

L'INDIVISION FORCÉE ET PERPÉTUELLE, INSPIRATRICE DES BIENS COMMUNS

Marc DUPRE

Maître de conférences en droit privé, Université Catholique de l'Ouest, chercheur associé

IEJUC EA 1919 membre du Centre de recherche en éthique et droit de l'Ouest

Les situations d'indivision forcée et perpétuelle, en principe prohibées par l'article 815 du Code civil, existent néanmoins, notamment en matière immobilière, constituant de véritables îlots de communauté au milieu du principe de la propriété individuelle et exclusive du Code civil. Il convient de rechercher les raisons de telles indivisions et de leur champ d'application, et si elles ne seraient pas l'occasion d'une réflexion pour l'arlésienne qu'est la réforme du droit des biens en France.

Mots-clés : Indivision forcée et perpétuelle, biens communs, propriété

L'étymologie nous le rappelle : les lieux de communication sont aussi ceux de la mise en commun, laquelle est plus ou moins difficile à mettre en œuvre, mais souvent nécessaire. Ainsi en est-il du voisinage. À la limite de plusieurs fonds, différentes attitudes peuvent coexister : la cordialité jusqu'à créer la richesse par cette frontière ; la détestation au point de créer une zone tampon où nul ne bénéficie d'aucun droit ; une attitude plus neutre permettant de fixer les droits de chacun dans cette zone. Le droit civil y est contraint d'organiser les relations, qu'elles soient de nature extra-contractuelle¹ ou relatives à la propriété². Le voisinage constitue une illustration de cette impossibilité de faire comme si mon prochain n'avait aucune incidence dans le rapport d'exclusivité que j'entretiendrais avec un bien, et notamment, mais pas seulement, à ses frontières (un mur, un plafond, une cour ou encore un chemin d'accès).

1. Cass. Civ. 2^e, 13 septembre 2018, n° 17-22474.

2. Commentant la proposition de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant il y a désormais dix ans, voici ce qu'écrivait le professeur G. Mémeteau, « L'actualité du droit des servitudes », *RTD civ.*, 2 008 613 : « Du voisinage naît la servitude (...) Elle est – la servitude – un fruit du voisinage, cette relation mêlée de cordialité et d'antipathie, de services rendus et de haines héréditaires ».

Plus largement, la pensée occidentale a depuis longtemps réfléchi sur le sens de la propriété et a toujours été traversée par cette tension entre rapport exclusif ou rapport communautaire aux biens. Platon tirait ainsi de ses dialogues dans *La République* la nécessaire communauté des biens³. Aristote, critiquant l'approche idéaliste de son maître, défendait au contraire la propriété privée et exclusive, et notamment la propriété foncière dans *La Politique*⁴.

À Rome, la propriété n'est pas forcément un objet de réflexion idéologique, mais fait davantage l'objet d'une approche pragmatique en lien direct avec les difficultés soulevées par les conquêtes de l'empire⁵. On défend à l'origine en justice la propriété familiale (les *res domesticae ac familiares*), mais la notion va largement s'ouvrir à la propriété privée individuelle, notamment avec le concept de *res in patrimonio* (en opposition aux *res extra commercium* ou *extra patrimonium*). La propriété n'est pas en soi un droit sur la chose ou ne maîtrise de la chose. Elle est une réalité d'un rapport avec une chose⁶. Cette dernière caractéristique entraîne une méfiance à l'encontre de l'indivision, considérée progressivement comme un quasi-contrat, et qui reste une situation subie et anormale. Par opposition à la société, on la nomme *communio incidens*⁷, un commun que l'on subit, et plusieurs actions de bonne foi en partage existent. Cette analyse exclusiviste n'empêche pas une approche originale des frontières entre les fonds (chaque fonds étant isolé strictement de son voisin immédiat⁸), ni la nécessité de tenir compte de la coexistence entre fonds voisins et plus largement la possibilité de droits sur la chose d'autrui (*Jura in re aliena*⁹) qui sont des biens incorporels limitant le rapport exclusif du propriétaire sur son bien.

La civilisation chrétienne opérera également un choix entre propriété communautaire des premières églises¹⁰ et propriété individuelle qui sera justifié dès le Haut

-
3. Platon, *La République*, Livre V : « Mais est-il plus grand mal pour une cité que ce qui la divise et la rend multiple au lieu d'une ? Est-il plus grand bien que ce qui l'unit et la rend une » ; V. également, livre III : « Je veux premièrement qu'aucun d'eux ne possède rien en propre, à moins que cela ne soit absolument nécessaire ».
 4. Aristote, *La Politique*, Livre 1, chap. 16.
 5. La délicate redistribution des terres conquises aux soldats, la difficulté de concilier les intérêts divergents des immenses domaines patriciens et de la petite paysannerie ne disposant pour vivre que de petites parcelles occasionneront des troubles sociaux importants. La révolte des Gracques sera le symbole le plus marquant de ces difficultés de la République romaine.
 6. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Quadriges, 2006, p. 247.
 7. J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 547 et 1000 ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2^e éd., p. 117.
 8. B. Boubli, *La mitoyenneté des murs et des clôtures autres que les murs*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1986, n° 12 ; R. Beraud et J. Debeaurain, *Mitoyenneté, clôture, bornage, servitudes*, Sirey, 1981, n° 3.
 9. À savoir les servitudes, l'usufruit et les droits d'usage et enfin l'emphytéose.
 10. Actes des Apôtres, 2.44 : « Tous les croyants vivaient ensemble, et ils avaient tout en commun » ; 4.32 : « La multitude de ceux qui étaient devenus croyants avait un seul cœur et une seule âme ; et personne ne disait que ses biens lui appartenaient en propre, mais ils avaient tout en commun ».

Moyen Âge grâce à l'autorité morale des écrits de Saint Augustin¹¹. Un autre auteur chrétien souhaitera dépasser la tension entre approche communautaire et exclusiviste. Il s'agit de l'Aquinate au XIII^e siècle, qui, au sein de la *Somme théologique*¹², énonce que la propriété (privée) n'est pas en soi contraire au droit naturel, mais s'y surajoute par une précision due à la raison humaine, chacun étant plus efficace dans le soin apporté à son propre bien que dans le soin apporté à des biens communs. L'indivision, et plus largement la propriété commune, est mal perçue dans son œuvre, car elle est source de conflits¹³. Cependant, l'usage privatif oblige le propriétaire, une fois ses besoins satisfaits par l'exploitation des utilités du bien, à en faire profiter les tiers, et notamment les plus nécessiteux. S'il est permis de se servir seul de la propriété, il faut agir comme si plusieurs étaient propriétaires en commun¹⁴.

Malgré cette tentative de synthèse, l'évolution des idées¹⁵ durant les siècles suivants, à compter de la querelle des Universaux¹⁶ en passant notamment par Locke et Rousseau et jusqu'à la Révolution française¹⁷, va davantage marquer les positions entre tenants de la propriété privée et exclusive et tenants d'une approche communautaire.

Au plan juridique la tension perdure également après la chute de l'Empire romain. Le droit coutumier qui se construit progressivement jusqu'au XII^e siècle permet l'usage simultané des utilités de la chose et l'exploitation commune d'un bien par une entité

11. Augustin d'Hippone, « Lettre 157 à Hilaire », 6 et 23.

12. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 66 relative au vol et à la rapine.

13. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 66 : « Deux choses conviennent à l'homme au sujet des biens extérieurs. D'abord le pouvoir de les gérer et d'en disposer ; et sous ce rapport il lui est permis de posséder des biens en propre. C'est même nécessaire à la vie humaine, pour trois raisons : 1° Chacun donne à la gestion de ce qui lui appartient en propre des soins plus attentifs qu'il n'en donnerait à un bien commun à tous ou à plusieurs ; parce que chacun évite l'effort et laisse le soin aux autres de pourvoir à l'œuvre commune ; c'est ce qui arrive là où il y a de nombreux serviteurs. 2° Il y a plus d'ordre dans l'administration des biens quand le soin de chaque chose est confié à une personne, tandis que ce serait la confusion si tout le monde s'occupait indistinctement de tout. 3° La paix entre les hommes est mieux garantie si chacun est satisfait de ce qui lui appartient ; aussi voyons-nous de fréquents litiges entre ceux qui possèdent une chose en commun et dans l'indivis. Ce qui convient encore à l'homme au sujet des biens extérieurs, c'est d'en user. Et sous tout rapport l'homme ne doit pas posséder ces biens comme s'ils lui étaient propres, mais comme étant à tous, en ce sens qu'il doit les partager volontiers avec les nécessiteux. Aussi S. Paul écrit-il (1 Tm 6, 17-18) : « Recommande aux riches de ce monde... de donner de bon cœur et de savoir partager ».

14. On a qualifié cette approche de destination universelle des biens.

15. Pour paraphraser le titre de l'ouvrage de M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Quadriges, 2006.

16. M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, réédition présentée par F. Terré, Paris, Dalloz (« Bibliothèque Dalloz »), 2001 (éd. originale « Précis Dalloz », 1980-1982), n° 73 s.

17. Article 2, DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; Décret de la Convention nationale du 10 juin 1793 sur le mode de partage des biens communaux. Le débat fut néanmoins très vif entre libéraux et Jacobins ou partisans de Gracchus Babeuf.

communautaire¹⁸. La redécouverte du droit romain permet au contraire la justification de l'approche individuelle de la propriété, qui se traduit par une conception renouvelée des droits sur la chose. La propriété devient un droit réel au sens strict, pouvant se diviser en pouvoirs sur la chose¹⁹, cette conception culminant avec Bartole au XIV^e siècle. Au sein d'une société rurale et de subsistance, l'usage collectif des biens fonciers sera cependant conservé par le biais des communaux, des servitudes collectives, des vaines pâtures, des droits de glanage. Ces droits à user des utilités de la chose se cumulent avec l'organisation féodale et la mise en place de terres serviles (tenures, censives, fief). Même l'alleu, terre libre échappant à l'organisation féodale de la propriété, peut alors être soumis aux droits reconnus à un lignage, une communauté familiale ou un village.

L'élaboration du Code civil, achevant la Révolution, semble trancher le débat des idées et des pratiques juridiques par le caractère individuel et exclusif de la propriété²⁰, *via* les articles 544 et 815 du Code civil. Cette vision exercera une influence déterminante jusqu'à nos jours, malgré l'impact des doctrines sociales²¹ ou socialistes²², marxistes ou radicales aux XX^e et XXI^e siècles. Néanmoins, ce déséquilibre technique en faveur de l'approche individuelle et exclusive de la propriété privée, contraire à la tension qui a parcouru toute la pensée juridique occidentale durant 2 500 ans, fait aujourd'hui l'objet de sérieuses critiques²³.

Cela signifie-t-il pour autant que nous serions entrés dans une nouvelle ère communautaire en réaction à l'ère individualiste ? Loin s'en faut. En revanche, il semble pertinent d'affirmer que certaines solutions juridiques trouveraient une meilleure résolution par un changement de paradigme : à une propriété privée individuelle et exclusive, qui n'est qu'une qualité possible de la propriété privée, peut-être faut-il répondre par une propriété privée individuelle et exclusive de principe qui n'empêche pas certaines approches communautaires.

Alors que l'article 815 du Code civil rappelle de manière inlassable que « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué »²⁴, force est de constater que la réalité juridique atténue largement le propos. Il va même jusqu'à sembler le contredire par le biais de situations d'indivisions forcées

18. Les communautés ménagères ou taisibles ou bien le parage pour les fiefs en Normandie.

19. La saisine, qui consiste à pouvoir utiliser la chose.

20. V. également X. Martin, *Nature humaine et Révolution française : Du siècle des Lumières au Code Napoléon* DMM, 2002 ; Jean-François Niort, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, t. 1, préf. J.-L. Halpérin, post. J. Carbonnier, PUAM, 2004.

21. Léon XIII, *Rerum Novarum*, 1891.

22. En France, P. J. Proudhon, ou A. Comte, par exemple.

23. M. Cornu, F. Orsini, J. Rochfeld, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Quadrige, 2017. L'introduction constate l'évolution (ou le retour ?) de pratiques visant à la mise en partage des biens ; J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 342 ; F. Zenati, « La proposition de refonte du livre II du Code civil », *RTD civ.* 2009. 211.

24. C. Grimaldi, *Droit des biens*, Manuel LGDJ, 2016, n° 438 : « la situation de principe dans laquelle se trouve plusieurs personnes exerçant un même droit réel sur un même bien ».

et perpétuelles où l'égoïsme du propriétaire du Code civil est remis en question, notamment dans la zone particulière qu'est la frontière entre des fonds voisins.

En conséquence, en cette période où le Code civil est progressivement réformé, il semble utile d'examiner si le droit français ne devrait pas davantage tenir compte de la nécessité d'approches communautaires en droit des biens. Nous examinerons d'abord la permanence de ces situations d'indivision forcée et perpétuelle, malgré les articles 544 et 815 du Code civil, avant d'envisager si elles ne pourraient pas devenir des pistes pour aider à la réforme du droit des biens français.

I. La permanence de situations d'indivision forcée et perpétuelle

Il convient de rechercher les raisons de la permanence de telles situations dans le système juridique français avant d'en étudier les conditions d'apparition.

A. La nécessité de l'indivision forcée et perpétuelle

Qui dit indivision forcée et perpétuelle dit non seulement contrariété à l'article 815 du Code civil, puisqu'il existe une contrainte à rester dans l'indivision, mais dit aussi contradiction avec l'approche absolutiste de l'article 544 du Code civil²⁵. Un fort scepticisme sur la possibilité même de telles indivisions est donc de mise. L'article 714 du Code civil²⁶ ne semble d'aucun secours : en effet, c'est bien l'absence même de propriété qui serait la cause efficiente de l'usage commun, ce qui est en contradiction avec l'idée d'indivision. Par ailleurs, la déformation du droit romain par le Code civil a entraîné progressivement l'idée selon laquelle l'indivisaire serait titulaire d'un droit *sui generis*²⁷, un droit éventuel²⁸, incompatible avec l'idée d'une propriété collective. Enfin, le droit français empêcherait l'idée d'une propriété collective du fait du caractère constitutionnel que prendrait le droit au partage, considéré comme un « principe supra-législatif »²⁹.

En sens contraire, certains auteurs mettent pourtant en avant que l'indivision est une propriété collective³⁰. Par ailleurs, il convient sans doute de relativiser la portée

25. J. Carbonnier, *Droit civil, t. 3, Les biens*, PUF, 19^e éd. refondue, 2000, n° 68 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 5^e éd., Defrénois, 2013, n° 455 s. ; C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 2 ; F. Terre, Ph. Simler, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 50.

26. « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Il reprend en partie la formule de Celse : « *maris communem usum omnibus ut aeris* »

27. G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 1995 n° 59.

28. P. Jourdain, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD civ.* 1987. 498.

29. F. Zenati, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 349 et 358 ; F. Zenati, « Incompatibilité entre copropriété et servitude », *RTD civ.* 1991.565. Ce droit au partage lié à l'exclusivité de la propriété en droit français relève en prendrait valeur constitutionnelle. Conseil Constitutionnel, Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, cons. n° 86 à 88.

30. C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 437.

du droit au partage par le Conseil constitutionnel³¹. Et quand bien même l'indivision ne serait pas une propriété collective et qu'il existerait bien un droit supra-législatif au partage, la contradiction avec une approche communautaire n'est pas forcément évidente si l'on considère que, parfois, la conception communautaire peut avoir valeur de nécessité. Car, en réalité, l'indivision du Code civil ne fait que traduire une réalité déjà décrite par la pensée thomiste au XIII^e siècle : si, au-delà de toute propriété, l'usage des biens a en soi vocation à être commun à tous (article 714 du Code civil), la nature humaine impose une propriété privée, et par voie de conséquence la méfiance envers l'indivision. Cette conception s'impose notamment dans une civilisation où l'exploitation économique des utilités des biens est développée. Mais elle ne condamne pas nécessairement l'existence de situations particulières communautaires. Ainsi, même en considérant la propriété comme un droit réel, « le plus puissant, en ce qu'il permet d'appréhender toutes les utilités disponibles d'un bien »³² et le seul perpétuel au sens de l'article 544 du Code civil, force est de constater la nécessité de situations de communauté³³ : la communauté conjugale, les biens de famille³⁴ voire la société et demain, peut-être, la tontine³⁵.

Cela impose sans doute de modifier notre approche du droit des biens à partir des avantages de la propriété privée et de la finalité de celle-ci, qui n'est pas purement juridique, mais aussi politique³⁶ : le service des autres membres de la société en vue du Bien commun.

Dans cette optique renouvelée, l'article 815 du Code civil témoigne de la nécessaire supériorité de l'individualisation de la propriété privée sur sa communautarisation, tandis que l'article 544 du Code civil en tire la conséquence d'une jouissance individuelle du bien. Au fond, l'article 815 du Code civil apparaît comme la justification théorique des avantages de la propriété privée individuelle alors que l'article 544 en décrit certains de ses caractères qui, en principe³⁷, en découlent. Ainsi, le droit français ne condamne pas le fait que ce droit au partage puisse connaître tempéraments ou exceptions.

31. D'autant moins si l'on considère d'autres décisions du Conseil constitutionnel relatives à certaines situations d'indivisions forcées comme la mitoyenneté qui sont bien prises en compte en tant que telles : Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, considérants n° 5 et 6 ; v. aussi Cass. Civ. 3^e, 2 novembre 2011, n° 11-15428.

32. C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 2.

33. C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 437.

34. G. Mémeteau, *Droit des biens*, Larcier, 8^e éd., 2015, p. 161.

35. Association Henri Capitant, *Avant-Projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, 2017, article 172, alinéa 2 : « Les relations entre tontiniers sont régies par les règles de l'indivision. Toutefois, les tontiniers ne peuvent provoquer le partage ».

36. Au sens philosophique du terme.

37. Mais sous réserve d'exceptions de plus en plus nombreuses.

Les tempéraments³⁸ sont d'ailleurs connus³⁹. C'est notamment l'évolution du régime de l'indivision, désormais codifié aux articles 821 et suivants, qui permet d'affirmer que : « L'ensemble des dispositions des articles 820 à 824 témoigne de ce que le législateur contemporain envisage l'état d'indivision avec moins de défaveur qu'autrefois »⁴⁰. Mais plus encore, il existe des exceptions légitimes à l'article 815 du Code civil, lesquelles constituent au sein du principe de la propriété privée une adéquation nécessaire de la règle de droit au réel⁴¹.

B. Les critères matériels de l'indivision forcée et perpétuelle

Dès le XIX^e siècle le droit français a pris conscience de l'existence nécessaire de situations d'indivision forcée et perpétuelle en matière immobilière, distinguant entre : « certaines copropriétés [qui] ont vocation à durer indéfiniment (copropriété par appartements, mitoyenneté), alors que d'autres sont précaires et obéissent au principe suivant lequel le partage peut être à tout moment requis (C. civ. art. 815) »⁴². Bien davantage, critiquant l'idée selon laquelle copropriété et indivision seraient de nature différente, car « l'indivision serait un état subi, dans lequel on se trouverait placée malgré soi, ou du moins sans l'avoir voulu, alors que la copropriété serait un état voulu », des auteurs énoncent que « l'idée [d'un droit au partage] est pourtant contredite par les textes comme par la jurisprudence »⁴³.

Sans aller jusqu'à une condamnation du droit au partage, au moins est-il possible d'évoquer l'existence d'exceptions au droit au partage lorsque sont réunis, en matière immobilière, des éléments matériels communs. La lecture de la doctrine laisse entrevoir

38. Même si la jurisprudence et les projets de réforme de droit des biens s'y refusent toujours (v. Association Henri Capitant, *Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens*, 2008, article 569, alinéa 2 : « L'indivision n'a pas la personnalité morale »), certains vont même jusqu'à affirmer que, ayant vocation à se poursuivre dans le temps et à exploiter en commun un bien, l'indivision immobilière pourrait franchir le fossé de la personnalité morale (F. Zenati, Th. Revet, *op. cit.*, n° 351 s.), ce qui constituerait un retour au principe de l'appropriation privée d'un bien exploité auparavant en commun par le biais d'une personne morale constituée exprès.

39. F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 560 : « Les rédacteurs du Code civil n'ont guère porté plus d'intérêt à l'indivision que ne l'avaient fait les juristes romains : ils n'ont pas éprouvé le besoin de donner un statut à l'indivision, considérée comme une situation de fait, dont il était souhaitable qu'elle durât le moins longtemps possible ».

40. F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 569.

41. Qu'il soit économique (M. Boudot, « Les rapports de l'individuel et du collectif dans la copropriété du code civil », *AJDI* 2015. 247 : « Rendre communs des équipements, c'était en diviser le coût »), ou nécessaire à la gestion de certaines situations de voisinage.

42. F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 558.

43. F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 558.

certaines critères⁴⁴ : il y aura souvent situation d'indivision forcée dans des zones⁴⁵ sur lesquelles un rapport de jouissance exclusive est mis en œuvre, tandis qu'existe, à proximité directe, une autre zone sur laquelle est exercée un rapport de communauté. Cette zone faisant l'objet d'un régime de communauté, loin de remettre en cause les rapports d'exclusivité l'entourant, apparaît au contraire comme utile et nécessaire à leur exploitation⁴⁶.

Force est alors de constater que cette zone peut être plus ou moins importante selon les situations⁴⁷ : une cour, un chemin, un mur, un escalier, et pourquoi pas un sol commun dans une copropriété horizontale ou un plancher. Depuis longtemps, la Cour de cassation dégage ainsi l'idée d'une indivision forcée et perpétuelle de cours ou de chemins communs, servant à l'usage de plusieurs fonds voisins⁴⁸. Plus encore, la copropriété a parfois⁴⁹ pu être perçue comme laissant apparaître une indivision forcée et perpétuelle⁵⁰, bien que la jurisprudence y ait semblé peu favorable⁵¹ et que la loi du 10 juillet 1965 ait finalement choisi la voie de la personnalité juridique pour

-
44. R. Nerson, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », in *Mélanges Savatier*, 1965, Dalloz, p. 718.
45. Le terme est utilisé volontairement à la place d'autres termes plus juridiques comme le fonds, car il s'agit ici d'une recherche des seuls éléments matériels qui sont réunis pour consacrer des situations d'indivision forcée et perpétuelle.
46. J. Carbonnier, *Droit civil, t. 3, Les biens*, PUF, 19^e éd. refondue, 2000, n° 80.
47. Le droit romain mettait en avant une autre approche fondée sur l'absence d'appropriation d'une zone en limite de fonds, là où l'obsession de la propriété de la pensée juridique moderne a souhaité que tout fonds immobilier, ou presque, soit approprié.
48. Cass. Civ., 15 février 1858, S. 1858.1.347 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 févr. 1985, n° 84-10.301, *Bull. civ. I*, n° 58 ; *RDI* 1986.53, obs. J.-L. Bergel ; Cass. Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 04-15.937, *RDI* 2006.298, obs. J.-L. Bergel ; *JCP G.* 2006. I. 178, n° 7, obs. H. Périnet-Marquet.
49. M. Boudot, « Les rapports de l'individuel et du collectif dans la copropriété du code civil », *AJDI* 2015. 247 : « Pour éviter tout anachronisme conceptuel, soulignons que les parties communes sont une invention tardive. À l'origine, la propriété est géolocalisée ; chacun est propriétaire de son niveau ou d'une partie, et le toit est à celui qui a le dernier étage. Les séparations – murs, plafonds et planchers, voûtes des caves – sont conçues comme un objet de copropriété, mais la mitoyenneté n'est pas elle-même conçue à cette époque de manière irréfutable telle une indivision forcée, plutôt comme une copropriété sans indivision, et, pour les équipements communs à tous, leur usage est déterminé par des servitudes réciproques. Le droit de conférer un privilège ou une hypothèque sur un étage ne fait aucun doute pour personne ».
50. F. Terre, Ph. Simler, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 720 ; F. Zenati, « Incompatibilité entre copropriété et servitude », *RTD civ.* 1991.565. V., pour le droit de jouissance d'une partie commune au sein d'une copropriété, Cass. Civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-65.338, *Dr. et patr.*, janv. 2011. 82, obs. J.-B. Seube.
51. Cass. Civ. 3^e, 11 oct. 1995, n° 94-11.308, *RDI* 1996. 103, obs. P. Capoulade et C. Giverdon : « Les copropriétaires des parties communes spéciales ne constituaient pas une indivision forcée du droit commun, et que l'administration et la disposition de telles parties communes étaient régies par les dispositions de la loi du 10 juillet 1965 ». V. F. Zenati, « Notion de servitude », *RTD civ.* 1998. 145.

établir un régime cohérent⁵². La mitoyenneté⁵³ peut aussi relever de ce régime, si elle est perçue non pas comme la seule juxtaposition de deux propriétés exclusives, mais bien davantage comme la gestion d'une partie commune située à la limite de deux fonds.

Pour autant, l'existence d'une zone répondant à de tels critères matériels n'impose pas nécessairement l'apparition d'une indivision forcée et perpétuelle. C'est notamment la loi qui peut imposer une dérogation à la consécration d'une indivision forcée et perpétuelle qui devrait s'imposer. Les chemins et autres sentiers d'exploitation, alors qu'ils semblent réunir les critères susévoqués et étaient autrefois placés sous un régime d'indivision forcée et perpétuelle⁵⁴, ne permettent pas en principe de caractériser une telle situation par dérogation légale. Ils relèvent sans doute, malgré une jurisprudence très méfiante, voire hostile, du régime des servitudes⁵⁵. L'article L. 162-1 du Code rural et de la pêche maritime les définit comme « (...) ceux qui servent exclusivement à la communication entre divers fonds, ou à leur exploitation. Ils sont, en l'absence de titre, présumés appartenir aux propriétaires riverains, chacun en droit soi, mais l'usage en est commun à tous les intéressés. L'usage de ces chemins peut être interdit au public »⁵⁶. Le chemin d'exploitation est intéressant en ce qu'il permet de constater que le droit de passage lui-même est commun à plusieurs du moment que ses conditions d'existence sont matériellement constatables, ces conditions étant très proches de celles de l'indivision forcée et perpétuelle. Plus encore, l'article L. 162-3 du Code rural précise : « Les chemins et sentiers d'exploitation ne peuvent être supprimés que du consentement de tous les propriétaires qui ont le droit de s'en servir ». Ainsi, certaines règles du régime légal de l'indivision forcée et perpétuelle classique peuvent trouver à s'appliquer, car elles sont consubstantielles à la situation matérielle du chemin. Cela illustre bien que même cette dérogation légale à la consécration d'une indivision forcée et perpétuelle ne peut totalement éluder la réunion des critères de celle-ci dans son régime.

Une fois posée la légitimité de l'indivision forcée et perpétuelle et les conditions matérielles de son apparition, examinons désormais les leçons à en tirer.

52. Ce qui n'apparaît pas en soi dirimant pour certains auteurs, F. Zenati, « Incompatibilité entre copropriété et servitude », *RTD civ.* 1991.565.

53. F. Zenati, « Nature juridique de la mitoyenneté », *RTD civ.* 1990.686 ; G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 167 : « la mitoyenneté est présentée dans le Code civil parmi les servitudes. Or la jurisprudence la qualifie bien de propriété dont deux personnes jouissent en commun » ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 80 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.*, n° 1016 : « Enfin, elle est plus qu'une indivision, car elle n'est pas temporaire, et surtout elle est affectée à une clôture ».

54. Avant la consécration du Code rural et l'insertion du régime des chemins d'exploitation en son sein.

55. W. Dross, « Un chemin d'exploitation relève-t-il du régime des servitudes ? », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, n° 14-12.999, *RTD civ.* 2015. 912. V. plus récemment, Cass. Civ. 3^e, 14 juin 2018, n° 17-20567.

56. Cette présomption d'appartenance du chemin aux différents propriétaires riverains est simple, et la loi n'interdit pas leur appropriation par une seule personne. V. F. Zenati, « Notion de chemin d'exploitation », *RTD civ.*, 1999 433.

II. Les leçons de l'indivision forcée et perpétuelle

L'indivision forcée et perpétuelle de biens immobiliers trouve une justification théorique et une assise matérielle. Demeure néanmoins la question de la cause efficiente ou motrice de cette situation juridique, laquelle soulève un débat doctrinal important. Il conviendra enfin de tirer les conséquences sur la nature propre de l'institution et d'éventuelles réformes du droit des biens tenant davantage compte de l'existence de biens communs.

A. Les outils juridiques de l'indivision forcée et perpétuelle

Bien avant la promulgation de la loi du 10 juillet 1965, la jurisprudence avait été contrainte d'interpréter largement l'ancien article 664 du Code civil relatif aux immeubles divisés par étages⁵⁷ et mit en œuvre l'idée d'une indivision forcée et perpétuelle dans le cadre de la copropriété⁵⁸. Cette solution pouvait être mise en parallèle avec les solutions légales relatives à la mitoyenneté dans le Code civil aux articles 653 et suivants, ou à l'affectation de biens à l'usage commun de plusieurs fonds⁵⁹, lesquels, ayant une utilité commune aux fonds desservis et accessoires à l'usage privatif de ceux-ci, constituent l'exemple traditionnel d'indivision forcée et perpétuelle.

Mais constater l'existence d'indivisions forcées et perpétuelles ne répond néanmoins pas à la question des outils juridiques justifiant techniquement leur existence. Deux approches s'opposent.

D'un côté, une partie de la doctrine et la jurisprudence classique de la Cour de cassation refusent d'y voir le jeu de servitudes, lesquelles seraient incompatibles avec l'indivision⁶⁰, mais bien le fruit d'une clause d'indivision perpétuelle⁶¹. En matière de mitoyenneté, la situation d'indivision forcée et perpétuelle s'expliquerait par l'existence d'une obligation réelle accessoire d'un droit réel, obligation en conséquence

57. Article 664 du Code civil (abrogé) : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ; Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui ; et ainsi de suite ».

58. F. Terre, Ph. Simler, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 612 ; F. Zenati, « La présomption de mitoyenneté ne concerne que les murs séparatifs (et non les planchers) », *RTD civ.* 1990.113 : « L'idée qui l'inspirait ne méritait cependant pas d'être oubliée : la superposition d'appartements crée en toutes circonstances une communauté d'intérêt qui exclut que les rapports entre propriétaires soient réglés sur le seul fondement des principes de la propriété exclusive ».

59. Cass. Civ., 15 février 1858, *précit.* ; F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 612, 720, 766.

60. Ch. Albiges, « Indivision (Généralités) », *Rep. Civil. Dalloz*, 2017, n° 89.

61. Cass. Civ. 3^e, 19 févr. 1985, *Bull. civ.* III, n° 37 ; *RDI* 1985. 339, obs. J.-L. Bergel ; Cass. Civ. 3^e, 20 juill. 1989, *Bull. civ.* III, n° 173 ; *RTD civ.* 1990. 686, obs. F. Zenati.

transmise à tous les propriétaires successifs du bien⁶². Dans d'autres cas, ce serait la nature des choses et leur destination qui expliqueraient le maintien d'une situation d'indivision sur ceux-ci. Chemins, ruelles, cours communes, canalisations d'eau, desserte⁶³ obéiraient à un régime d'indivision forcée et perpétuelle, car leur utilité commune nécessiterait un tel usage⁶⁴.

Une autre partie de la doctrine, contrariant une approche « bartolienne » de la propriété⁶⁵, affirme au contraire que la servitude est le socle juridique des situations d'indivision forcée⁶⁶, l'outil naturel qui permet l'organisation du régime juridique des situations d'indivision forcée et perpétuelle. Dans cette optique, « Tout droit réel consiste dans un rapport d'obligations de même nature »⁶⁷. Elle repose sur une conception élargie du champ d'application des servitudes qui permettrait de définir des zones d'exclusivité et des zones de communauté permettant de régler de façon plus ou moins impérative des situations très variées. Pour reprendre l'exemple de la mitoyenneté, celle-ci se rattacherait alors aux servitudes, qu'elle apparaisse par convention ou par la loi. Mais il est possible d'aller encore plus loin. En effet, par un arrêt très ancien⁶⁸, la Cour de cassation avait pu expliquer la copropriété par l'existence d'une clause d'indivision perpétuelle consacrant un engagement réel qualifiable de... servitude. Face à cette approche, les tenants d'une conception classique du droit des biens réaffirment qu'il ne peut exister de servitudes en matière de copropriété⁶⁹, puisque

62. Ch. Albiges, art. précit., n° 84 : « Un élément distinctif entre l'indivision et la mitoyenneté réside dans les droits conférés par la situation juridique (V. Servitudes). En matière d'indivision ordinaire, le droit de jouissance privative accordé à un indivisaire par ses coindivisaires attribue un droit personnel. À l'inverse, en matière de copropriété, constitutive d'une indivision forcée et perpétuelle, l'accord entre "indivisaires" peut être doté d'une valeur réelle et perpétuelle qui a vocation à être transmise avec la propriété du sol ».

63. Ch. Albiges, art. précit., 2017, n° 85.

64. Cette dernière justification semble néanmoins confondre la cause de la situation d'indivision forcée et son régime.

65. F. Zenati, « La proposition de refonte du livre II du Code civil », *RTD civ.* 2009. 211 : « Elle signifie que la propriété fait partie, non pas des droits qu'on définit par ce qu'ils permettent de faire, mais des droits que l'on ne peut définir que par ce qu'ils ne permettent pas de faire » ; F. Zenati, Th. Revet, *op. cit.*, n° 165 : « Le droit de propriété n'est pas un droit incorporel : la raison en est qu'il ne constitue pas un bien, mais le rapport juridique grâce auquel les choses deviennent des biens » ; Th. Revet, « Le corps humain est-il une chose appropriée », *RTD civ.* 2017.587 : « la propriété, c'est le *jus excluendi alios* ». V. également pour une approche purement philosophique de la question, P.-Y. Quivigier, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Classiques Garnier, 2013, p. 123 : « Le lien de propriété est avant tout un mécanisme de désignation, il permet d'accomplir, conformément au droit, un certain nombre d'actions ».

66. F. Zenati, « Nature juridique de la mitoyenneté », *RTD civ.* 1990.686. L'idée ressort d'autant plus si l'on considère que la mitoyenneté est insérée dans le Code civil, avec les servitudes alors qu'elle est fondamentalement une indivision forcée, v. G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 167. V. pour le débat relatif à la mitoyenneté, J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 142.

67. F. Zenati, « Nature juridique de la mitoyenneté », *RTD civ.* 1990.686 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 80.

68. Req. 10 déc. 1823, S. 1 823 351.

69. Cass. Civ. 3^e, 19 févr. 1985, *précit.* ; Cass. Civ. 3^e, 20 juill. 1989, *précit.*

le fonds serait le même. Ce à quoi leurs opposants répliquent qu'à aucun moment le législateur n'a posé la prohibition de servitudes entre des biens en copropriété. Les lots de copropriété, constitués de parties privatives, peuvent parfaitement être assimilés à des fonds⁷⁰.

La compatibilité entre les solutions proposées apparaît impossible à mettre en œuvre. Entre justification des situations par la servitude ou par une clause d'indivision perpétuelle, il convient néanmoins d'observer qu'elles ne remettent pas en cause le principe même des indivisions forcées et perpétuelles en matière immobilière. C'est donc principalement dans son régime et non dans son existence que l'indivision forcée et perpétuelle pourrait faire l'objet d'un examen attentif lors d'une hypothétique, mais souhaitable réforme du droit français des biens.

B. L'apparition d'un régime de l'indivision forcée et perpétuelle ?

Le bien en état d'indivision forcée et perpétuelle n'est pas une survivance de l'Ancien Droit, mais bien une illustration d'un ancien adage parfois utilisé à tort et à travers selon lequel l'exception vient confirmer la règle. La règle, c'est que la propriété privée impose un droit au partage en cas d'indivision. Le tempérament, c'est le régime légal de la gestion des situations d'indivision, qui a largement évolué depuis 1804. L'exception, c'est qu'il existe des situations imposant une situation d'indivision forcée et perpétuelle du fait du contexte particulier dans lequel s'inscrit le bien concerné. L'indivision forcée est perpétuelle apparaît alors comme la situation juridique d'un nombre (conséquent) de biens immobiliers dont la doctrine et la jurisprudence éprouvent encore des difficultés à expliquer de manière unanime le champ d'application et le régime.

Il s'agit d'une situation juridique bien distincte de l'indivision classique de l'article 815 du Code civil, dont la caractéristique première est de consacrer un droit au partage. L'article 815 du Code civil n'est ainsi qu'une application du principe de l'appropriation privée individuelle et exclusive là où l'indivision forcée et perpétuelle ressort comme une véritable exception, nécessaire et circonscrite.

Alors que le projet de réforme du droit des biens a désormais dix années, force est de constater que les débats doctrinaux et la jurisprudence⁷¹ n'ont pas encore fait avancer la question des principes directeurs du droit des biens⁷². À ce titre, l'indivision forcée et perpétuelle peut apparaître comme l'un des chaînons manquants du droit des biens : au milieu de l'usage naturel commun des biens non encore appropriés (article 714), alors qu'est affirmé le principe de la propriété privée exclusive contre l'indivision (article 815), d'où découle en principe un droit absolu de jouir et de dis-

70. V. également sur la possibilité de servitudes entre deux lots de copropriété, mais uniquement entre des parties privatives Cass. Civ. 3^e, 30 juin 2004, n° 03-11562.

71. V. cependant un arrêt rendu par la 3^e chambre civile le 7 juin 2018, n° 17-17240, *Bull. civ.* III, n° 638, D. 2018.1258, lequel, à la suite de l'arrêt *Maison de la Poésie*, consacre cette fois un droit réel *sui generis* de jouissance spéciale d'un autre lot, perpétuel, et convenu dans le règlement de copropriété.

72. F. Zenati, « La proposition de refonte du livre II du code civil », *RTD civ.* 2009, 211.

poser (article 544), il convient de constater la nécessité de tempéraments (article 815, *in fine*), mais aussi l'existence d'exceptions au droit au partage (indivision forcée et perpétuelle).

Mais il ne s'agit que d'une première étape. Une clarification du régime applicable aux différentes situations d'indivision forcée et perpétuelle en matière immobilière apparaît possible, mais nécessite un choix clair dans l'approche générale de la propriété afin de connaître les enjeux de la matière et les règles applicables : celle-ci devra être perçue soit comme le droit réel par excellence dans une optique bartolienne classique, soit comme un rapport à un bien dans une optique reprenant l'optique initiale du droit romain.