

## **La conception de la propriété dans les pays de droit latin, germanique et anglo-saxon**

Fiche **QUESTIONS SUR...** n° 04.01.Q04

juin 2024

**Mots clés : propriété foncière - droit propriété - droit civil - common law - fiducie - publicité foncière**

**La conception de la propriété foncière diffère selon les familles de droit.**

**Le propos de cette fiche est d'en faire le tour en soulignant l'approche notariale des pays latins, judiciaire des pays germaniques, et jurisprudentielle des pays anglo-saxons. La notion de *droits de propriété* recouvre aussi des différences entre approche économique anglo-saxonne et approche statutaire latine ou germanique. Cependant, les évolutions les plus récentes montrent des influences réciproques.**

Pour apprécier les différences existant entre les conceptions de la propriété, on doit avoir présent à l'esprit le fait que ce qu'on nomme la propriété est en fait la combinaison de trois formes du droit foncier :

- un droit statutaire, qui dit qui est propriétaire et insiste sur la norme ;
- un droit contractuel qui dit ce qu'on peut faire avec les biens fonciers et qui ouvre sur la gamme très diversifiée des usages, utilités, obligations, garanties, fidéjussions, formes de portage, etc., droit dans lequel on est plus attentif à qui met le mieux en valeur la ressource ;
- un droit territorial qui dit les hétérogénéités qui existent dans toutes les sociétés et qui font que le droit de propriété n'est pas le même d'un territoire à l'autre, même lorsqu'existe une définition légale d'apparence unitaire.

### **Des droits fonciers sensiblement différents**

Dans les pays latins, depuis l'adoption du Code civil, la propriété fait l'objet d'une définition personnelle, exclusive et consensualiste, insistant sur la norme et le statut du propriétaire.

- Elle est personnelle, car la propriété est incluse dans les droits de l'Homme ; cela explique que nous nommions *personnes morales* les entités collectives, ce qui est assez curieux, afin de pouvoir rester dans le cadre d'une propriété fondamentalement liée à la personne.
- Elle est exclusive, car les Constituants, puis les rédacteurs du Code civil de 1804, ont opté pour la réunion, dans les mêmes mains, de droits qui étaient auparavant répartis entre le *droit éminent du seigneur* et le *droit utile du tenancier*. En supprimant la relation de dépendance et de tenure, et en consacrant le droit de celui qui possède et exploite la terre à l'exclusion de tous les autres, cette définition n'a pu que renforcer ce qu'on appelle l'absolutisme du propriétaire.
- Enfin, elle est consensuelle et non formaliste, parce que le principe est que, en cas de mutation, la propriété se définit par l'accord des parties, et que le constat de cet accord devant notaire suffit à transmettre sans qu'il y ait besoin d'autres formalités, notamment de passer devant un juge pour inscrire les droits dans un livre foncier, à l'exception de l'Alsace-Moselle.

Dans les pays germaniques, différemment, le système est consensualiste et formaliste, parce qu'existe le livre foncier tenu par un magistrat de l'ordre judiciaire. En cas de mutation, on ne devient vraiment propriétaire que lorsqu'un juge foncier, après avoir fait différentes vérifications sur la base du dossier que lui transmet le notaire, inscrit le droit dans un livre ou registre foncier. Voilà pourquoi, en France, la publicité foncière (c'est-à-dire l'enregistrement du dépôt, fait par le notaire, de la minute de l'acte dans un service de publicité foncière dépendant du ministère des finances et non de la justice) n'est que déclarative et ne peut être présentée devant le juge comme preuve de la propriété. Alors qu'en Allemagne et dans les pays de droit

germanique, la publicité immobilière, c'est-à-dire l'inscription sur le livre foncier, est constitutive du droit de propriété. Le mode germanique est encore plus normatif et statutaire que le mode latin.

Le cas de l'Alsace-Moselle est original, puisque ces régions, du fait de leur histoire, ont reçu les deux influences et qu'aujourd'hui encore le système est mixte, de droit civil français pour la conception générale de la propriété, mais de droit foncier germanique par l'existence d'un juge foncier et d'un livre foncier.

Dans les pays anglo-saxons, la situation est très différente. La propriété a longtemps été moins un droit lié à la personne, qu'un degré dans une échelle de tenures, et un *quantum*, en termes de durée de possession. C'est un *estate*, c'est-à-dire un état donné et non un statut, en quelque sorte un moment contractuel. Le mot désigne un droit réel foncier limité dans le temps et dont l'application peut être immédiate ou différée. En tant que droit réel dont la chose est l'objet, l'*estate* est le droit du tenancier sur le fonds mesuré en termes de durée. Le souverain étant le seigneur (au moins théorique) de l'ensemble des terres du royaume, chaque tenancier dispose donc d'une espèce de *quantum* ou part en durée sur la terre : exactement à l'opposé d'un droit subjectif et exclusif de propriété, c'est un droit relatif. Il est aussi "*une entité abstraite placée entre le propriétaire d'un bien immeuble et la chose matérielle*". Le mot est difficile à traduire en français : l'*estate*, c'est la manière d'être vis-à-vis du bien, la situation dans laquelle on se trouve par rapport à lui, l'état de la relation qu'on a avec le bien et de la relation qu'on a avec d'autres à propos de ce bien, dans la flexibilité, la mobilité et la progressivité.

Un exemple fera comprendre : dans des situations anciennes, lorsqu'un seigneur n'investissait pas l'héritier de son locataire à la mort de celui-ci, l'héritier pouvait contester en justice ; mais il n'était pas assuré de gagner car le juge allait peser les intérêts respectifs, et accorder la mutation à celui qui présenterait le meilleur intérêt (*interest*). Dans les pays de droit germanique ou latin, cela aurait été impensable.

En outre, la propriété est soumise au pluralisme des droits, entre une base juridique de *common law* et un système jurisprudentiel devenu lui-même droit, l'*equity*. Par exemple, dans l'ancien régime anglais, lorsque les règles de *common law* s'avéraient trop contraignantes, on avait recours à des montages en *equity*, afin de trouver la souplesse nécessaire. Telle est l'origine des formes fiduciaires dont le *trust* est la plus connue : "*si je ne puis transmettre à mon héritier en évitant les droits de succession fixés par les règles du droit commun, alors je désigne un fiduciaire à qui je transmets la propriété des biens pour une durée donnée en lui désignant le but dans lequel je le fais, ce qui retarde d'autant le moment d'avoir à verser des droits*". Telles sont les possibilités que le pluralisme juridique anglais permet de mettre en œuvre. Et comme on peut bâtir *trust* sur *trust*, l'échappatoire peut durer.

Longtemps la forme féodale de type paramontal<sup>1</sup> a fait de la propriété foncière un degré dans l'échelle des mises en saisines, puisque, jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, on dépendait toujours d'un seigneur plus haut placé que soi, le *Lord* du manoir, au niveau local, le *Tenant in chief*, pour les grandes baronnies, enfin le *Lord Paramount*, pour tous. Au Royaume Uni, des évolutions très sensibles ont eu lieu à partir de 1925, aussi aujourd'hui, même si la propriété se nomme toujours *fee* (fief), elle n'a plus rien à voir avec le mode féodal d'Ancien Régime ; mais elle reste marquée par la recherche constante de solutions qui s'intéressent moins au statut et plus à la mobilité contractuelle.

### **Ambiguïté sur les droits de propriété**

Ces différentes conceptions ont un effet majeur sur les procédures et ceux qui les mettent en œuvre. En gros, le système est

- notarial dans les pays latins,
- judiciaire dans les pays germaniques
- et plus jurisprudentiel dans les pays anglo-saxons.

---

<sup>1</sup> Le terme désigne ainsi la structure historique très hiérarchique et pyramidale de l'organisation de la société féodale anglaise, car au sommet on trouve le Lord Paramount. Application surprenante du principe : lorsqu'en 1925 il a fallu définir quel pouvait être le statut des biens que le souverain possédait en propre (par exemple, des immeubles de Regent Street, Balmoral, etc.) il a été décidé que la personne du roi tenait ses biens du *Lord paramount* qui continue à servir de clef de voûte à l'édifice foncier anglais.

Quand en France on va chez le notaire, quand dans les pays germaniques on dépend du juge foncier, en Angleterre ou aux États-Unis on consulte un *lawyer* (avocat). De ce fait il y a un peu plus de litiges fonciers dans les pays anglo-saxons que dans les pays de droit latin ou de droit germanique.

Et surtout, quand on parle de *droit de propriété*, on ne parle pas de la même chose : cette notion souffre de malentendus qui gênent l'analyse. Dans les pays anglo-saxons, les économistes du droit l'entendent comme étant un simple droit d'usage exclusif et transférable sur telle ou telle ressource, par exemple la terre, mais pas du tout comme une notion de propriété au sens de l'article 544 du Code civil français. Or les lecteurs continentaux, baignant dans les familles de droit civil latin ou germanique, comprennent instinctivement ce mot au sens de la propriété individuelle absolue.

Mais, parce qu'elle ne repose pas sur une contradiction entre économie et droit, la conception anglo-saxonne est plus cohérente que la solution latine, puisque les économistes du droit conçoivent une forme souple d'usage de la ressource, qui rencontre assez exactement ce que la combinaison du *Common law* et de l'*Equity* apporte en matière de définition des intérêts, les *estates*, et autres formes de situations existant face aux biens.

Voilà le point principal : les théoriciens de l'économie trouvent dans le droit anglo-saxon ce qu'ils ne trouvent pas dans le droit continental, à savoir la possibilité de montages, et même de montages en cascades ou séries, donc la réelle mobilité que l'activité économique revendique pour échapper aux effets de régulation et de mise en normes qui peuvent exister ailleurs.

En droit anglais, l'*ownership* n'est pas un concept juridique de propriété, mais c'est "*le plus grand intérêt qu'il est possible de détenir sur une chose dans un système de droit arrivé à maturité*", selon une définition restée célèbre, donnée en 1961 par Tony Honoré. Si on se permet cette formule très rhétorique – en France, par exemple – on reste sur l'idée d'une propriété qui est l'avoir qui revient à l'être, alors que dans le droit anglo-saxon, on conçoit plutôt les différentes façons d'être par rapport à l'avoir. Or ces différentes façons peuvent toujours être distinguées : possession, usage, gestion, droit au revenu, transmissibilité, obligation d'exécuter les jugements de dettes, etc.

On comprend pourquoi la théorie économique libérale exploite des formes juridiques anglo-saxonnes. Au lieu de poser la question "*qui est le propriétaire de ceci ?*", question d'essence juridique qui insiste sur le statut et qui est de règle en droit latin ou germanique, le droit anglo-saxon préfère la question "*que peut-on faire avec ce bien ?*", question que comprend immédiatement l'économiste.

Ainsi, dans cette conception, le foncier passe au second plan, parce qu'il a moins d'intérêt en lui-même, mais uniquement comme élément dans une chaîne de valeur économique. On comprend ainsi tout de suite comment on peut en venir à l'externaliser, à le faire "porter".

### **Évolutions récentes contrastées**

Cependant, on assiste depuis peu, à un brouillage un peu surprenant dans la mesure où – dans certains des pays qui viennent d'être nommés – des mouvements contradictoires se font jour.

Si la France persiste dans son refus de tout livre foncier, fidèle en cela à sa tradition déjà bicentenaire, elle évolue, en revanche, en adoptant des solutions fiduciaires anglo-saxonnes : la fiducie de type anglo-saxon, voisine du *trust*, a fait son entrée dans le droit civil français en 2007. Elle est une entorse sérieuse à un principe du droit civil qui veut que le patrimoine d'une personne soit unique (ce qui explique que la faillite d'une entreprise se répercute sur les biens personnels du dirigeant, puisqu'on ne sépare pas les biens de l'entreprise et les biens personnels). Elle introduit, au contraire, la notion de patrimoine d'affectation, car lorsqu'une personne (le constituant) transfère à une autre la propriété de tel ou tel bien, ce fiduciaire (en droit anglais on dirait un *trustee*) ne le mélange pas à son propre patrimoine et en fait usage dans le but qui lui a été affecté, notamment pour les intérêts d'un tiers désigné comme bénéficiaire ultérieur.

C'est parce qu'elle dresse un mur de protection autour des biens (en les ayant transférés au fiduciaire), que l'institution a provoqué des résistances dans les pays à forte tradition fiscale comme la France. En protégeant l'actif contre les créanciers, elle peut, en effet, donner l'impression de vouloir échapper à l'impôt.

Avec la fiducie, voilà donc une utilité de la chose – le fait de servir de garantie ou de sûreté – qu'on exploite en transférant la propriété de façon conditionnelle et temporelle à une personne de confiance. C'est (et cette fois, rien ne vaut l'analogie avec le droit anglais pour comprendre) un *estate*, c'est-à-dire un droit

relatif, exprimé par un *quantum* (de chose, de durée), qui n'a rien à voir avec un droit exclusif, subjectif et définitif.

Le Royaume Uni, de son côté, rompant avec sa propre tradition de refus de tout recensement qui accroîtrait le rôle de l'État dans le contrôle des particuliers, vient d'adopter le principe du cadastre, sur la base d'un inventaire général des parcelles. En instaurant un registre des biens-fonds, un registre des propriétaires fonciers et un registre des charges, tous trois publics depuis 1988, c'est l'esquisse d'un véritable cadastre foncier ou cadastre juridique dont il s'agit<sup>2</sup>. Cet enregistrement est obligatoire depuis 1990, la volonté du gouvernement étant d'aller, à terme, vers un enregistrement total des terres. Ce cadastre est complété par un volet cartographique : depuis 1992, le *Land Registry* coopère avec l'*Ordnance Survey* et avec le *Valuation Office* pour établir un service pilote d'information foncière dit *National Land Information Service (NLIS)*.

Gérard CHOUQUER, membre de l'Académie d'Agriculture de France

---

<sup>2</sup> C'est par analogie qu'on peut parler de cadastre, le mot n'étant pas fréquemment employé. En effet, cadastre est un terme récemment entré dans le vocabulaire anglais. Le mot est inconnu avant 1804 et l'adjectif cadastral n'apparaît qu'en 1858. La raison tient à la résistance historique des Anglais à tout enregistrement de la propriété par l'État qui, en rendant publiques les limites des biens-fonds, favorise leur taxation, et renforce l'autorité de l'État sur les particuliers.

### Ce qu'il faut retenir :

Les différences de conception de la propriété dans les différentes familles de droit sont anciennes et la notion de *droits de propriété* est un bon exemple des ambiguïtés qui en découlent, car on ne met pas le même contenu selon qu'on l'envisage en Angleterre ou sur le continent européen.

Mais les évolutions récentes dans les différents pays traduisent des influences réciproques qui brouillent un peu les catégories : tel est le cas de l'introduction de la fiducie en France, ou du cadastre au Royaume Uni.

### Pour en savoir plus :

- François BROCHU : *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil québécois à la lumière du droit français, suisse, allemand et australien*, thèse, Aix-Marseille III, 1997
- Gérard CHOUQUER : *Termes et expressions du droit foncier anglais, Common law et Equity*, version de mai 2018, 350 notices, ISBN 978-2-919530-30-4. <http://serveur.publi-topex.com/EDITION/20TermesExpressionsDroitFoncierAnglais.pdf>
- Gérard CHOUQUER, Assiste-t-on à une révision fondamentale du droit de propriété ? Réflexions à partir d'exemples comparés (France, Suisse, Italie), dans *Pourquoi et comment transformer la gouvernance foncière ?*, séance hebdomadaire publique de l'Académie d'Agriculture de France, 29 mai 2024 (disponible sur Youtube).
- Marie-France PAPANDRÉOU-DETERVILLE : *Le droit anglais des biens*, éd. LGDJ, Paris 2004
- Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET : *Les biens*, Presses Universitaires de France, 3<sup>e</sup> éd. Paris 2008 (1<sup>e</sup> éd. en 1988)