

Colloque

L'utilité du droit des biens pour les autres branches du droit : de l'utilité des biens à l'utilité des règles relatives aux biens

Présentation

Ce colloque n'est pas international, il n'est même pas inter-universités ; mais il est, et voilà ce qui compte, pluridisciplinaire. Je remercie les collègues toulousains qui nous ont fait l'amitié et l'honneur de participer à cette réflexion.

J'en profite pour préciser que cette réflexion ne s'arrêtera pas ce soir. Ce colloque sera suivi d'un ouvrage, au sein duquel nous aimerions que toutes les disciplines soient représentées, afin qu'une véritable synthèse de ce travail puisse être effectuée (d'où l'absence de synthèse à la fin de cette journée).

Dans l'attente, ceux qui le souhaitent pourront nous écouter ou nous réécouter sur le site *Lexradio.fr*. Je remercie à cet égard les éditions Lexbase pour leur initiative, représentées aujourd'hui par Anne-Lise Lonné-Clément, avec qui j'ai eu le plaisir de collaborer pendant très longtemps. Seront ainsi disponibles des « peaux de caste » – comme dirait Philippe Meyer – de nos différentes interventions.

Quelques mots de présentation donc, en partant du Code civil dont on va néanmoins, du moins pour certains d'entre nous, s'affranchir.

Après les personnes viennent logiquement les biens ou les choses, pas aussi dignes que ces premières, mais aussi importants aux yeux du droit : les choses – on parle de la sorte de tous les objets, matériels ou immatériels, qu'une personne est susceptible de posséder : voiture, château, mais aussi étang, vache ou encore information – constituent effectivement l'enjeu et l'objet de l'ensemble des relations juridiques entre les personnes. Elles les échangent et garantissent, par leur entremise, tous leurs engagements.

La justice, dont procède le droit, se définit même bien souvent, dans la continuité d'Ulpien, comme l'art de rendre à chacun ce qui lui appartient : *suum cuique tribuere*.

D'un certain point de vue, une fois les règles applicables à la personne mises de côté, dans le Code civil, absolument tout est relatif aux biens. Au livre 1^{er} qui, au demeurant, contient déjà des règles ressortissant aux biens (les incapacités, par exemple, qui sont des incapacités à exercer pleinement sa propriété d'un ou de plusieurs biens), succèdent en effet deux livres ostensiblement teintés de propriété : « Des biens et des différentes modifications de la propriété » et « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » (on y trouve notamment les successions, les contrats et la responsabilité civile).

À cette construction originellement tripartite, il faut aujourd'hui ajouter deux livres, ce qui ne change rien à l'affaire : indépendamment du livre 5, qui se contente de regrouper certaines dispositions applicables à Mayotte (dont quelques règles de propriété particulières), le livre 4 est consacré aux sûretés, c'est-à-dire aux garanties accordées à un créancier afin qu'il obtienne paiement de sa créance en cas de défaillance du débiteur. Or, toutes les sûretés reposent, soit sur l'affectation d'un bien à la garantie d'une dette – sûreté réelle, par exemple l'hypothèque –, soit sur l'affectation du patrimoine d'un tiers à une telle garantie – sûreté personnelle, par exemple le cautionnement. De plus, depuis la loi du 19 février 2007, qui a instauré la fiducie à la française, la propriété elle-même est de nature à constituer une garantie¹.

En définitive, on ne peut que s'étonner de la place résiduelle qu'occupe trop souvent encore le droit des biens à l'Université (même si cela est de moins en moins vrai). Beaucoup l'attribuent au codificateur de 1804, qui n'aurait « pas toujours su mener l'effort de rationalisation qu'il aurait pu réaliser », privilégiant, à l'inverse de ce qu'il fit par exemple en matière de responsabilité, le souci des détails à la construction de principes souples et, partant, intemporels². Il est vrai que la lecture du livre 2 du Code civil offre un voyage lénifiant dans une société rurale qui n'est plus la nôtre et qui, au surplus, n'était peut-être déjà plus tout à fait celle du début du XIX^e siècle : meubles et immeubles, arbres et fruits, récoltes, moulins à vent, lapins de garenne, ruches à miel, pigeons de colombier, *etc.* On y apprend même qui

¹ Art. 2011 et s. C. civ.

² Cf. Association H. Capitant, dir. H. Périnet-Marquet, *Propositions pour une réforme du droit des biens*, Litec, 2009, p. 3.

devient propriétaire d'une île et de son trésor³ ! Sans doute est-il vrai qu'il faudrait alors faire sortir le droit des biens de « sa robe des champs »⁴.

La société française a effectivement connu des changements économiques et sociaux importants depuis 1804 : à une société rurale ont succédé des sociétés industrielle puis de services (où domine le fameux « secteur tertiaire »). Désormais, il semble falloir composer avec une société de l'information, dans laquelle l'immatériel tient la part du lion. La source des richesses, donc de la propriété, ne se trouve alors plus dans la terre, mais dans le travail et, de plus en plus, dans l'imagination. La perception de la relation de propriété en elle-même a également connu des variations notoires : quoi de commun, en effet, entre le propriétaire individualiste de la Déclaration de 1789 (la propriété est l'un des droits inaliénables de l'homme) et celui, plus solidaire, du Préambule de la Constitution de 1946 (qui doit céder un peu de son domaine pour garantir le droit au logement) ? Que reste-t-il de l'absoluité du droit du propriétaire à l'heure du droit au logement ?

L'accompagnement juridique de ces évolutions a pris la forme d'interventions ponctuelles⁵, essentiellement de lois dont une partie seulement a été codifiée, et pas toujours de façon très satisfaisante. Ainsi, par exemple, l'importante loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis n'a jamais fait son entrée dans le Code civil. En revanche, les lois du 31 décembre 1976 et du 23 juin 2006 portant notamment sur l'indivision ont été codifiées, mais ce mécanisme à vocation générale a été inséré au sein des règles spéciales relatives aux successions. Il en va de même pour la fiducie, arbitrairement placé dans le livre 3 du Code civil, entre le mandat et les transactions. Lacunes, redondances, incohérences et archaïsmes paraissent autant d'encouragements à une recodification que certains auteurs n'hésitent plus à prôner⁶.

³ Art. 561 et 716 C. civ.

⁴ H. Périnet-Marquet, cité par W. Dross et B. Mallet-Bricout in « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.* 2009, p.508. – Ce d'autant plus qu'il existe désormais – c'est-à-dire depuis les décrets n° 55-433 du 16 avril 1955 et n° 55-1265 du 27 septembre 1955 et la loi n° 58-346 du 3 avril 1958 – un substantiel « Code rural et de la pêche maritime ».

⁵ Pas de vraie réforme donc : cf. G. Cornu, « La lettre du Code à l'épreuve du temps », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 157, spéc. p. 164.

⁶ Cf. R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 ; B. Mallet-Bricout, N. Reboul-Maupin, « Propos introductifs à la chronique de droit des biens », *D.* 2004, p. 2405.

Pour autant, pour qui veut bien lire entre les lignes et se donner la peine de consulter la doctrine et la jurisprudence, le Code civil contient une théorie générale de la propriété. S'écartant peu sur ce point de la pensée de son prédécesseur Cambacérès, Portalis percevait la propriété comme le fondement des sociétés humaines, quelles qu'elles soient. Selon lui, « le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété ; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui pour chaque individu est plus précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver ». Plus encore, toujours selon lui, « ce principe est comme l'âme universelle de toute la législation ; il rappelle aux citoyens ce qu'ils se doivent entre eux, et à l'État ce qu'il doit aux citoyens ; il modère les impôts ; il fixe le règne heureux de la justice ; il arrête dans les actes de la puissance publique les grâces qui seraient préjudiciables aux tiers ; il éclaire la vertu et la bienfaisance même ; il devient la règle et la mesure de la sage composition de tous les intérêts particuliers avec l'intérêt commun ; il communique ainsi un caractère de majesté et de grandeur aux petits détails de l'administration publique »⁷.

Voilà peut-être ce qui perturbe : en raison de son importance, la propriété déborde du Code civil pour se loger au sein des normes les plus fondamentales de notre société (et de toutes les sociétés). Les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 la proclament, de même que l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (et encore les articles 1 et 7 de la Déclaration de l'État de Virginie ; les articles 1, 8 et 11 pour l'État de Pennsylvanie ; l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 *etc.*). En conséquence, on la retrouve dans des situations inattendues, pour lesquelles elle constitue, à la fois, un cadre et un dénouement. Par exemple, c'est elle qui a autorisé la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme, en raison de la discrimination successorale dont faisaient l'objet les enfants adultérins avant l'intervention de la loi du 3 décembre 2001⁸. De façon similaire, le droit de propriété a pu constituer le fondement de l'indemnisation d'une personne blessée par l'effondrement d'une habitation pourtant illégalement construite, sur un terrain ne lui appartenant pas, mais qui y vivait comme si elle en était propriétaire⁹.

⁷ *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété (titre II, livre II du Code civil)*, présenté le 26 nivôse an XII, *in fine*.

⁸ Mazureck c. France, 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Dr. fam.* 2000, n° 33, note B. de Lamy.

⁹ Öneriyildiz c. Turquie, 30 nov. 2004, n° 48939/99, *RTD civ.* 2005. 422, obs. Th. Revet.

Malgré cette mobilisation de la propriété en quelque sorte comme instrument social de prévention et de résolution des conflits, celle-ci n'en reste pas moins avant tout un droit subjectif, autour duquel tout un ensemble de mécanismes originaux gravitent : possession, c'est-à-dire relation de pur fait avec un bien, droits réels, c'est-à-dire droit que l'on peut avoir sur le bien de quelqu'un d'autre (ex. : usufruit), indivision, c'est-à-dire possibilité que plusieurs personnes aient un droit de même nature sur un même bien *etc.*

Il est, aussi, des problèmes qui peuvent être de pur droit des biens, auxquels on assimile généralement toute la matière : comment acquérir, prouver, se servir ou encore perdre sa propriété ? Comment articuler possession et propriété, bref fait et droit ? Comment régir les relations entre plusieurs biens, plusieurs utilisateurs de ces biens ou plusieurs titulaires de droits sur ces biens ? Quelle est la mesure de la disponibilité d'un bien donné pour un propriétaire donné face aux impératifs de la vie en société ? *etc.*

Mais ce dernier aspect de la discipline ne devrait pas conduire à évincer la double nature du droit des biens : le droit des biens représente, à la fois, une discipline substantielle, centrée sur elle-même, qui pose et résout ses propres questions, mais aussi, à l'instar de ce qu'est le droit des obligations, une véritable discipline de synthèse, utile et tournée vers les autres¹⁰.

C'est cet aspect synthétique du droit des biens que nous allons explorer aujourd'hui, à travers sa confrontation avec différentes autres disciplines.

Dans cette optique, deux types d'interventions se succéderont : soit des interventions qui insisteront sur un point précis, qui met en rapport leur discipline avec le droit des biens, soit des interventions qui procéderont, déjà, à une sorte de synthèse. Toutes seront ainsi utiles à la grande synthèse finale.

¹⁰ La distinction est empruntée à R. Libchaber : « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 298.

Droit des biens et droit pénal

La question du rapport entretenu entre le droit des biens et le droit pénal recoupe finalement l'interrogation suivante : que représente la propriété pour le droit pénal ?

Précisons d'ores et déjà qu'on ne traitera, aujourd'hui, que du droit pénal de fond, la propriété recevant également un sort très particulier en procédure pénale, qui justifierait une intervention propre à cette discipline (ce sera pour plus tard).

Bien étrangement, cette question de l'appréhension de la propriété par le droit pénal n'intéresse pas beaucoup la doctrine.

La raison de ce silence est sans doute simple : à percevoir les choses un peu trop rapidement, il apparaît souvent qu'un intérêt est d'ordre public parce qu'il est protégé par le droit pénal et non, à l'inverse, comme cela devrait pourtant être la règle, que cet intérêt est protégé par le droit pénal parce qu'il est d'ordre public. D'où l'inutilité qu'il y aurait à débattre des valeurs que le droit pénal promeut et protège.

C'est oublier que, comme le souligne Paul Ricoeur, « les valeurs ne sont pas des essences éternelles ». Elles demeurent donc toujours polémiques. La propriété pas moins que les autres.

De plus, la remise en cause contemporaine du législateur et de son œuvre, ainsi que le développement croissant des contrôles matériels de la loi, devraient conduire à un rétablissement de la logique initiale : lorsqu'une valeur, que des incriminations concourent à préserver, s'avère consacrée par différents textes supralégislatifs, tels le bloc de constitutionnalité et la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, c'est bien la fondamentalité de cette valeur qui fonde sa protection – et non l'inverse. D'où l'intervention consécutive du droit pénal pour la préserver.

Or la propriété, nul ne l'ignore, est précisément inscrite dans tous ces grands textes : articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne etc.

Droit fondamental sans polémique aucune, la propriété l'est cependant à différents titres : elle est, pour faire simple, à la fois le fondement du commerce juridique, autrement dit une institution sociale, et un droit subjectif puissant, c'est-à-dire un attribut de la personne.

D'où une première question : quelle propriété protège exactement le droit pénal ? Est-ce l'institution ou le droit (ou les deux) ?

Cette première interrogation ne saurait néanmoins suffire à éclairer les rapports entre propriété et droit pénal, car elle ne fait que conforter cette idée bien ancrée, mais ô combien réductrice, que le droit pénal ne serait qu'un droit auxiliaire, un droit sanctionnateur, qui n'apporterait rien de plus que ses armes puissantes pour préserver des valeurs qui ont été déterminées en amont.

Ainsi, pour la propriété, le droit civil définirait, les droits européen et constitutionnel promouvraient, et le droit pénal se surajouterait ou, au mieux, renforcerait.

Or, en vérité, le droit pénal est tout autant un droit déterminateur qui, pour le moins, sélectionne les valeurs qu'il défend et, pour le plus, crée certaines de ces valeurs. C'est le cas de la vie humaine, qu'il a été le premier à appréhender, mais c'est aussi le cas de la propriété, qui, on ne le souligne pas assez souvent, est née de la lutte contre le vol.

À l'origine, en effet, c'est-à-dire à Rome, c'est la lutte contre la dépossession, bref contre le vol, qui a permis de conceptualiser l'appartenance ; pour récupérer sa chose, le citoyen romain devait prouver qu'elle était sienne : *meum esse*¹¹. Par la suite, mais par la suite seulement, le fait d'être propre est devenu un droit puissant, qui a pris la forme d'un *dominium* au premier siècle avant Jésus-Christ¹². La propriété, c'est donc bien le vol, mais pas seulement dans le sens attribué par cette formule à son auteur, Pierre-Joseph Proudhon.

¹¹ Voir C.-W. WESTRUP, « Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative », *RHD*, 1933, p. 227 ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 314. Au départ, ce n'est qu'un vague rapport d'appartenance : v. M. VILLEY, « Les Institutes de Gaius et l'idée de droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, chap. VIII, Dalloz, 2002 (2^{ème} éd.), p. 186 et s.

¹² Voir M. VILLEY, *ibidem*.

Le droit pénal, donc, participe à la définition et même, on le verra, à l'évolution des valeurs qu'il préserve, d'où cette seconde question, sans doute plus inattendue que la première : quelle est la mesure de son rôle déterminateur de la propriété ?

Je vous propose de revenir un peu plus précisément sur ces deux questions, en premier lieu celle de la sanction des atteintes à la propriété par le droit pénal (I) et, en second lieu, celle de la contribution du droit pénal à la détermination de ce qu'est la propriété (II).

Questions qui montrent en quelque sorte que, si le droit pénal s'inscrit au sein du droit des biens, le droit des biens s'inscrit tout autant au sein du droit pénal.

I. La sanction des atteintes à la propriété par le droit pénal (l'inscription du droit pénal au sein du droit des biens)

La protection de la propriété est l'objet du livre III du code pénal. On y trouve, en effet, l'incrimination du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance, mais aussi, par exemple, celles du chantage, du blanchiment ou encore des destructions, dégradations et détériorations. Il existe également, en dehors de ce code, plusieurs dispositions répressives dont la fonction demeure de préserver cette même valeur : incrimination de l'abus de biens sociaux, dans le code de commerce, par exemple, ou incrimination de la contrefaçon, dans le code de la propriété intellectuelle etc.

Cette diversité, qui jure avec l'apparente unité qui semble caractériser la propriété en droit, est la conséquence de l'application du principe de légalité, qui implique de n'incriminer des comportements que de façon ponctuelle et de façon bornée, afin que la liberté de tous demeure le principe, même face à un propriétaire mécontent.

Cette approche pénale de la propriété, bien qu'inéluctable, rend difficile l'identification précise, d'une part, de l'objet de la protection (A) ainsi que, d'autre part, de sa portée (B).

A. L'objet de la protection pénale de la propriété

Cet objet, c'est bien sûr la propriété.

Oui, mais la propriété est prise en compte par le droit parfois de façon objective, parfois de façon subjective. Et surtout, on l'a dit, elle désigne parfois un droit et parfois une institution.

Dans le code civil, la notion de propriété désigne effectivement, selon les articles, soit la chose appropriée elle-même¹³, soit la relation en vertu de laquelle celle-ci est appropriée¹⁴. Mais ces deux approches restent complémentaires, qui se rapportent au lien qui unit exclusivement un sujet et un objet.

En ce sens, la propriété est un droit, c'est-à-dire une prérogative attachée à la personne¹⁵ : elle est un pouvoir de vouloir juridiquement reconnu, or la volonté ne peut trouver sa source que dans la personne. Chaque bien est, ainsi, l'objet d'un droit subjectif propre et, à travers un bien, c'est donc la personne que le droit reconnaît et protège, celui-là ne constituant qu'une projection de celle-ci dans la sphère juridique.

Plus encore, la qualité de propriétaire est la seule sur laquelle une personne puisse se fonder, lorsqu'est en cause un objet sur lequel celle-ci dispose d'une exclusivité, pour imposer juridiquement sa volonté aux autres. L'obligation, essence de tous les droits patrimoniaux, réels tout autant que personnels, n'est pas une relation en vertu de laquelle un sujet va, de façon dynamique, exprimer et commander sa volonté aux autres, mais l'un de ses objets, c'est-à-dire un bien : le sujet dispose de l'obligation ; il ne dispose pas en vertu de celle-ci.

L'obligation est, en elle-même, détachée de la personne comme seule une chose peut l'être. Elle est un rapport juridique réifié et, à ce titre, peut faire l'objet d'un commerce juridique. Tout au plus peut-on la concevoir, en définitive, comme un pouvoir d'exiger, qu'il faut alors certainement discerner du pouvoir quasi absolu de vouloir que constitue donc seule la propriété¹⁶.

¹³ V. par ex. art. 545, 757, 1094-1, 1601-3 et 2477 C. civ. – V. aussi art. 17 DDHC, art. 34 C58 et § 1 de l'art. 1^{er} du Prot. n° 1, Conv. EDH.

¹⁴ V. par ex. art. 544 et 1604 C. civ.

¹⁵ Voir F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n^{os} 548 et s., p. 751 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 452 et s., spéc. p. 456.

¹⁶ Voir R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé*, rééd. coll. Bibl. Dalloz, Dalloz, 2005 (texte de 1934), n^{os} 14 et s., p. 43 et s.

Cette spécificité de la propriété en fait une technique fondamentale du droit : elle est le fondement de l'activité juridique, puisqu'elle permet à chacun d'entrer dans la sphère juridique, c'est-à-dire d'exister et d'agir juridiquement¹⁷. L'établissement d'une relation subjective avec le monde, objet de la personnalité juridique, nécessite l'appropriation pour se réaliser. La personnalité juridique peut, en effet, pertinemment se définir comme l'aptitude à avoir, à disposer et à s'obliger¹⁸. Or, alors que la propriété est, sans conteste aucune, au cœur de ces deux premières aptitudes, elle est également partie prenante dans la dernière, puisque, « être apte à s'obliger, c'est avant tout être apte à offrir ses biens en garantie à ses créanciers »¹⁹. La propriété est donc essentielle, voire inhérente, à l'ordre juridique français. Peut-être même constitue-t-elle, plus fondamentalement encore, la base technique nécessaire à tout ordre juridique.

On retrouve, d'ailleurs, ce double visage de la propriété en droit public. La propriété peut, en effet, prétendre s'inscrire tout autant dans les règles d'organisation de la société que dans les droits et libertés fondamentaux des individus.

C'est la nécessité technique et structurelle de la propriété qui explique sans doute sa promotion fondamentale matérielle : le bloc de constitutionnalité et la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme ne contiennent pas n'importe quel droit²⁰. Cette élévation, ainsi que les raisons qui la motivent, apparaissent particulièrement claires, par exemple, dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 16 janvier 1982 en matière de nationalisations²¹.

A cette occasion, le Conseil a précisé que « les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle **tant en ce qui concerne** le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à

¹⁷ Voir F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 445 et s., spéc. p. 457 et s. S'ajoute à cela que, dans l'intérêt général, « les possessions garantissent la fidélité » des hommes à la société, selon J.-E.-M. PORTALIS : v. dudit, *op. cit.*, p. 232.

¹⁸ Voir F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 462. *Adde* F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2006, n^{os} 106 et s., p. 113 et s.

¹⁹ F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 462.

²⁰ Comp. R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n^{os} 856 et s., p. 663 et s.

²¹ N^o 81-132 DC. – *Adde* décision du 11 févr. 1982, n^o 82-139 DC.

l'oppression, **qu'en ce qui concerne** les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ».

L'affirmation de principe ainsi rapportée semble donc bien faire la part entre ce qui, dans la propriété, participe de la sauvegarde de la société, et ce qui concourt à la défense de l'individu.

D'où, j'y viens, cette question : le droit pénal protège-t-il le propriétaire, l'individu, ou la propriété, l'institution sociale ?

La prise en compte pénale de la propriété apparaît objective, puisque le livre III du code pénal s'intitule des « crimes et délits contre **les biens** » (et l'ancien code pénal se référait de façon similaire aux « crimes et délits contre **les propriétés** »).

Toutefois, dans l'ancien code pénal, on trouvait ce chapitre au sein d'un titre consacré aux crimes et délits contre **les particuliers** ; et, dans le code pénal actuel, les premiers des crimes et délits contre les biens sont **les appropriations frauduleuses**. On retrouve la propriété appréhendée subjectivement.

De plus, la référence au bien, à l'objet donc, ne constitue, en réalité, que le moyen commandé par la technique infractionnelle pour protéger l'intérêt « propriété ». L'élément matériel de l'incrimination doit, en effet, contenir le substrat de l'intérêt protégé pour parfaire sa définition : il faut un objet apte à subir une soustraction, un détournement, une dégradation etc. pour que ces comportements puissent être interdits puis sanctionnés. Or, pour la propriété, cet objet, c'est le bien, d'où la référence inéluctable à ce dernier dans toutes les incriminations qui concernent la propriété.

On n'a pas beaucoup avancé... Il ne reste alors, peut-être, qu'à étudier la pratique de cette protection pour progresser.

À bien étudier la jurisprudence, on se rend compte que le juge pénal entretient une approche de la propriété comparable à celle des gardiens des droits fondamentaux.

D'un côté, le juge pénal peut se contenter, techniquement et opportunément, d'une atteinte objective portée à la propriété pour entrer en répression ; une atteinte sans victime ; une atteinte de principe. Par exemple, le voleur dont la victime n'est pas identifiée peut ne pas échapper à la sanction consécutive à son comportement²².

D'un autre côté, les poursuites en matière d'infractions contre la propriété sont, dans la plupart des cas, déclenchées par la constitution de partie civile du propriétaire, celui-ci étant, de surcroît, doté de véritables prérogatives dans le cadre du procès pénal qui s'ouvre alors.

En définitive, s'il est certain que l'approche objective de la propriété par le droit pénal dépasse parfois la seule technique infractionnelle, l'approche subjective n'est pas non plus à délaissier, la lésion de la propriété provoquant, concurremment, une atteinte à la personne et à la société. L'indétermination congénitale de la propriété trouve donc dans le droit pénal, parce qu'il évolue dans une dialectique constante entre intérêt général et intérêts particuliers, un terrain d'élection particulièrement fertile. Corrélativement, il apparaît difficile de dégager une approche spécifiquement pénale de la propriété, du moins au stade de son intervention sanctionnatrice.

Qu'en est-il de la portée de cette intervention ?

B. Sa portée

Le principe de légalité, qui gouverne la matière pénale, a pour corollaire le principe de discontinuité de la loi pénale²³ : seuls les comportements expressément et précisément définis par la loi sont réprimés, chaque frontière devant ainsi s'établir, non pas entre deux textes répressifs, mais entre un texte et son absence, c'est-à-dire entre ce qui est prohibé et ce qui ne l'est pas.

²² Cass. crim., 23 déc. 1963, *Bull. crim.*, n° 376 ; Cass. crim., 25 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 318.

²³ En ce sens, J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001 (10^{ème} éd.), p. 30 : « Le principe de légalité des délits et des peines a pour conséquence la discontinuité du droit criminel. Par ce principe, le droit pénal moderne s'est constitué de lui-même en un quadrillage, en un filet, où les vides comptent infiniment plus que les pleins » ; E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, coll. Responsabilités et assurances, Litec, 2008 (2^{ème} éd.), n° 6, p. 4 : « la subsidiarité et la discontinuité [...] sont de l'essence du droit pénal ».

Dès lors, chercher judiciairement la continuité de la répression, en effaçant la spécificité de chaque texte pour combler d'éventuels vides juridiques, remet en cause le caractère exceptionnel du droit pénal, de même que les caractères propres à la loi pénale, notamment sa nécessaire précision et son indispensable prévisibilité²⁴. C'est, ainsi, oublier que l'ensemble des principes qui régissent la matière pénale sont respectueux des libertés individuelles, car tel est le postulat du droit pénal moderne : la liberté comme principe, la contrainte comme exception, tout ce qui n'est pas défendu étant permis²⁵.

En conséquence, la protection pénale de la propriété ne peut pas être absolue, sans limite, et son extension inéluctable ne peut s'opérer qu'en respectant tous ces principes.

Le plus simple et le plus naturel, c'est bien sûr que le législateur étende lui-même la protection en créant de nouvelles incriminations ou en élargissant – pas trop – les incriminations existantes.

Exemple de création : les différentes filouteries (aliments, hôtel, carburant, transport) ont été incriminées pour permettre de sanctionner des comportements qui, à strictement les considérer, ne constituaient ni des vols, ni des abus de confiance, ni des escroqueries (pour faire simple : se servir ou se faire servir en sachant qu'on n'est pas en mesure de payer).

Exemple d'élargissement : l'abus de confiance, autrefois défini comme le détournement des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, préalablement remis en vertu de certains contrats (art. 408 CP 1810) ; désormais appréhendé, plus largement, comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs **ou un bien quelconque** qui lui ont été remis [à titre précaire, et pas nécessairement en vertu d'un contrat] » (art. 314-1 CP 1992).

²⁴ Voir M.-S. COUSIN-HOUPPE, « Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens (Vol – Abus de confiance – Escroquerie) », *Rev. sc. crim.*, 1977, p. 779 : le constat est identique, mais l'auteur considère, en revanche, que « l'apparition [par le biais de l'interprétation du juge pénal] d'une continuité de la loi pénale est indéniable et parfaitement justifiée » (p. 794).

²⁵ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 91, p. 63 : « contrairement à trop d'idées reçues, le droit criminel constitue par nature une des branches du droit les plus protectrices de la liberté individuelle » (nous soulignons) ; G. BEAUSSONIE, « Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Lextenso-Bruylant, 2009, p. 361 et s.

Ce qui nous conduit à l'autre moyen d'élargir une protection : l'interprétation d'une incrimination. Interprétation, oui, mais interprétation stricte !

Ce n'est pas, en effet, parce que la jurisprudence a acquis droit de cité en droit pénal comme ailleurs – alors, on s'en souvient, qu'il n'en aurait point fallu en la matière, selon Portalis et quelques autres grands penseurs –, l'interprétation participant de la loi – voire, dans une certaine mesure, se substituant à la loi²⁶ –, que le juge a gagné le droit de s'affranchir de la loi telle qu'il l'interprète. En droit pénal, toujours par application du principe de légalité, la loi pénale, de fond comme de forme, est et demeure « d'interprétation stricte »²⁷, ce qui est tant la conséquence du caractère exceptionnel du droit pénal, que la cause du caractère mesuré de l'intervention du juge pénal.

Invoquée à d'innombrables reprises, plus par la doctrine que par le juge, la règle doit ainsi être bien comprise, qui impose au juge pénal de rester serré à la loi – et non au texte ! Le juge a le devoir de faire preuve, dans son interprétation de la loi pénale, de rigueur et d'exactitude : appliqué aux règles, l'adjectif « strict » signifie effectivement « qui se réalise avec rigueur » et « qui est tout à fait conforme à ce qui est exigé »²⁸. Dès lors, l'interprétation stricte représente, du point de vue du juge pénal, plus une attitude raisonnable qu'un processus mécanique.

À ces conditions, néanmoins, l'interprétation n'interdit pas de faire évoluer une incrimination.

Exemple : je laisse l'abus de confiance de côté, car on y reviendra. Prenons plutôt l'escroquerie.

Par un arrêt du 28 septembre 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi admis, de façon totalement inédite, que « l'escroquerie peut porter sur un immeuble, lequel constitue un bien au sens de l'article 313-1 du code pénal ». Il était question, en l'espèce, d'une personne qui avait établi un faux testament qui présentait sa mère comme l'unique ayant droit d'un oncle défunt et, de la sorte, permettait à celle-là d'hériter de celui-ci de

²⁶ Ce qui est l'aboutissement d'une conception matérielle que la Cour EDH ne rejette pas : cf. *Kruslin c. France* et *Huvig c. France*, 24 avr. 1990, req. n^{os} 11801/85 et 11105/84. V. aussi, en ce sens, Cons. const., déc. n^o 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 13 et 14.

²⁷ Art. 111-4 C. pén.

²⁸ *CNRLT*, V^o Strict.

sommes versées sur une assurance-vie, ainsi que d'une villa localisée à Porticcio, villa dont elle ferait donation de la nue-propriété au prévenu.

La précision donnée par cet arrêt est d'importance car, jusqu'alors, le droit pénal était perçu comme un objet de protection des meubles exclusivement, ce que l'on justifiait, essentiellement bien qu'insuffisamment, par l'existence d'une protection civile efficace en la matière.

Or, le seul critère qui fasse basculer de la protection civile à la protection pénale n'est pas tant celui de l'efficacité que celui de la gravité. En ce sens, il était anormal d'exclure l'immeuble d'une protection que, techniquement, les textes autorisaient. **Les** textes, car l'on peut présager que ce qui vient de se passer pour l'escroquerie se passera bientôt pour l'abus de confiance, peut-être même pour le vol !

Le droit pénal est légitime, en effet, à être audacieux, car il est déterminateur tout autant qu'il est sanctionnateur.

II. La contribution du droit pénal à la détermination de la propriété (l'inscription du droit des biens au sein du droit pénal)

Le droit pénal ne se contente pas de sanctionner ce que les autres droits ont déterminé. En associant un comportement et une peine, le droit pénal fait plus que créer des normes. Il sélectionne les valeurs qui méritent d'être préservées de la sorte, voire promeut des valeurs non encore considérées par les autres droits.

Par ailleurs, même lorsqu'il protège une valeur préalablement déterminée, il est alors aussi légitime que les autres droits à dire ce qu'est ou ce que doit être cette valeur.

Ainsi, si l'on considère la propriété, le droit contribue-t-il autant à la définir (**A**) qu'à la faire évoluer (**B**).

A. La contribution du droit pénal à la définition de la propriété

Le droit pénal de la propriété pourrait se suffire à lui-même, puisqu'il est fondé sur des normes propres. Cependant, voilà la question qui nous intéresse : ce droit constitue-t-il vraiment une fin en soi indépendante de la théorie civile de la propriété ? Si la réponse est positive, il est inutile de confronter ce que, en la matière, dit le droit civil et ce que dit le droit pénal, qui ont donc vocation à demeurer indépendants l'un de l'autre ; si la réponse est négative, en revanche, leurs définitions de la propriété ont vocation à se combiner.

Pour trancher, il faut s'intéresser au phénomène que l'on qualifie classiquement d'autonomie du droit pénal.

On a parfaitement défini l'autonomie du droit pénal en la limitant à un « phénomène conflictuel tenant à la contradiction des solutions extrapénales sur leur propre terrain »²⁹. On ne peut, en effet, parler d'autonomie qu'en confrontant le droit pénal à des règles qui ne lui sont pas propres. Le droit de la propriété étant principalement constitué de règles civiles que le juge pénal applique ou est susceptible d'appliquer, il peut donc effectivement, en ce domaine, se poser un problème d'autonomie³⁰.

Comme tout phénomène conflictuel, l'autonomie n'est pas une situation satisfaisante ; elle doit donc être provisoire. C'est pour cela que, dans un tel cas, le Premier président de la Cour de cassation a la possibilité de déférer l'affaire à une Chambre mixte composée de deux ou plusieurs chambres de la Cour. Le Code de l'organisation judiciaire précise, en effet, que ce renvoi est possible « lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes »³¹.

Le seul intérêt de l'autonomie est donc d'offrir une alternative concernant l'interprétation d'une notion à la Cour de cassation qui, par un arrêt rendu en Chambre mixte, posera celle qui

²⁹ J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.*, 1980, n° 4, p. 912.

³⁰ En ce sens que l'autonomie est avant tout un problème, v. P. ROLAND, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution au problème de l'autonomie du droit pénal*, thèse, Lyon, 1958, publiée partiellement in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques* de Lyon II, LGDJ, 1972, t. II, p. 13 et s.

³¹ Art. L. 431-5 C. org. jud.

devra prévaloir, dans un sens ou dans l'autre. Ainsi, la plupart des véritables problèmes d'autonomie ont été résolus par ce biais ou par celui de son effet prophylactique.

L'exemple le plus notoire concerne d'ailleurs le droit de la propriété. Dans un arrêt du 24 novembre 1977 (*Bull. crim.*, n° 371), la Chambre criminelle a enfin reconnu clairement que, en vertu de l'article 2279 du Code civil (désormais article 2276), l'acquéreur *a non domino* d'un meuble en devient propriétaire à la seule condition qu'il soit de bonne foi au moment de son acquisition. Elle a, en effet, refusé de condamner pour recel celui qui avait acquis de bonne foi une chose volée, puis appris postérieurement son origine frauduleuse : *mala fides superveniens non nocet* (V., déjà en ce sens, Cass. crim., 30 oct. 1969, *Bull. crim.*, n° 277).

Désormais pratiquement restreint, le champ de l'autonomie l'était de toute façon dès la théorie.

En effet, souvent, l'autonomie est trop rapidement affirmée : soit le juge pénal applique une règle civile qui en paralyse une autre sans le dévoiler, soit il aborde une notion par un prisme original qui ne peut être que le sien.

La première situation est très fréquente, mais elle est rarement apparente, en raison, sans doute, de la mauvaise connaissance du droit civil par les pénalistes³² (l'inverse est tout aussi vrai...).

La seconde est plus intéressante, car elle renseigne vraiment sur la fonction du droit pénal, notamment en matière de propriété.

Avant d'être le juge de la propriété, le juge pénal est le juge de l'infraction³³. Il aborde chacune des notions sous l'angle de leur violation, et ne les utilise que comme des réceptacles passifs d'un comportement délictueux. S'il le fait, c'est parce que ces notions, au sein

³² Par exemple, la jurisprudence en matière de vol dans les magasins en libre-service, longtemps présentée comme un cas d'autonomie du droit pénal, peut s'expliquer simplement par le fait que le client n'est que détenteur de la marchandise en attendant son paiement. La remise est donc faite sous la condition suspensive de paiement du prix, ce qui paraît bien le moindre en considération de la particularité d'une telle vente. Dès lors, simple reproche à faire à la Chambre criminelle : il s'agit plutôt d'un abus de confiance. V. *supra*, n°s 173 et s.

³³ Comp. J.-L. GOUTAL, *op. cit.*, n° 50, p. 938 : « le juge pénal n'est jamais le juge du contrat, mais celui du délit ». Il vaudrait mieux avancer, par proximité avec la réalité, que le juge pénal est principalement celui du délit.

desquelles figure en bonne place la propriété, représentent des valeurs ou des intérêts qu'il choisit délibérément de prendre en considération. Le droit pénal est donc toujours un droit normatif, même lorsqu'il contribue à défendre une norme qu'il n'a, pourtant, pas originellement créée³⁴.

Plus encore, le droit pénal ne s'intéresse qu'à ce que constitue fondamentalement une notion, indépendamment du dynamisme ou de l'utilisation de celle-ci³⁵ ; plus exactement, comme le démontre, par exemple, sa rapide prise en compte du phénomène immatériel, il s'adapte aisément aux fluctuations que subissent les notions qu'ils mobilisent, parce qu'il est apte à les saisir, quelle que soit la forme qu'elles choisissent d'emprunter.

Il protège, ainsi, la propriété en soi et pour soi. Le droit civil, en revanche, garantit plutôt de la fraude postérieurement à la mise en œuvre de la propriété. Par conséquent, l'approche pénale permet plus aisément de révéler ce qui est propre et originel à chacune des valeurs considérées. Elle tend à l'ontologie et, par là même, flirte avec la fundamentalité.

Ce que pose le juge pénal équivaut alors, sur le plan de la théorie, à ce qu'exposent les juges constitutionnel et européen lorsqu'ils interprètent les textes supralégislatifs reconnaissant de telles valeurs au profit de quiconque.

Un consensus existe, d'ailleurs, entre ces trois visions jurisprudentielles de la propriété : les juridictions concernées s'accordent, ainsi, à reconnaître que celle-ci se caractérise avant tout par l'exclusivité³⁶. Et cette interprétation ne contredisant en rien les règles civiles en matière

³⁴ Sur ce caractère normatif, v. K. BINDING, *Normen und ihre Ubertretung*, t. I, Leipzig, 1872 (1^{ère} éd.) ; dans le sens de la permanence de ce caractère, v. J.-L. GOUTAL, *op. cit.*, n° 51, p. 938-939.

³⁵ *Contra*, D. AUGER, *op. cit.*, n° 5, p. 23 : « *Le droit de propriété intéresse le droit pénal sous sa forme dynamique uniquement, c'est-à-dire pour sa valeur économique [...]* ».

³⁶ V. Cons. const., déc. du 16 janv. 1982, préc., commentée notam. par F. ZENATI *in D.*, 1985, chron. p. 171 et s. : sur le fondement de l'article 17 de la DDHC, protection du droit de propriété, mais pas de la teneur de son objet, car le Conseil assure la pérennisation du droit de propriété en posant qu'une indemnisation est nécessaire en cas d'expropriation, mais il n'empêche pas alors que la propriété privée devienne une chose publique. Ce qui compte fondamentalement est donc le lien. Note : il n'est pas acquis que le conseil susnommé soit une juridiction (v. *infra*, n° 848) ; Cour EDH, « *Öneryildiz c. Turquie* », 30 nov. 2004 ; *RTD civ.*, 2005, p. 422 et s., obs. T. REVET : protection d'une chose très peu déterminée, la Cour considérant qu'une habitation illégalement construite sur un terrain appartenant au Trésor public, parce que les autorités ont durablement fait preuve de tolérance, est un bien. Encore une fois, c'est le droit qui est fondamental, pas l'objet ; Cass. crim., 14 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 403 : protection d'un chèque de voyage non signé par son bénéficiaire, donc sans valeur. Mais le droit de propriété a bien été violé, donc il y a sanction. – *Adde* R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », *in Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009 (15^{ème} éd.), n° 867 et s., p. 670 et s.

de propriété et, tout au contraire, contribuant même à les expliquer et à les lier³⁷, il n'existe donc pas, à proprement parler, de « propriété pénale »³⁸.

Il semble, en conséquence, plus pertinent de se contenter d'une approche pénale de la propriété qui contribue essentiellement à sa connaissance.

Pour conclure sur ce point, bien que nécessaire théoriquement, l'approche pénale de la propriété est également très concrète. C'est là une conséquence tant de la genèse de toute propriété, qui intervient toujours pour entériner une maîtrise factuelle – une possession, quelle qu'elle soit –, que de l'essence même du droit pénal, qui postule une réaction déterminée à des faits juridiques et, corrélativement, une adaptation constante à la réalité.

Voyons cette adaptation pour finir.

B. La contribution du droit pénal à l'évolution de la propriété

Le droit civil des biens est donc une matière de synthèse : « S'il forge ses propres conceptions, c'est pour les mettre au service d'autres domaines juridiques, qui l'irriguent en retour et contribuent à lui fournir sa sève »³⁹. Son dynamisme est, la plupart du temps, assuré extrinsèquement, par le biais de la détermination ou de l'application des règles posées par les autres branches du droit.

Parmi celles-ci figure traditionnellement, en première ligne, le droit patrimonial de la famille, notamment en ce que sa mise en œuvre postule la qualification de biens parfois singuliers⁴⁰. Ainsi, les valeurs générées par la force de travail ont, par exemple, souvent pu trouver une première consécration juridique en ce domaine, les revenus et leurs produits constituant, pour

³⁷ En ce sens, v. F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 315 : « Ces utilités pratiques ne sont pas essentielles à la compréhension de la propriété, même si certaines sont caractéristiques. Elles ne sont qu'une tentative d'inventaire exhaustif des avantages concrets que peut retirer une personne du fait d'avoir une chose en propre. Elles ne sont en réalité que des conséquences de fait de la propriété, que des vertus de l'exclusivité ».

³⁸ C'est pourtant ce que semble penser P. ROLAND : *op. cit.*, 1^{ère} partie, titre I, « La propriété pénale ».

³⁹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 2, p. 298.

⁴⁰ V. par ex, concernant un parc à hêtres : Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 148.

le mieux, la base de l'ensemble des richesses d'une personne et, pour le moins, le tout de son patrimoine.

Toutefois, l'absence contemporaine de sédimentation des revenus et, partant, la disparition du capital, sous l'effet de différentes causes, ont fait perdre au droit patrimonial de sa vitalité⁴¹. Dès lors, seules les matières pratiquant quotidiennement l'ordre du réel assurent, désormais, la régénération du droit civil des biens, cette dernière s'opérant donc continuellement, mais devant malgré tout certainement être consolidée par une recodification⁴².

Bien que trop souvent omis à l'heure de l'inventaire, le droit pénal fait pourtant partie de ces sources régénératrices. Cet oubli est sans doute dû, outre à la méconnaissance et à l'indifférence de certains auteurs pour un droit qu'ils ne conçoivent que sanctionnateur, à la rigueur que lui imprime le principe de légalité.

Pourtant, cette règle fondamentale ne représente, en réalité, que la garantie d'une répression encadrée, justifiée et prévisible. Elle ne s'oppose aucunement à l'évolution de l'interprétation des normes par l'application d'un principe de réalité.

Au contraire, le réalisme du droit pénal est, à la fois, une nécessité et une conséquence⁴³ ; ce droit doit sans cesse s'adapter à l'évolution des faits juridiques et des objets qu'il régit, c'est-à-dire aux transformations de ce qu'il réprime et de ce qu'il protège.

Ce primat du réel sur le concept et, finalement, de l'objet sur le droit, permet même au droit pénal d'être bien souvent un précurseur en matière d'appropriabilité. Il est, par exemple, le premier à avoir conçu l'électricité, puis l'information sous ses différentes formes, comme des objets de propriété. Dès lors, au-delà de la recherche de la cause, les effets sont de toute façon bien tangibles. Le juge pénal dégage de nouveaux biens, et reconnaît l'existence de mécanismes juridiques originaux nécessaires à les recevoir. Ainsi, la Chambre criminelle de

⁴¹ R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 2, p. 298-299. – Adde P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1966, p. 185 et s.

⁴² En ce sens, R. LIBCHABER, *op. cit.*, p. 297 et s. ; T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.*, mars 2004, n° 124, p. 21.

⁴³ Voir P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 28, p. 12-13 ; J.-L. HALPERIN, « De quelques apports de la jurisprudence pénale à l'évolution du droit civil français », in *Juges et criminels : études en hommage à R. Martinage*, Ed. Hellemmes, 2001, p. 415 : il faut considérer « le " réalisme " des magistrats habitués au contentieux pénal, plus sensibles peut-être aux situations de fait et plus soucieux de faire payer les responsables [...] ».

la Cour de cassation a, dans un arrêt du 22 septembre 2004, admis que le détournement d'un bien incorporel créé devait être sanctionné, alors même qu'aucun texte préexistant ne concédait expressément une telle propriété, et que le Code civil ne pose toujours pas la création comme un mode d'acquisition originaire de la propriété⁴⁴.

Le juge pénal a même, dans un arrêt très contesté, considéré qu'il convenait de sanctionner, pour un salarié, le temps de travail qu'il devait à son employeur, qui en était ainsi propriétaire (Cass. crim., 19 juin 2013, Bull. crim. n° 145).

Le juge de la responsabilité pénale agit donc avec autant de réactivité et d'inventivité que le juge de la responsabilité civile. Cependant, son intervention porte le sceau plus lourd à assumer de la propriété, auquel s'ajoute, au surplus, celui de la légalité stricte.

La qualification de bien et, partant, la définition de l'approprié, n'est pourtant pas l'apanage du législateur. Le juge, on vient de le constater, peut valablement dire ce qu'est un objet de propriété et, en considération du fait que la réservation d'une chose est avant tout une réalité objective et sociale, qui se constate, il semble même le plus apte à le faire, par son contact quotidien et continu avec les justiciables⁴⁵

De surcroît, cette étape est, pour le juge pénal particulièrement, une nécessité technique : pour opposer un droit de propriété à quelqu'un, encore faut-il préalablement le poser, c'est-à-dire l'établir⁴⁶. L'une des particularités du droit répressif repose, en effet, dans l'obligation d'une preuve essentiellement étatique des éléments de l'infraction, parmi lesquels figure l'existence d'une propriété, lorsque tel est l'intérêt qu'il s'agit de protéger.

⁴⁴ Bull. crim., n° 218 ; *supra*, n°s 203 et s. – Voir T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 10, p. 278 : « En dehors de l'accession par production, il n'existait aucune base susceptible de permettre l'édification d'un nouveau mode d'acquisition conforme aux caractéristiques des créations issues de l'industrie humaine. [...] Le Code civil n'a donc pu que laisser filer en dehors du droit civil une grande partie des valeurs nouvelles ».

⁴⁵ Voir C. ATIAS, *Les biens*, Litec, 2007 (9^{ème} éd.), n° 88, p. 69 : « Comme le contrat ou la famille, la propriété est une réalité ; avant d'être définie, protégée, limitée par des règles de droit découlant de dispositions légales et de décisions judiciaires, elle est déjà une composante de l'ordre social. [...] Même si les juristes tendent à l'oublier, la propriété n'est pas seulement un concept juridique ; elle le devient avant même d'être une notion législative, jurisprudentielle ou doctrinale » ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, coll. Dr. fondamental, PUF, 2008 (3^{ème} éd.), n° 10, p. 40 : « Dès lors qu'un objet apparaît utile et appropriable, qu'il entre peu ou prou dans le commerce, il devient objectivement un bien et devrait être considéré comme tel quoi qu'en dise – surtout : que n'en dise pas – la loi ».

⁴⁶ En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 167, p. 266.

Or, contrairement à d'autres domaines qui font l'objet d'une compétence d'attribution, cette dernière impliquant alors, pour celui qui n'en est pas titulaire, de surseoir à statuer lorsqu'il s'y trouve confronté, aucune juridiction n'a le monopole de l'affirmation de la propriété, du moins lorsque n'est pas en cause un « droit réel immobilier »⁴⁷.

Tout au plus affirme-t-on, en vertu d'une autre problématique, la compétence exclusive du juge judiciaire, c'est-à-dire notamment du juge pénal⁴⁸. Celui-ci est donc parfaitement apte à reconnaître la propriété où elle se situe. Au demeurant, bien que la réponse du législateur soit en général, lorsqu'il est lui-même confronté à un tel problème, prompte et adaptée, le rôle de ce dernier apparaît plus pertinemment et, peut-être, plus fondamentalement, de poser l'inappropriable et l'indisponible. N'est-ce pas là, d'ailleurs, l'un des nombreux messages incidents du laconique, mais pourtant riche, article 544 du Code civil⁴⁹ ? Quoi qu'il en soit, rien n'empêche vraiment le juge pénal de participer activement à la définition de l'assiette de la propriété et, concrètement, c'est bien ce qu'il fait et, à notre sens, il le fait bien.

Pour conclure, si les profanes, en matière de droit pénal, peuvent s'étonner de ces incursions massives dudit droit en matière de propriété, rappelons leur simplement cette phrase d'Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, deux grands auteurs qui n'étaient pas que pénalistes : la propriété est « la base essentielle de toute société, [son] lien et [sa] force ; [...] l'élément de la civilisation et de l'ordre. La loi civile [...], en la défendant, [...] défend la société elle-même »⁵⁰. Or, dès qu'il s'agit de défendre la société, le droit pénal est, de tous, le plus légitime.

⁴⁷ V. art. 384 C. proc. pén. : « *Le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement, ou que le prévenu n'excipe d'un droit réel immobilier* ». Outre qu'un tel droit ne pose généralement de problème, ni quant à son existence, ni quant à son attribution, en raison des mesures de publicité dont il fait l'objet, le droit pénal n'apparaît de toute façon pas, au principal, comme ayant vocation à le protéger : v. *supra*, n^{os} 628 et s.

⁴⁸ V. par ex. Cons. const., déc. du 25 juill. 1989, n^o 89-256 DC, cons. n^o 23 : rappel de « *l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ».

⁴⁹ « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Plus justement, dans ce texte comme dans d'autres, par exemple dans l'article 1128 du Code civil, le législateur intervient surtout pour limiter le pouvoir de disposition de certains biens, ce que la Cour européenne des droits de l'homme qualifie, plus largement, de « *réglementation de l'usage des biens* » (v. par ex. « *Chassagnou et autres c. France* », 29 avr. 1999, §§ 74 et s.). C'est logique : une propriété sans dynamisme ne pourra, en principe, pas nuire à la société.

⁵⁰ *Théorie du Code pénal*, t. VI, Ed. E. Legrand, 1840, p. 543.