

Les tiers et les biens.

William Dross

Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin-Lyon 3)

1. – Le droit réel, relation entre la personne et la chose : le tiers comme altérité. Les biens sont, dans l'opinion commune, les choses tant corporelles qu'incorporelles qui sont appropriées ou du moins susceptibles de l'être. C'est la propriété qui fait le bien, propriété que l'article 544 du Code civil définit comme « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* ». Si c'est par les prérogatives qu'elle procure à son titulaire que la loi semble la saisir – jouir et disposer, diptyque dont la doctrine, par fidélité à la post-glose, fera un triptyque : *usus, fructus et abusus* – c'est aujourd'hui un lieu commun doctrinal que de l'appréhender par l'exclusivité, autrement dit par le pouvoir qu'elle confère au propriétaire de tenir quiconque autre que lui à distance de la chose. Relation immédiate entre le propriétaire et le bien, la propriété – à l'instar de tout droit réel – se distingue ainsi des droits personnels qui n'offrent d'accès aux choses que médiatement, par le truchement du faire jouir auquel leur maître s'oblige. Cette dimension fondamentale du droit réel voulant que le propriétaire soit seul avec sa chose éclaire la figure du tiers : face à une chose, il n'y a, à l'exception de son propriétaire, que des tiers. Le mot tiers revêt donc, dans ce champ du droit, cette signification générale qui n'apparaîtra qu'au 13^e siècle : le tiers incarne de l'altérité.

2. – Le droit réel, relation entre des personnes : l'effacement du tiers. On sait que cette analyse a été vivement critiquée, d'abord en Suisse par Roguin puis en France par Planiol. Le droit est toujours affaire de justice, c'est-à-dire d'équitable proportion entre les hommes. Robinson sur son île n'a pas besoin de droit et il n'est propriétaire de rien car, avant que n'arrive Vendredi, il n'a personne à qui interdire l'accès aux choses. Cette idée que le droit subjectif ne fait sens que vis-à-vis d'autrui a profondément ébranlé la conception de la propriété comme relation directe de la personne à la chose pour qu'on lui préfère celle – dont la doctrine anglo-américaine demeure bien davantage empreinte – selon laquelle la chose n'est que l'occasion de relations entre des individus. C'est l'idée d'obligation passive universelle qu'on avance pour rendre compte de la propriété : loin d'être une puissance directe du propriétaire sur une chose, elle est l'obligation qui s'impose à tous – 7 milliards d'individus – de respecter les pouvoirs de jouissance et de disposition dont le propriétaire est investi. L'effet de cette compréhension renouvelée de la propriété sur la figure du tiers est de la faire disparaître. Le droit des obligations donne au mot tiers une acception plus précise que celle qui tend à le confondre avec l'autre que soi. Si l'on simplifie, le contrat unit deux parties et crée, le plus souvent réciproquement, des obligations entre elles. Le lien de droit qui s'établit entre les contractants donne en creux sa consistance à la notion de tiers, laquelle est fidèle à son étymologie même : le tiers est la troisième personne, celle précisément qui n'est pas partie à la convention. Pour faire simple, en droit des contrats – de même d'ailleurs qu'en procédure civile –, le tiers s'oppose aux parties. Cela implique que si la propriété est analysée avec les personnalistes comme une obligation dont le sujet passif aurait cette particularité d'englober tous les êtres humains à l'exception du propriétaire lui-même, elle se construit sans recours à la figure du tiers : il n'y a que des parties à l'obligation ; de telle sorte que « les tiers et les biens » cesse d'être un sujet.

3. – Le maintien du droit réel comme relation de la personne à la chose. Il a été fait justice de cette manière de voir. Si son postulat est exact – le droit ne fait sens que dans un rapport humain – sa traduction technique à travers le concept d’obligation ne l’est pas. Ce devoir qui contraint quiconque à respecter les droits subjectifs d’autrui est la condition même de leur existence et, partant, de celle de l’ordre juridique lui-même. Inhérente au concept de droit subjectif, l’opposabilité exprime aujourd’hui techniquement cette nécessité sociale qu’il y a à leur respect, ce qui explique qu’elle soit commune aux droits réels et personnels. En bref, les droits, réels comme personnels, sont opposables à tous – *erga omnes* – en ce sens que chacun doit se garder d’y porter atteinte. Pour parler le langage de Rigaud, du point de vue de leur structure externe, tous les droits subjectifs sont semblables en ce que leur respect s’impose à tous. Ils diffèrent en revanche au plan de leur structure interne car si le droit réel est un rapport entre une personne et une chose, le droit personnel est un rapport entre deux ou plusieurs personnes qui seules sont obligées, ce dont le principe d’effet relatif des obligations rend compte. Ainsi sauvé de l’objection personnaliste, le droit réel peut continuer à se construire sur cette notion large de tiers – l’autre que soi – tandis que le droit des obligations reste fidèle à l’étymologie du tiers en tant que troisième personne.

4. – L’impossible tiers. Cette présentation, chacun le sent bien, procède d’une simplification extrême de la réalité, impropre à rendre compte de la complexité de la figure du tiers en droit des biens. Elle structure pourtant si fortement la pensée juridique en raison de sa simplicité même qu’elle informe profondément l’analyse de la question. Dit autrement, il y a d’un côté un modèle intellectuel prégnant voulant que tout autre que le titulaire d’un droit réel soit un tiers tenu en lisière de la chose et contraint seulement au respect de celui-ci, de l’autre la réalité foisonnante du monde qui crée mille occasions d’immixtion des tiers dans le rapport qu’entretient le propriétaire à sa chose et dont le droit, pragmatique par essence, tient compte. Le rapport de la théorie et de la réalité se tend alors, au point d’interroger l’existence même de la figure du tiers en droit des biens (I).

La problématique prend un autre visage au moment de la transmission de la chose. En principe, celui qui est partie au contrat translatif cesse d’être un tiers au sens du droit des obligations et, obtenant un droit réel sur la chose, ne l’est plus non plus au sens du droit des biens. La réalité est plus complexe (II).

I / Le droit réel et les tiers

5. – Division. En théorie, tout autre que le titulaire du droit réel est un tiers, en conséquence exclu de l’accès sinon à la chose, du moins aux utilités qu’elle procure et dont le droit réel lui assure précisément la réservation. En droit positif, cela n’est jamais vrai : personne n’est rigoureusement tiers à la chose. Cela est patent, en matière immobilière, des propriétaires voisins (B) ; mais à bien y regarder, hors du voisinage même, on peut douter que quiconque soit réellement étranger à la chose d’autrui, ce qui amène à se poser d’emblée cette question : existe-t-il des tiers en droit des biens ? (A).

A/ Existe-il des tiers en droit des biens ?

6. – Le citoyen, un tiers ? Au plus loin de la chose se trouvent ceux qui n’ont aucune occasion de contact avec elle. On n’hésitera guère à les dire tiers, et pourtant... Les privatistes ont sans doute tendance sinon à occulter, du moins à minimiser la fin de l’article 544 du Code civil qui n’autorise le propriétaire à jouir absolument de sa chose que réserve faite des lois et des règlements. Or les restrictions apportées aux droits du propriétaire au nom de l’intérêt

général ont cet effet induit d'associer plus ou moins directement les citoyens à la manière dont le propriétaire peut en user. Si par exemple le propriétaire se voit privé du droit de bâtir sur son fonds, n'est-ce pas pour que le cadre de vie de tous s'en trouve meilleur ? On pourra juger que cette diminution des prérogatives du propriétaire dans l'intérêt du reste des citoyens ne place pas ces derniers dans un rapport à la chose assez étroit pour qu'ils puissent y perdre leur qualité de tiers, mais il suffit alors de constater que, parfois, la loi leur offre un accès direct à la chose, ainsi par exemple des servitudes d'accès au domaine public maritime. Chacun est autorisé à passer sur le fonds privé ainsi grevé pour accéder à la mer, de telle sorte que quiconque peut, dans cette limite, jouir de la chose d'autrui. Il convenait de le rappeler car, à cette aune, il n'est pas sûr que les immeubles connaissent aucun tiers *pur* : ce n'est qu'en matière mobilière que l'intérêt général lâche prise et laisse au propriétaire une jouissance véritablement libre de son bien.

7. – Le possesseur de bonne foi, un tiers ? Cette considération de l'intérêt général mise à part, l'exclusivité attachée à la propriété permet au propriétaire de faire cesser l'usage qu'un tiers ferait de sa chose. Si l'intrus ne prétend à aucun droit réel sur celle-ci, l'action en référé, aujourd'hui substituée aux actions possessoires, suffit à sa cause. Dans le cas contraire, il devra agir en revendication en faisant la preuve de son droit. S'il y parvient, il devrait obtenir de l'usurpateur – qui, s'il est une partie au procès, n'en demeure pas moins un tiers à la chose – la restitution intégrale et intègre de son bien. Il n'en va pas ainsi. Quant à la restitution intègre, il faut évoquer ici les règles de l'accession. Le projet de Code civil prévoyait que le propriétaire obtenant la restitution de la chose pouvait toujours exiger qu'elle lui soit rendue dans son état originaire, les bâtiments rasés, les plantations arrachées. Mais sous l'observation du Tribunal, qui estima la solution trop rigoureuse pour le possesseur de bonne foi, fut ajouté un ultime alinéa au texte interdisant au propriétaire de réclamer la remise en état et l'obligeant même à indemniser le défendeur. Quant à la restitution intégrale, l'article 549, dans la continuité des solutions romaines, permet au même possesseur de bonne foi de conserver définitivement les fruits échus et qu'il a perçus dans l'ignorance de son défaut de droit sur la chose. Sous ces deux aspects, le droit permet que celui qui possède – autrement dit exerce une emprise de fait sur la chose – de bonne foi soit considéré comme ayant joui de manière licite d'une utilité que la loi réserve pourtant au seul propriétaire : le possesseur fait les fruits siens alors que le *fructus*, dans l'analyse classique, participe de la définition même du droit de propriété ; il plante ou construit sur un fonds sans que cette usurpation des prérogatives du propriétaire ne soit jamais sanctionnée par la remise en état. Cela témoigne de ce que le droit positif, en ratifiant l'usage que le possesseur de bonne foi a eu de la chose, refuse de le considérer comme un tiers à celle-ci : il légitime l'usage qu'il a eu de la chose.

B/ les voisinages et les tiers

8. – Les tiers et la division des immeubles dans le plan. C'est cependant la figure du voisin, parce qu'il est en contact quotidien avec la chose, qui témoigne le mieux du divorce de la réalité du droit positif d'avec la modélisation censée en rendre compte. Le voisinage est le poison de la vie quotidienne autant que la théorie des biens. Tandis que celle-ci pense le propriétaire seul face à sa chose, isolé de tout et de tous, celle-là le contraint à une promiscuité de tous les jours. Les immeubles, nécessairement jointifs, ne peuvent *de facto* être l'objet de la jouissance absolue que promet l'article 544 sans plus de conséquence pour le propriétaire voisin. Leur contiguïté met nécessairement les propriétaires en relation et le droit ne pouvant l'ignorer, il faut se demander alors si, en droit positif, le voisin mérite ou non d'être qualifié de tiers. Il n'est pas anodin de remarquer ici que le projet de réforme du droit des biens présenté par l'Association Capitant prévoit précisément d'intégrer un titre spécifique traitant de la question des relations de voisinage (art. 629 sq.), signe que le voisin

s'imisce nécessairement dans la relation du maître à sa chose. Il n'y a toutefois là que la formalisation d'une question ancienne dont il est éclairant de relever à grands traits la manière dont le droit l'a successivement appréhendée. Sous l'ancien régime, il n'y avait rien de choquant à ce que la propriété emporte l'obligation dans son sillage. Le système féodal avait habitué les esprits à ce que le droit sur la terre s'accompagne d'un réseau d'obligations croisées. La Révolution, empruntant à Locke, fait résonner propriété et liberté, chacune épaulant l'autre. Et dès l'instant que la propriété est à la fois la condition et la conséquence de la liberté, elle devient exclusive de son contraire, l'obligation, ce qui induit, au plan de la technique juridique, une dissociation radicale du droit réel et du droit personnel. Autrement dit, le propriétaire n'ayant de comptes à rendre à personne, il ne peut être obligé envers quiconque. Le Code civil porte l'empreinte de ce double héritage. Si son article 1370, fidèle aux temps anciens, n'hésite pas à énoncer que, parmi les engagements formés involontairement, se trouvent ceux entre propriétaires voisins, les articles consacrés à cette question mettent un soin tout particulier à éviter de recourir à l'obligation. C'est au travers de la technique des servitudes que la question du voisinage est vidée, servitudes dont il est martelé (art. 637 et 686) qu'elles ne créent de lien qu'entre les fonds, jamais entre leurs propriétaires eux-mêmes. Cette analyse en termes réels des rapports de voisinage montre cependant vite ses limites. Les codificateurs n'ont convaincu personne en soutenant que la possibilité offerte à tout propriétaire de contraindre son voisin à procéder au bornage (art. 646) ou à la clôture (art. 663) de leur propriété contiguës à frais communs peut s'analyser sur le modèle d'une servitude. Il y a là de véritables obligations entre les propriétaires voisins, signe que la propriété ne peut être pensée comme un simple rapport d'intimité entre le maître et sa chose que les tiers seraient seulement requis de ne point troubler. Le voisin, légalement obligé, n'est pas un tiers pour le propriétaire, il est partie à ces obligations légales et réciproques qui forment la matière du voisinage. C'est sur elles d'ailleurs qu'une partie de la doctrine propose de fonder l'action en troubles anormaux de voisinage.

9. – Les tiers et la division des immeubles dans l'espace. Ces obligations légales de voisinage demeurent néanmoins une concession faite *a minima* au modèle d'un propriétaire en relation avec sa seule chose. Elles sont, de ce fait, loin de répondre aux besoins organisationnels que la promiscuité toujours plus grande que les lotissements, la copropriété ou encore de la division en volume font naître. Il ne s'agit en effet plus d'assurer seulement la coexistence d'intérêts antagonistes mais de faire converger les intérêts des propriétaires voisins, au prix d'une diminution parfois conséquente des prérogatives qu'ils tirent de l'article 544. C'est tout l'objet du règlement de copropriété ou du cahier des charges du lotissement. Leur nature est révélatrice. À l'origine, il n'y a là qu'un simple contrat, dont la force contraignante repose sur l'article 1134 en raison du consentement manifesté par les propriétaires concernés. A ceci près qu'étant évident que leur efficacité dépendant étroitement de la manière dont ils vont lier les ayants cause successifs des immeubles concernés, il a fallu trouver les moyens d'assurer cette translation de ces obligations contractuelles en même temps que de la chose. Il est aujourd'hui acquis que, sitôt qu'ils sont mentionnés dans l'acte de cession ou publiés au Service de la publicité foncière, ces contrats lient, activement et passivement, l'acquéreur du lot de copropriété, du volume ou de la parcelle lotie. Ces solutions sont pourtant largement dérogoires au droit commun des contrats. En témoigne explicitement le fait que la doctrine conclue volontiers à leur nature mixte de contrat et d'acte réglementaire, implicitement le discours qu'elle tient à leur sujet en terme d'opposabilité alors que c'est d'atteinte à l'effet relatif dont il est véritablement question. D'abord, le fait que l'acquéreur consente au cahier des charges ou au règlement de copropriété dans l'acte acquisitif ne devrait suffire ni à en faire une partie au contrat ni à libérer le cédant, faute que les autres parties n'aient donné leur accord à cette substitution de contractant. C'est pourtant

ce qui se passe. Ensuite, et principalement, la publicité de ces documents au registre foncier, si elle les rend publics et permet donc d'établir leur connaissance par l'acquéreur, est impropre à établir son consentement aux obligations qui en découlent. Connaître n'est pas consentir, sauf à voir là un consentement tacite dont chacun sait qu'il est le moyen de trouver une volonté là où il n'y a le plus souvent rien du tout. Et c'est alors l'idée que l'accessoire – ici l'obligation personnelle découlant du règlement ou du cahier des charges – doit suivre le principal – le droit réel de propriété, car les juristes ont toujours volontiers mis plus haut le droit réel que le droit personnel – précipitée dans une formule latine – *accessorium sequitur principale* – qui sert d'incantation propitiatoire à l'effet magique recherché. Il n'y a pourtant là, techniquement parlant, aucune explication de la violation apportée à l'effet relatif des contrats et l'on conclura alors que le droit des biens a cet effet singulier qu'il permet que celui qui aurait dû demeurer tiers sur le strict terrain du droit des obligations devienne partie au contrat qui organise la coexistence des propriétaires. Le voisin ne peut être considéré comme un tiers à la chose, tant pis s'il faut pour cela malmener les principes du droit des obligations.

10. – Les tiers et la division économique des immeubles. Un même constat peut être fait relativement à d'autres divisions de l'immeuble. Si le voisinage s'envisage généralement dans la juxtaposition plane ou spatiale d'immeubles différemment appropriés, il peut aussi s'appréhender économiquement, en ce sens que lorsque les utilités offertes par un même bien sont réparties entre plusieurs titulaires investis chacun du droit d'en jouir directement (droit réel), il devient tout aussi délicat de les considérer comme étrangers les uns aux autres. Ainsi, lorsque le propriétaire du fonds servant doit souffrir que son voisin passe sur son terrain pour rejoindre la voie publique, la situation s'analyse ainsi : le propriétaire accapare exclusivement l'ensemble des utilités économiques offertes par son immeuble à l'exception de celle qui consiste à passer sur la portion du sol servant d'assise à la servitude, utilité qu'il partage alors avec le propriétaire du fonds dominant. D'un point de vue théorique, on peut maintenir que le propriétaire du fonds servant et le titulaire de la servitude sont étrangers l'un à l'autre. Du point de vue pratique, c'est à l'évidence beaucoup moins net : on ne voit pas que, l'un passant chez l'autre, ils puissent superbement s'ignorer. Le Code civil est contraint d'en faire l'aveu en permettant que, par convention, le maître du fonds servant s'engage à entretenir les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude (art. 698). Et parce qu'une telle obligation perdrait tout intérêt si elle devait continuer à les lier personnellement même après qu'ils auraient aliéné leurs fonds sans jamais obliger leurs ayants cause, il est admis de longue date qu'il y a là une obligation *propter rem* qui, pour peu qu'elle ait été publiée au fichier immobilier, suit les immeubles en quelques mains qu'ils passent. Constat à nouveau qu'il est difficile d'accorder la réalité à la théorie censée en rendre compte : tournés vers la chose et en relation avec elle seule, les différents titulaires de droits réels devraient s'ignorer. Au lieu de cela, les obligations qui organisent leur coexistence bénéficient d'un régime dérogatoire qui en fait l'auxiliaire du droit réel lui-même et relie alors leurs titulaires qu'on ne peut plus continuer à qualifier de tiers les uns aux autres.

On ajoutera qu'au plan théorique, cela a conduit à une profonde remise en cause de l'analyse structurelle du droit réel. Emmenés par Ginossar, les néo-personnalistes soutiennent que tous les droits réels démembrés doivent se penser sur le modèle des droits personnels, autrement comme relation entre individus. Ainsi les maîtres des fonds servant et dominant seraient obligés l'un envers l'autre, car il serait impossible de soutenir que le premier n'est tenu que de respecter l'accès direct à sa chose qu'offre au second son droit réel de servitude. Seule la propriété aurait une structure non relationnelle, ce qui amène ces auteurs à la placer au-dessus des autres droits pour en faire la relation de l'homme à ses droits.

11. – Les tiers et la division temporelle de l'immeuble. Le même constat s'impose enfin pour l'usufruit. D'ordinaire analysé sur le modèle du démembrement – c'est-à-dire comme procédant d'une répartition des utilités offertes par la chose entre différents titulaires – l'usufruit rend compte bien plutôt de la successivité de l'appropriation de la chose, l'usufruitier apparaissant comme son propriétaire actuel mais temporaire, tandis que le nu-propiétaire est son propriétaire futur mais perpétuel. Dans cette approche aussi, il est très difficile, sinon impossible, de les penser comme étrangers l'un à l'autre. La question de l'entretien du bien est symptomatique de cette difficulté. La Cour de cassation parvient, envers et contre tout, à maintenir l'idée que le nu-propiétaire ne peut contraindre l'usufruitier à assumer l'entretien du bien, pas plus que ce dernier le nu-propiétaire à effectuer les grosses réparations. Elle est ainsi fidèle à cette conception qu'isolés dans un rapport à la chose exclusif de tout rapport de droit entre eux, nu-propiétaire et usufruitier sont tiers. Mais la pratique témoigne chaque jour de l'impropriété d'une telle conception et on remarquera à nouveau que le projet de réforme du droit des biens proposé par l'Association Capitant en acte l'abandon (art. 577 sq.), signe que dès l'instant qu'il est acquis que deux propriétaires identifiés se succéderont à terme dans l'appropriation du bien, ils ne peuvent être considérés comme tiers. Prenant part à une communauté d'intérêts, le droit se doit de l'organiser par l'institution d'obligations réciproques.

12. – Conclusion. Penser le droit réel comme un lien entre une personne et une chose, exclusif de tout rapport entre son titulaire et autrui, est une vision divorcée du droit positif. D'abord, le droit ménage à d'autres que le propriétaire, au nom de l'intérêt général, un certain accès à la chose. Ensuite, celui qui l'a possédée de bonne foi sera admis à en conserver une partie du profit qu'il en a tiré. Enfin, et principalement, ceux qui se succèdent dans l'appropriation de la chose (usufruitier/nu-propiétaire), ceux qui s'en répartissent les utilités (démembrement), ceux qui l'avoisinent (dans le plan ou l'espace), ne sont jamais véritablement étrangers les uns aux autres.

II/ La cession du droit réel et les tiers

13. – Division. Si le droit des biens assimile le tiers à autrui, le droit des obligations est fidèle au sens premier du terme qui fait du tiers la tierce personne, celle qui n'a pas la qualité de partie au contrat. Le fait que le contrat soit un vecteur majeur de la transmission et de la constitution des droits réels fait entrer ces deux conceptions du tiers en résonance. En principe, celui qui acquiert la chose de son propriétaire devrait cesser d'être un tiers, tant contractuellement vis-à-vis du propriétaire que réellement vis-à-vis de la chose. Cela n'est pas toujours vrai.

D'abord, on peut être partie au contrat translatif conclu par le propriétaire tout en demeurant tiers à la chose, autrement dit sans acquérir de droit réel sur celle-ci. La difficulté se rencontre lorsque le propriétaire a cédé le même bien à deux acquéreurs successifs (A).

Ensuite, et inversement, il arrive que, tout en demeurant tiers vis-à-vis du propriétaire, on cesse néanmoins de l'être par rapport à la chose : le droit réel s'acquiert alors même que son titulaire n'était pas partie au contrat translatif (B).

A / L'acquéreur demeuré tiers à la chose

14. – La logique du transfert *solo consensu* de la propriété. Lorsqu'un propriétaire peu scrupuleux vend successivement son bien à deux personnes distinctes, il revient au droit de dire laquelle des deux doit en être déclarée propriétaire, l'autre étant réciproquement

contrainte de demeurer dans un rapport d'altérité vis-à-vis de la chose. À première vue, la solution est simple : il suffit de se demander à quel moment se produit le transfert de propriété pour résoudre la difficulté. Sitôt que le contrat opère déplacement du droit réel sur la tête du cessionnaire, celui-ci peut, sous les réserves énoncées précédemment, tenir quiconque à distance d'une chose devenue sienne. Or le principe en droit français est très simple : le transfert de propriété – ou la constitution d'un droit réel, principal ou accessoire, par démembrement – opère dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix. Le consentement suffit, en dehors de tout écrit, de toute mise en possession, de toute publicité légale, de tout paiement du prix. En d'autres termes, la propriété s'acquiert *solo consensu*. Si l'on ajoute à cela ce principe de bon sens voulant que nul ne puisse transmettre davantage de droit qu'il n'en a (*nemo plus juris...*), le propriétaire qui a cédé une première fois son bien en a immédiatement perdu la propriété de telle sorte qu'il ne saurait plus la transmettre à quiconque. Le résultat est limpide : le premier cessionnaire doit être préféré au second condamné à demeurer lui, du point de vue du droit des biens, tiers à la chose.

15. – L'importance de la publicité du droit. Les solutions du droit positif n'ont pas cette raideur. Les deux cessionnaires ont cessé d'être des tiers vis-à-vis du propriétaire et cela retentit sur les logiques du droit des biens en ce sens qu'ayant l'un comme l'autre la qualité de partie à un contrat translatif de la chose, leur prétention à cesser d'être tiers vis-à-vis de celle-ci en devient également légitime. Comment les départager alors ? Abandonnant la logique implacable dictée par la conjugaison des principes du transfert *solo consensu* et de la règle *nemo plus juris*, le droit positif français tranche en épousant le regard que les tiers véritables – c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été partie aux contrats translatifs successifs – sont amenés à poser sur la situation. Autrement dit, il s'agit de se demander qui, du premier ou du second cessionnaire, apparaît aux yeux de tous comme le maître légitime de la chose ; sous cette réserve cependant que la bonne foi des intéressés rentre aussi en ligne de compte, dans une mesure variant selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

16. – Les meubles : la publicité par possession. En matière mobilière, le conflit des acquéreurs successifs est tranché selon le critère de leur mise en possession. Si le premier acquéreur en date obtient la remise du bien, le second ne pourra rien faire d'autre qu'agir en garantie d'éviction contre le vendeur malhonnête. Si c'est le second acquéreur en revanche qui entre en possession le premier, et à condition qu'à cet instant, il soit de bonne foi, alors il sera déclaré propriétaire (art. 1141) ; cela non par l'effet d'un contrat qui n'a pu transférer un droit de propriété dont le cédant n'était d'ores et déjà plus investi, mais en vertu de la loi. C'est là, de l'avis de la doctrine majoritaire, une application de l'effet acquisitif attaché à la maxime « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». L'importance attachée ici à la possession de l'ayant cause tient à ce que, comme l'avait souligné Saleilles, elle réalise une publicité à l'état brut. Parce que posséder (à titre de propriétaire) c'est exercer *en fait* le droit de propriété, celui des acquéreurs qui est en possession manifeste aux yeux des tiers son droit de propriété sur la chose. C'est pour cette raison que le système juridique lui donne la préférence. Seulement, parce que l'on répugne à la mauvaise foi, le Code civil ne donnera la préférence au second acquéreur qu'à condition qu'au moment de son entrée en possession, il ait ignoré la première vente, sa bonne foi étant toutefois présumée (art. 2274).

17. – Les immeubles : la publicité par inscription. En matière immobilière, l'organisation d'un système de publicité foncière centralisé permet de substituer à la publicité fruste de la qualité de propriétaire que réalise la possession celle que révèle l'inscription au fichier immobilier. La publicité foncière ne joue aucun rôle constitutif en droit français. Ce ne sont pas en effet les droits eux-mêmes qui sont publiés mais uniquement les actes constatant leur

mutation ou leur constitution, or la seule publication d'un acte ne peut préjuger de l'existence du droit qu'il a pour objet. Son rôle est par conséquent limité : elle sert principalement à départager les ayants cause d'un même auteur ayant acquis de celui-ci des droits incompatibles sur le même immeuble. Ce sont eux et eux seuls – ces ayants cause – que le décret du 4 janvier 1955 (art. 30-1) entend par « tiers » lorsqu'il énonce que la publicité d'un droit le rend opposable aux « tiers » : c'est retenir une acception particulièrement étroite de la notion de tiers, propre à la matière, mais qui se justifie par cela que, parce que la propriété étant un droit subjectif, elle est de toute façon nécessairement opposable aux tiers – *erga omnes* – sans qu'il soit besoin d'une quelconque publicité. Quoi qu'il en soit, en cas de vente successive du même immeuble, ce n'est pas le premier acquéreur qui l'emportera mais celui qui aura publié son droit en premier.

On s'attendrait, en regard de la solution applicable aux meubles, à ce que le second acquéreur en date ne puisse l'emporter qu'à condition d'être de bonne foi au moment de son acquisition, c'est-à-dire d'être ignorant à cet instant de la première vente. Cette solution, longtemps en vigueur, a néanmoins été abandonnée (sauf le cas des servitudes) en 2011 par la Cour de cassation : le second cessionnaire de mauvaise foi sera déclaré propriétaire s'il publie le premier, sauf peut-être – mais le point n'est pas sûr – la réserve de sa fraude par application du principe général *fraus omnia corrumpit*. Cette divergence de solutions entre la matière mobilière et immobilière se justifie par le souci pragmatique de renforcer l'efficacité de la publicité foncière en sanctionnant plus fermement les acquéreurs négligents. Faute d'avoir publié leur droit, ils prennent le risque de se voir préférer un second ayant cause, quand bien même celui-ci aurait parfaitement connu l'existence de leur droit lors de son acquisition. Avec cette jurisprudence, la publicité foncière cesse d'être seulement le moyen incontestable d'établir la connaissance du droit par l'ayant cause successif pour devenir juridiquement l'unique vecteur de cette connaissance.

Quoi qu'il en soit de cette divergence quant à l'exigence de bonne foi, en matière mobilière comme en matière immobilière, c'est le regard des tiers qui permet de départager les parties à des contrats translatifs successifs, en ce sens que c'est celle d'entre elles qui apparaîtra à leur yeux, en raison de sa mise en possession ou de la publication de son droit, *de facto* comme titulaire du droit qui le deviendra *de jure*.

B/ Le propriétaire demeuré tiers au contrat translatif

18. – Les meubles. Si un propriétaire peut vendre deux fois son bien, il arrive au contraire que désirant le conserver, il soit confronté à sa cession par un tiers. Lorsque le détenteur d'un meuble en dispose, la règle *nemo plus juris* devrait en principe conduire à priver l'acquéreur de tout droit sur la chose, le *verus dominus* pouvant la revendiquer entre ses mains, et cela sans même avoir besoin de faire prononcer la nullité de la vente pour défaut d'objet. En droit français en effet, si la vente de la chose d'autrui est nulle aux termes de l'article 1599, cette nullité demeure relative et ne peut être sollicitée du juge que par l'acquéreur qu'elle tend à protéger. Toutefois, afin de garantir la fluidité du commerce des marchandises, il fallait dispenser les acheteurs d'avoir à procéder à des recherches approfondies sur le titre du vendeur destinées à parer au risque d'éviction découlant de la revendication du véritable propriétaire. C'est pour cela que, sitôt qu'ils sont entrés en possession de bonne foi du meuble, ils obtiennent de la loi même un droit de propriété sur celui-ci : *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2276). On voit ici que le propriétaire, qui fait figure de tiers au contrat passé entre l'usurpateur et le tiers acquéreur, devient aussi tiers par rapport à sa propre chose : il cesse de pouvoir exercer sur celle-ci les prérogatives que lui conféraient l'article 544 et doit désormais respecter le droit de l'acquéreur *a non domino* de bonne foi.

19. – Les immeubles. La situation qui vient d'être exposée est exceptionnelle en matière immobilière car l'interrogation du fichier immobilier fera apparaître le défaut de droit du vendeur, de telle sorte que le contrat n'aura pas de suite : le prix, qui en pratique est versé au jour de la signature de l'acte authentique, ne sera jamais payé ni la propriété – et pour cause – jamais transmise. Il arrive pourtant qu'on la rencontre, notamment lorsque l'acte demeure sous seing privé. Dans ce cas, le propriétaire ne perd pas son droit, quand bien même l'acquéreur de bonne foi entrerait en possession de l'immeuble. Mais ce n'est pas à dire que le fait que le possesseur soit partie à un contrat translatif *a non domino* n'ait aucune conséquence : il pourra en effet bénéficier de la prescription acquisitive abrégée à dix ans (art. 2272 al. 2). Ce qui montre là encore que, même si le propriétaire demeure tiers au contrat translatif de son immeuble, la possession de bonne foi qu'en a l'acquéreur *a non domino* peut conduire, après dix ans seulement, à le rendre tiers à sa propre chose.