété du cadre bâti y est moins importante et les charges réelles entre lots plus développées, mais le résultat est toujours de procurer l'utilité d'un espace davantage obtenu par le voisinage des propriétés aériennes que par leur assise foncière.

Le plus remarquable est la mutation qui affecte les biens incorporels traditionnels. On pourrait penser que ces biens n'ont pas à participer au processus général de désincarnation puisqu'ils sont dès l'origine idéels, mais ils n'y échappent pas. Sociologiquement, les droits incorporels prennent désormais une place dominante dans les patrimoines et détrônent le vénérable *fundus*. Il est banal de dire que les fortunes d'aujourd'hui reposent davantage sur des titres, parts de sociétés, comptes en tous genres que sur la terre et les édifices. Au reste, l'immeuble lui-même se décline de plus en plus sur le mode du droit incorporel avec le succès des parts et actions de sociétés immobilières. Emmanuel Lévy avait déjà identifié la loi de cette évolution au début du siècle en affirmant que, dans la société industrielle, il n'y a plus de possesseurs mais que des créanciers⁶. Mais, le droit incorporel ne se contente pas de devenir hégémonique, il trouve le moyen de perdre lui-même le peu de substance sur lequel il reposait. Le formalisme de sa transmission tend à être abandonné pour faciliter et accélérer sa circulation, ce qui le désincarne un peu plus. On se dispense de mettre l'acquéreur en possession par la remise du titre et la signification de la mutation au débiteur. L'opération se réduit à une inscription sur un registre, ce dont on se dispense lorsque persiste la remise du titre. L'acquisition des droits incorporels est encore plus dépouillée avec la technique du titre négociable sous ces différentes formes, valeurs mobilières ou effets de commerce. On a, un temps, cru que la matérialisation des droits pouvait faciliter leur circulation en leur donnant une mobilité analogue à celle des marchandises mais cette croyance est vite apparue comme une chimère. La technique du titre au porteur, qui incorpore le droit dans le titre et le transforme en objet corporel, a fait long feu. L'intensification des échanges boursiers est incompatible avec une circulation matérielle des titres qui a été vite remplacée par des opérations de compte, bien avant que la loi n'abandonnât cet anachronisme. Avec l'inscription en compte, le droit incorporel atteint le sommet de l'intellectualisation : il devient un concept arithmétique, pour être plus fongible (*v. infra*) et plus mobile. La même transformation affecte jusqu'à la monnaie elle-même qui, de meuble corporel, passe à l'état de droit incorporé dans le titre pour finir sous la forme d'une inscription en compte.

L'entrée de la personne dans le commerce est aussi une conséquence du mouvement général d'extension de l'échange aux frontières de l'univers matériel. Tous les attributs de l'être humain sont concernés par cette transformation, qu'ils soient physiques ou moraux. Chaque attribut qui apparaît objectivement comme un bien en raison de l'utilité évidente de son appropriation et de sa mise dans le commerce juridique devient une chose. À côté des biens ordinaires apparaissent ce qu'Aubry et Rau n'hésitaient pas à

⁶ E. Lévy, *Les fondements du droit*, Paris, 1922.

appeler les « biens innés »⁷. Les attributs corporels sont un aspect mineur de la choséité naissante de la personne. Deviennent juridiquement des biens certaines sécrétions et substances humaines, puis les organes du corps humain, rejoints enfin par le corps humain lui-même, dont la transformation en objet ne manque pas, par ailleurs, de poser des problèmes éthiques. La réification de la personne est surtout immatérielle. C'est une des mutations majeures de la société industrielle que d'avoir mis le travail humain dans le commerce. Pas seulement l'activité, comme dans l'ancestral louage d'ouvrage, mais la force physique et intellectuelle de l'homme, que celui-ci loue et, ce faisant, dont il dispose librement comme d'un bien dont l'employeur acquiert les fruits tel un banal locataire⁸. Ce bien a un substrat physique, mais il est d'essence immatérielle ; ce n'est pas le corps lui-même qui est loué. D'autres attributs humains ont cette connotation ambivalente et tombent à leur tour dans l'univers des choses. La voix et l'image de l'homme deviennent, dans certaines situations, précieuses et objet de convoitise, condition suffisante pour en faire des biens dont le propriétaire se réserve l'exclusivité et dont il dispose de l'utilité selon son gré.

L'échange s'étend aux attributs purement moraux de la personne. Cette extension n'implique pas toujours une réification. Lorsque la personne négocie en justice ou par voie de transaction la réparation des atteintes portées à ses sentiments les plus divers, elle n'agit pas pour la défense d'un bien. Mais lorsque l'attribut moral peut être négocié hors de toute atteinte ou délit, il devient objectivement une chose appropriée dont le possesseur dispose. Ainsi le nom, d'élément de l'état des personnes, passe au statut d'objet de propriété et tombe dans le commerce juridique. Les informations personnelles ne sont plus seulement protégées contre les indiscretions par l'organisation de leur confidentialité. Elles deviennent des biens dont les tiers ne peuvent faire usage qu'à la condition que leur propriétaire leur en donne licence. Ainsi naît un droit à la vie privée, droit de propriété qui ne dit pas son nom parce qu'il jure avec la conception patrimoniale que l'on a de ce droit.

Mais dire cela, c'est déjà parler de la réaction du construit à la dématérialisation des biens.

La crise du construit

Tout le régime des biens est remis en cause par l'irruption de l'immatériel, qui subvertit l'édifice théorique légué par la tradition et patiemment poli par des générations de jurisconsultes. Rien n'y échappe. La chose comme la prérogative que la personne exerce sur elle sont en crise et leurs tensions ébranlent l'ensemble de l'édifice du droit privé.

La chose est le siège le plus évident des turbulences qui assaillent les constructions classiques. Peut-on encore sérieusement soutenir que chose et corps sont synonymes alors que ces derniers sont ravalés au rang d'une forme anecdotique de bien ? Le corporalisme de la doctrine est en procès. Cette revue a été un des acteurs de la contestation lorsque, sous la bannière de Villey, elle est partie à l'assaut de l'idée reçue que le droit

⁷ Aubry et Rau, *Droit civil français*, II, § 162.

⁸ Th. Revet, *La force de travail*, Paris, 1992.

romain nous aurait légué la corporéité⁹. Grâce à une fructueuse confrontation de la *common law* et de la *civil law*, Ginossar avait déjà porté un coup décisif au dogme de la matérialité des biens¹⁰. Les recherches historiques et philosophiques dans lesquelles notre thèse de doctorat a trouvé son assise nous ont permis de vérifier et approfondir l'idée que l'origine romaine de la corporéité est inexacte et de découvrir qu'elle constitue un véritable contresens historique¹¹. Ce n'est pas la distinction des choses corporelles et incorporelles de Gaius qui est à l'origine de l'objet corporel de la propriété, comme on le pense de manière séculaire¹² et comme s'était efforcé de le démontrer le maître de Villey, Monier¹³. Bien au contraire, cette distinction est la preuve la plus évidente de l'universalisme de l'objet de la propriété en *jus civile* et de l'aptitude des Romains, grâce à l'influence de la philosophie, à conceptualiser la propriété incorporelle.

Les *res incorporales* sont autant des objets de propriété que les *res corporales*¹⁴. Le *dominium* n'est pas un droit, au sens romain de chose, comme l'a prouvé Villey, mais une puissance attachée à la personne s'exerçant sur toutes les formes de choses, incorporelles comme corporelles, *jura* comme *corpora*. Ces dernières ne sont pas des droits, contrairement aux choses incorporelles ; le système romain des biens repose sur une taxinomie *réelle* : un bien est un corps (*corpus*) ou un droit (*jus*), une chose matérielle ou un rapport juridique réifié, mais pas les deux à la fois.

La conception très réaliste qu'ont les Romains des biens a été, sous couvert de continuité, bouleversée par les romanistes qui l'ont adaptée à leur temps. Dans la société féodale, il n'y a pas de propriété exclusive, comme à Rome ; personne (ou presque) n'est propriétaire de la terre, laquelle est soumise au pouvoir de plusieurs personnes. Le pluralisme des relations avec les choses occasionne dans un premier temps la promotion des droits ; on n'est pas propriétaire de la chose au sens romain de puissance : on a un simple droit dans la chose (droit dont on est propriétaire). Cette particularité, par une étrange alchimie, a provoqué au contraire la promotion des corps et la naissance du droit subjectif. Du fait de son caractère systématique, la propriété des droits est devenue marginale, on s'est mis à l'appeler *quasi-dominium* et Bartole finira, en une formule qui deviendra immortelle, par la qualifier d'impropre¹⁵. Ce qui intéresse les juristes savants du moyen-âge, c'est le *jus* qu'a tout propriétaire. Comme on ne savait plus en ces temps ce qu'est un propriétaire exclusif, on a décidé que les titulaires de droits sont tous des propriétaires, confondant *dominium* et *jus*¹⁶. Ce glissement a une signification fonda-

⁹ Arch. phil. droit 1979, *Les biens et les choses en droit*.

¹⁰ Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, 1960.

¹¹ La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon, 1981.

¹² Cf., par ex., A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F. « Droit fondamental », 1989, n°3, 8, 71, 87.

¹³ R. Monier, « La date d'apparition du *dominium* et de la distinction juridique des *res corporales* et *incorporales* », *Studi Solazzi*. 357.

¹⁴ Bonfante, *Corso di diritto romano*, II, p. 206-207 ; Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1928 ; Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei « jura praediorum » nell'età repubblicana*, I, Milan, 1969.

¹⁵ Bartole, D. 41, 2, 17, *De acquir. poss.*, *Si quis vi differentia*, n° 4.

¹⁶ E. Meynial, « Notes sur la formation du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *mél. Fitting*, p. 409.

mentale. Il a non seulement pour effet d'engendrer la théorie féodale du domaine divisé mais aussi d'engendrer une nouvelle théorie des biens qui engendre le droit subjectif. La confusion du *dominium* et des *jura* a pour conséquence leur dénaturation, comme par symbiose. Le *dominium* n'est plus attaché à la personne et devient un bien ; parallèlement le *jus* n'est plus seulement une chose, il devient par osmose avec le *dominium* une *potestas*, un pouvoir (alors qu'il n'était à Rome qu'un statut). Et comme il est en pratique toujours une relation intéressant une terre, ce pouvoir est présenté comme portant sur une chose corporelle. L'esprit pragmatique des romanistes de la seconde période a permis du même coup de donner un sens à la distinction romaine des *res corporales* et des *res incorporales* à laquelle on se voulait fidèle : ce binôme n'exprime plus désormais que la différenciation du pouvoir et de son objet. Quant à la propriété, qui a le travers d'être notoirement absente des *res corporales*, on la classe dans les *res corporales* par un sophisme très scolastique qui consiste à présumer que, par son intensité, elle s'incorpore dans la chose, ce qui la rend invisible !

L'époque moderne parachève l'édifice en occultant progressivement le *dominium*, en quoi consiste tout *jus*, aidée par l'esprit rationaliste. Il n'y a plus de *dominia*, mais des droits sur les choses corporelles. L'idéalisme accentue la dimension potestative des droits dont on a fini par oublier qu'ils sont des choses et qui supplantent le *dominium* dans la traduction de la subjectivité juridique. On ne construit plus une théorie des biens, mais une théorie, très subjective, des droits de la personne, en rapprochant le *jus in re* devenu pouvoir sur la chose corporelle des post-glossateurs avec le *jus ad rem*, qui lui ressemble fort par son caractère très subjectif et le fait qu'il concerne une chose corporelle. En résulte une division rationnelle des droits subjectifs en droits réels, portant directement sur la chose et droits personnels, simples droits à la chose. Les biens ont quasiment disparu. On ne parle guère plus que des choses, désormais irrémédiablement corporelles, vers lesquelles tendent plus ou moins médiatement les droits.

Ce système fondé sur la complicité du droit subjectif et de la chose corporelle n'a pas été inventé, comme l'a soutenu Villey, par un théologien anglais hérétique en rupture avec la papauté sur la question de savoir si les moines franciscains ont le titre ou simplement l'émolument de leurs possessions¹⁷. Guillaume d'Occam n'était pas juriste et, au surplus, pour être anglais, était éloigné de la culture romaniste. Contemporain de Bartole, qui a cristallisé par son œuvre la théorie romaniste médiévale des biens, il a tout au plus été influencé par la manière de penser des post-glossateurs¹⁸. *C'est à cette école que nous devons – ce qui n'est pas peu dire – tant le corporalisme que le droit subjectif*. Une formule célèbre de Bartole résume sa responsabilité fondatrice. La propriété, affirme-t-il, est le droit de disposer pleinement d'une chose corporelle sous réserve de ce que la loi prohibe¹⁹. Cette proposition dense ne livre pas seulement une redéfinition de la propriété romaine, elle fournit en outre les caractéristiques du droit subjectif naissant : un pouvoir et non plus une chose incorporelle, un pouvoir puissant, analogue à la *potestas*

¹⁷ M. Villey, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume D'Occam », *Arch. phil. droit* 1964.97.

¹⁸ M. Villey, *op. cit.*, p. 119. Villey admet de manière ténue que l'on trouve chez Bartole une manifestation du droit subjectif (Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne, *Public. instit. dr. rom., univ. Paris*, VI, 1950, p. 219, note 17).

¹⁹ Bartole, *loc. cit.*

du *dominium* dont il procède et une prérogative s'exerçant à proprement parler sur un objet corporel.

En dépit de multiples influences contraires, l'École est demeurée attachée de manière indéfectible à ce schéma dans les systèmes juridiques romanistes jusqu'à ce qu'il soit ébranlé par les transformations économiques et sociales de la société industrielle. Il n'a même pas, contre toute attente²⁰, été affecté par la révolution politique et juridique qu'a connue la France en passant du XVIII^e siècle au XIX^e siècle. L'idéalisme et le rationalisme moderne ont construit le subjectivisme juridique à partir de l'infrastructure léguée par la pensée romaniste sans s'en départir, ignorant la pensée juridique romaine opacifiée par ses interprètes, laquelle aurait pu aussi bien et même mieux se prêter à son entreprise. De là, ce curieux paradoxe d'une vision éthérée du droit, toute entière rivée sur le sujet et loin de la nature²¹, complice cependant d'une inattendue réduction des choses à la matière. Les modernes ne se sont pas posés la question de savoir si les choses pouvaient être immatérielles. Ils ont passivement reproduit les schémas corporalistes de la tradition²² sur lesquels ils ont édifié leur conception abstraite du droit.

Les critiques portées contre ce système ne sont pas le fruit du hasard ou le résultat d'une illumination. Elles sont le produit d'une contradiction opposant la réalité du droit et sa représentation périmée. Il n'est plus sérieux au XX^e siècle de soutenir que les personnes n'ont de relations juridiques, directes ou médiates, qu'avec les choses corporelles. Des biens surgissent ou réapparaissent qui ne sont ni les choses corporelles, ni les droits subjectifs de la taxinomie moderne. Les universalités existaient à Rome sous la forme de l'hérédité, bien considérés comme des droits droits et donc des choses incorporelles. De tels biens sont inclassables au rang des droits réels et des droits de créance ou de leur objet. Il n'en va pas autrement des droits sociaux dont on sait qu'ils ne sont pas des droits réels sans vraiment pouvoir être classés parmi les droits personnels. Les créations intellectuelles sont encore plus déroutantes. Elles semblent relever du droit réel, mais constituent un démenti flagrant, consacré par la loi positive, apporté à la théorie attribuant un objet corporel au droit réel. La propriété immobilière, noyau dur du corporalisme, vole en éclat lorsqu'elle se réduit à une fraction d'espace. Il n'est pas possible de surmonter la crise de perception en prétendant recourir à une prérogative nouvelle dictée par des biens nouveaux : c'est bien du droit réel qu'il s'agit, le droit réel par excellence.

La distinction romaine des biens revue et corrigée par les glossateurs s'effondre : comment soutenir encore que les choses incorporelles sont les droits subjectifs et les choses corporelles leur objet, alors qu'il est de plus en plus évident que cet objet est susceptible d'être aussi bien immatériel que matériel, pouvant aller jusqu'à inclure les choses incorporelles de la vénérable distinction elles-mêmes ? Comment s'autoriser encore à affirmer cette invraisemblance que la chose corporelle et le droit de propriété

²⁰ On aurait pu penser qu'en abolissant le régime des biens de l'Ancien droit, la Révolution apporterait une reconstruction théorique (P. Grossi, « Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà », *Quaderni fiorentini*, 1976-1977, V-VI.201).

²¹ S. Goyard-Fabre, « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », préc.

²² J.-L. Gardies, « La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant », *Arch. phil. droit* 1979.139.

sont une seule et même notion en raison de la puissance de ce droit au moment où la propriété s'étirole sous les assauts de la société industrielle ²³ ?

La doctrine lutte contre ce naufrage comme elle le peut. Sa réponse privilégiée est de créer des catégories nouvelles pour obturer les brèches et étayer la structure de la théorie des biens qui se lézarde. Alors que les auteurs du XIX^e siècle avaient affirmé l'universalisme de la distinction des droits réels et des droits personnels, leurs épigones construisent des prérogatives nouvelles, réhabilitent des catégories anciennes, et découvrent des droits *sui generis*. Devant la figure inhospitalière du droit réel dont l'objet est inadapté, on range les nouveaux biens immatériels sous les notions inédites et imaginatives de monopoles d'exploitation, droits de clientèle, droits intellectuels. Le législateur réhabilite la figure surannée du privilège royal de l'Ancien droit pour organiser la propriété des inventions. Contrairement à la doctrine du siècle précédent, celle du présent siècle refuse de ranger les attributs de la personne sous le droit réel dont elle rétrécit de plus en plus l'horizon. Cohérente avec le dogme de la corporéité, elle fait des droits sur les biens innés des prérogatives originales aux appellations variées : droits de la personne, droits extra-patrimoniaux et, qui ont fini par triompher, droits de la personnalité, tout en combattant farouchement l'idée que l'on puisse être propriétaire de ses propres attributs. De là, un repli frileux sur la spécificité du droit d'auteur, mi-propriété, mi-droit de la personnalité, que l'on finit par considérer comme un droit original en raison de son dualisme irréductible en dépit de sa reconnaissance légale comme une propriété. L'École a sa propre rationalité. Elle désapprouve, fidèle à l'héritage moderne, l'utilisation par le législateur de la notion de propriété en dehors des biens corporels et critique sévèrement ses dérivés terminologiques en s'opposant à ce que des biens immatériels nouveaux entrent dans l'orbite de la propriété.

L'onde de choc de l'immatériel a des prolongements insoupçonnables. Il est probable que la crise que connaît la théorie du droit réel depuis la fin du XIX^e siècle est en rapport avec la remise en cause de la corporéité. Dès lors que le droit réel n'est plus l'apanage des corps, qu'il se « désincorpore », il n'apparaît plus aussi différent qu'il paraissait de son antonyme. Une partie audacieuse de la doctrine remet en cause la distinction des droits réels et des droits personnels en soutenant qu'au fond, tous les droits sont des obligations. C'est la rançon de la dématérialisation : si le droit réel n'est qu'un rapport juridique, pourquoi aiguïser son opposition avec d'autres rapports juridiques dont il n'est, en définitive, qu'une variété ? Monarque déchu, le droit réel n'a cessé, depuis lors, malgré le discrédit de l'école personnaliste, d'être remis en cause, notamment avec la thèse, qualifiée de néo-personnaliste, analysant le droit réel comme une obligation réelle et le différenciant de la propriété ²⁴.

Même dans sa mouvance la plus classique, la doctrine s'est éloignée inconsciemment des schémas de la tradition en dépit de ses réflexes conservateurs. Sous le spectacle de l'extension du marché et de l'intensification de la circulation des biens, elle s'est départie progressivement de la théorie des biens romaniste-moderne réduisant les choses aux corps et promouvant les droits subjectifs au détriment des biens. Les droits ne peuvent plus lui apparaître comme des qualités de la personne au moment où la réalité leur

²³ L. Jossierand, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *Et. Sugiyama*, 1940.95.

²⁴ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, préc.

inflige une circulation exponentielle. Ce ne sont pas tant les corps eux-mêmes que les droits qui se révèlent être les véritables biens. S'ensuit une réification des droits subjectifs accentuée par leur patrimonialisation, elle-même purement doctrinale (v. *infra*). La mutation s'opère sous la forme d'une prise de conscience de la choséité des droits, bien que les enjeux philosophiques n'en soient pas perçus, encore que l'école objectiviste l'ait annoncée²⁵. On se rend compte que les choses ne sont rien sans les droits qui les encadrent et leur donnent leur caractère juridique. Parmi les juristes, nul autre que Savatier n'a été plus sensible, à la faveur d'un économisme foncier, à la réalité et à la mobilité des droits dits subjectifs²⁶. La mutation est aujourd'hui achevée. Il est admis de manière quasi unanime que tous les biens sont des droits et ont, par suite, une nature incorporelle. La dématérialisation des biens se fait ainsi hors du réel : elle est ici purement idéelle. Mais elle n'est pas le fruit du hasard, car elle est la conséquence directe de la crise de la théorie des biens léguée par la tradition.

En témoigne le fait qu'une nouvelle philosophie s'en fait l'écho et l'accompagne, prenant le relais de l'idéalisme et du subjectivisme modernes. Une philosophie de l'incorporel, qui se représente les biens comme des constructions juridiques abstraites, comme un habillage formel du réel, notamment dans une optique procédurale²⁷ ou comme, manière de transition du subjectivisme à l'objectivisme, une projection du moi sur les choses²⁸. Les excès du corporalisme se payent, sous un effet de balancier, par un immatérielisme exacerbé et sans nuance.

LA VALORISATION DES BIENS

Bien que l'immatériel soit à la mode, sa célébration aux accents modernistes occulte la profondeur du phénomène. Il n'a pas été nécessaire d'attendre l'envahissement du marché au-delà des frontières du monde sensible et l'extension de la catégorie des biens à des objets incorporels pour concevoir ceux-ci sur le mode abstrait. Cette manière de se les représenter existe depuis qu'est apparue, il y a bien longtemps, la valeur. La vengeance, stade néolithique du droit, repose sur elle ; elle consiste dans une évaluation de l'offense pour mesurer sa juste rétribution. C'est ce mesurage qui a fait qu'avec la monétarisation des échanges, il est apparu tout naturel d'évaluer l'offense en argent et de la compenser selon le même mode ; ainsi apparaissent les compositions pécuniaires. Le droit a donc toujours connu la valeur, dès sa manifestation la plus primitive et presque toujours l'argent, grâce auquel il a pu, comme art de l'équivalence, s'épanouir pleinement. Il a une relation de complicité structurelle avec la monnaie.

La manifestation la plus spectaculaire de cette corrélation quasi ontologique est l'obligation. Lorsqu'elle est personnelle, l'obligation est structurellement pécuniaire.

²⁵ Ihéring, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, 3^e éd., T. IV, § 71, p. 327.

²⁶ *Théorie des obligations, vision juridique et économique*, 2^e éd., n° 16 à 19 ; *Les métamorphoses du droit privé d'aujourd'hui*, 2^e et 3^e série, 1959, n° 68 et 467.

²⁷ M. Villey, préface historique, *Arch. phil. droit* 1979.1 ; Y. Thomas, « Res, chose et patrimoine », *Arch. phil. droit* 1980.413.

²⁸ J.-L. Vuilleme, « La chose (le bien) et la métaphysique », *Arch. phil. droit* 1979.31 ; F. Dagognet, *Philosophie de la propriété. L'avoir*, 1992.

Elle s'exécute toujours en dernière instance par de l'argent, au point que le droit du créancier d'être satisfait en argent est considéré par certains comme faisant partie de l'obligation. Il n'en a pas, il est vrai, toujours été ainsi. Dans les droits archaïques, l'impayé se réglait par la vengeance ; le créancier avait le droit d'en obtenir raison par la liquidation de son débiteur. L'exercice de son droit de tuer n'était pas l'exécution forcée de l'obligation mais la réparation « en nature » de son inexécution (l'honneur se paye par la vie). Avec l'apparition et l'essor de la monnaie, l'évaluation et la réparation se font en argent. Le créancier ne liquide plus le corps de son débiteur, qui n'est pas un objet pécuniaire, mais ses biens et, cette fois-ci, au sens propre. Ainsi naît ce que les juristes appellent le droit de gage général des créanciers, qui n'est pas tant un mode d'exécution qu'un mode de réparation. À partir de cette étape, la plupart des biens des personnes deviennent des objets de valeur et, pour tout dire, des valeurs. Leur propriétaire ne les possède effectivement que dans la mesure où il n'est pas menacé de vente forcée par ses créanciers : à quoi bon se dire propriétaire de biens qui peuvent d'un instant à l'autre faire l'objet d'une légitime expropriation ? Ainsi naît la sensation que l'on ne possède pas tant la chose que sa valeur, laquelle ne nous appartient plus lorsqu'elle est engagée par l'obligation. Le droit qu'ont les créanciers sur la valeur des biens réduit le pouvoir qu'a sur elle le débiteur. Ce dernier est quasi dépossédé de la valeur de ses biens encore qu'il en ait formellement la propriété. Les pères du droit civil, pour formalistes qu'ils étaient, rendaient compte de cette relation intuitive aux biens. Le droit romain ne considérait dans ses biens (*in bonis*), c'est-à-dire comme réellement propriétaire que le débiteur dont l'importance des dettes était inférieure à la valeur des biens²⁹. Il est vrai que les *bona* signifiaient plus l'universalité des biens, le patrimoine, que chaque bien considéré isolément : le débiteur ne possédait plus son patrimoine, exposé à la *venditio bonorum* qu'il était, lorsque, par l'importance de ses dettes, il n'était plus *in bonis*. Le patrimoine était déjà perçu en termes de valeur et, qui plus est, de valeur nette.

À ce stade élémentaire de l'évolution du droit, les biens sont déjà transformés en abstraction. Leur propriétaire exerce, tant qu'il n'est pas exproprié, son droit sur la chose en nature, mais ne maîtrise pas la valeur de l'universalité de ses biens. C'est déjà une manière de percevoir de façon intemporelle les biens, qui sont autant des valeurs que des objets réels, corporels ou non.

On peut rechercher la valeur, plus que dans l'enfance des biens, dans leur genèse, en sorte que les biens existeraient à l'état de valeur avant même que d'être consacrés juridiquement. C'est l'utilité qui conduit à faire d'une chose un bien, du moins lorsque la chose n'est pas à ce point abondante qu'elle ne suscite aucune convoitise. La rareté des choses utiles conduit à se les procurer par le commerce puis, de proche en proche, par l'argent, lorsque l'échange devient monétaire. Devenant aliénable, la chose acquiert une valeur qui la mesure par rapport à l'objet contre lequel elle est échangée et qui n'est autre que celle de son utilité (avant que le marché ne la transforme en valeur marchande). C'est cette valeur d'usage qui crée le besoin de l'échange, lequel, à son tour, crée celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique : par ce cheminement nécessaire, la chose, du stade de la valeur, passe à celui de bien. On peut observer ce processus à travers la genèse des biens de création récente que sont les propriétés intellectuelles faisant passer

²⁹ D. 50,16,39,1.

la chose de l'état de valeur à celui d'objet de propriété³⁰. Lorsque la valeur préexiste au bien, ce qui n'est le cas que de ceux – les plus nombreux – qui ont un destin pécuniaire, le bien naît à l'état abstrait. Nonobstant son éventuelle texture matérielle, il comporte en lui une dimension arithmétique qui est purement conceptuelle.

Avant même que le droit n'élève dans son mouvement contemporain les choses à l'état d'abstraction par la valeur, celles-ci comportaient, depuis sa préhistoire, la dimension même qui amorce leur dématérialisation.

Le mouvement du donné

Le développement de l'économie de marché se traduit par une augmentation du domaine de la pécuniarité. Tous les dommages, de quelque nature que soit l'intérêt lésé, donnent lieu à compensation pécuniaire. Les biens susceptibles d'être vendus, c'est-à-dire échangés contre de l'argent sont de plus en plus nombreux. L'extension du domaine de la propriété est simultanément celui de la patrimonialité : une chose devient un bien dans la perspective d'être objet d'un échange monétaire.

Parmi les biens pécuniaires dotés déjà d'une certaine immatérialité par la valeur monétaire qui participe de leur nature, se multiplie considérablement une forme de biens à forte teneur en valeur : les marchandises. Ces biens, qui tendent à devenir prépondérants, sont les plus éthérés des biens matériels. Du point de vue des professionnels qui les fabriquent ou les commercialisent, ils constituent de pures valeurs, devant à terme être remplacées par de l'argent. Ce n'est que pour le consommateur qu'ils présentent un intérêt en eux-mêmes et cessent d'être dans le patrimoine de leur propriétaire une abstraction chiffrée représentant le prix que le marché peut en donner.

Les biens marchands sont plus qu'hégémoniques, ils acquièrent dans la société industrielle le statut de paradigme. Se développent ainsi des biens qui ne sont pas intrinsèquement des marchandises, mais qui partagent avec elles la caractéristique de ne servir qu'à procurer de l'argent. Emmanuel Lévy, prophète de la valeur s'il en est, a donné une description du phénomène en recensant ces biens qui dans la société industrielle ne sont conçus que pour être des sources de gain pécuniaire et qu'il qualifie de valeurs³¹. Les valeurs mobilières en sont la forme la plus évidente et sont très voisines des marchandises en qu'elles existent dans une vue purement spéculative. Les clientèles, les brevets d'invention, le droit d'auteur et, plus généralement, tout monopole sur les bénéfices d'une activité organisée n'ont d'utilité que pécuniaire et sont donc des valeurs. Au caractère intrinsèquement incorporel de ces biens s'ajoute l'abstraction que leur assigne leur destination.

Les biens innés n'échappent pas au mouvement de la patrimonialisation et à la perte de substance qui en résulte. La jouissance des attributs protégés par les droits de la personnalité se monnaie. La mise de la force de travail dans le commerce fait de ce bien

³⁰ J.-M. Mousseron, Valeurs, biens, droits, *Mél. Breton-Derrida*, p. 278. Rapp. l'idée marxienne que la chose devient une propriété dans les faits par le commerce avant que d'être consacrée comme telle par le droit (M. Henry, *Marx, une philosophie de la réalité*, I, p. 396).

³¹ E. Lévy, *Les fondements du droit*, *op. cit.*, p. 41, 60, 87, 88 et 91.

inné une valeur : le salarié la donne à bail contre de l'argent et perd de vue l'utilisation directe qu'il peut en faire lui-même.

La prémonition de Savatier annonçant que la valeur sera un jour elle-même un bien ³² est déjà, dans une certaine mesure, réalisée. À des degrés variables, la valeur est acquise, possédée, transmise pour elle-même. La chose qui en est le support n'intéresse pas son propriétaire en elle-même mais pour le gain qu'elle peut lui procurer. S'ensuit une aliénation au sens philosophique, non pas tant de la personne que de la chose : la chose n'est plus elle-même, elle s'identifie à sa représentation abstraite. Ce phénomène, on va le voir ci-après, n'est pas sans incidence sur la manière dont le droit enregistre l'instauration du règne de la valeur.

Le propriétaire d'une valeur ne jouit pas de la chose comme un propriétaire ordinaire. Sa jouissance est économique, elle consiste à exploiter la chose ou à la commercialiser, ce qui peut faire acquérir à celle-ci un caractère consommable. L'extension de la valeur occasionne une extension sans précédent de la consommabilité civile. Non seulement la monnaie est structurellement consommable, mais toutes les marchandises le sont jusqu'à l'instant où elles sont vendues à leur destinataire final. C'est surtout la fongibilité qui recueille les dividendes du succès de la valeur. Par leur « aliénation » philosophique, les choses deviennent indifférentes car elles ne sont pas possédées comme telles mais pour la valeur qu'elles représentent. De là, la possibilité de les remplacer, sans être attaché à un objet déterminé. L'interchangeabilité des choses fongibles leur confère une pérennité prononcée : dès lors qu'on ne s'attache pas à leur identité, il est loisible de les remplacer grâce à de l'argent, en fait, sinon en droit. Les marchandises sont de plus en plus fabriquées en série, ce qui crée entre elles une fongibilité structurelle qui est la traduction la plus tangible du rôle à leur égard de la valeur.

Là encore, on observe un effet de modèle. Traditionnellement cantonnée aux biens meubles, la fongibilité s'étend aux biens immeubles. Corps certains par excellence, les immeubles le sont de moins en moins sous l'effet de leur commercialisation croissante, ce qui accentue leur intellectualisation. La technique du remembrement impose à l'immeuble un caractère fongible : les propriétaires reçoivent un bien équivalent au leur ce qui confère à leur propriété une certaine abstraction. Autre facteur de fongibilité, le développement de la vente d'immeubles futurs dans les opérations de construction. L'acheteur acquiert un immeuble abstrait et, par suite, plus facilement interchangeable.

La fongibilité et la valeur qu'elle véhicule culminent avec le compte. Lorsque les parties se doivent mutuellement des choses interchangeables, elles en dressent un compte dont le résultat dispense d'effectuer d'autre tradition que celle du solde des échanges. Le compte n'est pas simplement le cadre de la compensation entre opérateurs ayant entre eux une importante quantité d'aliénations ou de paiements emportant mouvement de valeurs. Il devient, par sa commodité instrumentaire, le moyen de déformaliser l'échange entre personnes qui ne sont pas en compte permanent. L'aliénation ou le paiement s'effectuent à travers le débit d'un compte et le crédit d'un autre compte. Grâce à leur fongibilité, les biens peuvent être transmis par cette technique d'une manière simplifiée, rapide et en toute sécurité. Parce qu'ils ne sont plus que des valeurs, les biens ainsi représentés circulent par de simples opérations arithmétiques qui permettent d'intensifier les transactions à l'extrême. L'inscription en compte réalise une véritable tradition de la

³² *Les métamorphoses du droit privé*, III, n° 494 et s.

valeur. Les droits incorporels que sont généralement les biens en compte ne s'acquièrent de manière opposable et donc efficace, comme les meubles corporels, que par la tradition, laquelle s'effectue par la remise du titre ou par l'information du débiteur. En outre, lorsqu'ils sont envisagés comme choses de genre, ce qui est le cas des droits mis en compte, ils ne peuvent s'acquérir qu'au moment de l'individualisation que réalise la tradition, ce qui rend indispensable l'accomplissement de ces formalités. Le même résultat que la tradition – le transfert de la possession – est obtenu avec une extrême économie de moyens grâce à la technique du compte. Par le crédit de son compte, l'acquéreur du bien est mis en possession de sa représentation, ce qui, à l'égard d'un objet fongible, est suffisant. La scripturalisation des biens permet de dématérialiser leur possession. Peu importe à celui qui acquiert un franc ou un titre de tel émetteur de savoir la spécificité de ce franc ou de ce titre, lesquels n'en ont pas. Ce n'est plus comme bien, comme droit, mais comme valeur que la chose est possédée. Elle est, dès lors, immatérielle de manière redondante, non seulement parce qu'elle est un droit mais aussi parce qu'elle est devenue valeur.

La scripturalisation des biens joue un rôle révélateur. Elle incarne la valeur qui, jusqu'alors, n'était pas apparente.

La réaction du construit

L'ordre juridique a accompagné avec beaucoup plus d'harmonie la valorisation des choses que leur dématérialisation. La raison en est probablement qu'il n'existe pas dans les théories juridiques léguées par la tradition de principe niant celui de la valeur, laquelle apparaît aux juristes du XX^e siècle comme un phénomène inédit. La difficulté est ailleurs. Elle réside d'abord dans le décalage inévitable et structurel qui sépare l'évolution du réel et l'adaptation du droit. Ce décalage est d'autant plus sensible que, et c'est son second aspect, la difficulté est de taille. La valeur côtoie le droit depuis des lustres, mais les juristes n'en savaient rien. Ils la conjuguèrent sans le savoir. En venir à présent à la conceptualiser relève de la gageure.

Le défi de la valeur est probablement un des facteurs de l'apparition de la notion des droits patrimoniaux dans le langage de l'École. Abandonnant la perception du droit subjectif comme une qualité morale de la personne, la doctrine a, au début du XX^e siècle, introduit un clivage entre les droits du patrimoine et les autres droits³³. En élaborant la théorie du patrimoine, Aubry et Rau avaient, au siècle précédent, créé les conditions d'une telle différenciation. Mais ils avaient été incapables de la dégager eux-mêmes³⁴ ; tout pétris qu'ils étaient de subjectivisme, ils considéraient les droits réels et les droits personnels comme pouvant intéresser autant les choses que les personnes, lesquelles sont *a priori* extérieures au domaine de la patrimonialité. La réification sus-décrite des droits subjectifs a inversé la perspective : les droits apparaissant comme des biens, il est

³³ La notion des droits patrimoniaux apparaît au début du XX^e siècle. V. notam. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, p. 89.

³⁴ Pour eux, les droits patrimoniaux sont des droits portant sur l'universalité du patrimoine : droit de succession, droit de gage général (v. E. Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, 1899, p. 196).

devenu patent que tous ne le sont pas. D'où la distinction des droits patrimoniaux et des droits extra-patrimoniaux, qui vise objectivement à dissocier les droits qui sont dans le commerce de ceux qui y sont étrangers³⁵.

La notion des droits patrimoniaux, bien qu'elle n'ait pas cette prétention, rend compte objectivement de la prise en considération de la valeur dans le statut des biens. Sont patrimoniaux les droits qui peuvent être vendus par les créanciers et donc transformés en argent. L'aliénation de ces droits contre de la monnaie suggère qu'ils ont une valeur sur laquelle les créanciers peuvent acquérir un droit par l'engagement et dont le débiteur peut être dépossédé en dépit de la persistance de son droit sur la chose. Les prérogatives qu'exercent les créanciers sur les biens, la mise en vente bien sûr, mais aussi la mise sous main de justice, la constitution de sûretés judiciaires, l'action oblique et l'action paulienne, sont autant de procédés par lesquels ceux-ci exercent leur droit sur la valeur des biens de leur débiteur. Ils n'ont aucun droit réel sur ces biens, mais la valeur de l'universalité qu'ils constituent leur revient.

Peu conscients du problème de la valeur, les auteurs ne se sont pas intéressés aux formes que celle-ci peut prendre en dehors du patrimoine. La théorie des droits patrimoniaux a été même à cet égard trompeuse en accréditant que le patrimoine condense toute la pécuniarité alors que celle-ci déborde très largement son cadre et que des biens existent qui ne sont pas nécessairement patrimoniaux sans pour autant être insusceptibles de faire l'objet d'une relation pécuniaire.

C'est à la loi qu'il est revenu principalement de construire des techniques fondées sur la valeur des biens. Le statut des valeurs mobilières était dès l'origine un hommage explicite à cette notion que la loi a consacrée pour singulariser des biens meubles essentiellement conçus sous le rapport de l'utilité en valeur qu'ils procurent. L'audace était cependant largement pondérée par l'incapacité de se représenter des valeurs mobilières anonymes autrement que sous la forme d'une chose corporelle. Mais ce corporalisme récurrent ne devait pas résister à l'épreuve du temps et de la pratique.

La loi a enregistré ce désaveu en dématérialisant des titres qui n'avaient déjà plus beaucoup de substance et en organisant leur circulation par de simples opérations d'écriture. Bien auparavant, elle avait déjà, avec la jurisprudence, accompagné l'avènement de la monnaie scripturale, projection comptable de la monnaie réelle, en transformant le droit des instruments de crédit. En instituant récemment le gage des comptes d'instruments financiers³⁶, elle a, par la combinaison des techniques de l'universalité et du gage sans dépossession, crée un nantissement sur la valeur de droits et titres. Avec la même audace, emboîtant le pas de la jurisprudence, elle a consacré la revendication des choses fongibles et, la dépassant, admis que l'on puisse obtenir en guise de restitution une chose identique à celle revendiquée, ce qui revient, en clair, à admettre une revendication de la valeur.

La doctrine est déroutée par ces avancées. Son corporalisme vivace l'incline à rechercher une introuvable matière là où il n'est question que de valeur. Orpheline de la rassurante incorporation des valeurs mobilières dans leur *instrumentum*, elle projette ce

³⁵ Ce qui vaut à ces derniers une certaine promotion. V. Perreau, « Les droits de la personnalité », *RTDC*, 1909.501 ; Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, th. Lyon, 1939.

³⁶ L. 2 juill. 1996 (v. D. Martin, *D.* 1996.263 ; M. Billau, *JCP* 1996, n° 39, Actualités).

schéma sur le compte en tentant d'accréditer que son titulaire est propriétaire des écritures qu'il contient. Son incapacité à concevoir l'appropriation de l'immatériel lui dicte une vision métonymique de l'objet du droit et lui fait oublier que le bien dont il est question est un droit incorporel.

Elle est surtout désemparée devant la question du statut de la valeur. Est-il possible de concevoir une propriété de la valeur ? La valeur est-elle un bien ³⁷ ? C'est peut-être un corporalisme plus insidieux et inconscient qui la conduit à envisager que la valeur puisse être une entité autre que la chose. On ne parvient pas à concevoir que c'est dans la chose même que gît la valeur et que la chose en perd sa substance physique.

* *
*

Les mythes ont la vie dure. La persistance de celui de la matérialité des biens éloigne des vraies questions philosophiques. La prise de conscience des facteurs économiques de la dématérialisation des biens une fois faite, il reste à se demander pourquoi, dès son aube, le droit est déjà complice de l'immatériel, pourquoi la dématérialisation commence avec le droit. C'est en appeler à l'ontologie du droit, réflexion trop vaste pour servir de conclusion.

³⁷ Ch. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, thèse Clermont-Ferrand, 1997, préf. J. Stoufflet. Dans un ordre d'idée voisin, en ce sens que, par sa scripturalisation, la monnaie disparaît mais sa valeur perdure, v. R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, L.G.D.J., 1992, préf. J. Mayer.