

La réception juridique diffuse des communs, au-delà du public et du privé

Marie-Sophie de Clippele
Chargée de recherches F.R.S.-FNRS
Professeure invitée USL-B

1. La montée en force des études relatives aux notions de biens communs¹ ou de communs² et les nombreuses initiatives sur le terrain démontrent l'intérêt grandissant du politique, mais aussi du droit, pour penser le commun. Sans pour autant sombrer dans le collectivisme, les communs offrent une troisième voie, entre le public et le privé. En effet, ceux-ci jaillissent de mouvements sociaux divers, que ceux-ci soient d'ordre contestataire – en se mobilisant par exemple contre l'aménagement d'une friche naturelle³ ou en occupant un théâtre en voie d'être privatisé⁴ – ou d'ordre convivial – comme l'établissement de potagers collectifs ou celui du *cohousing*⁵. Cette variété de dynamiques sociales a suscité l'intérêt de nombreux champs disciplinaires pour en étudier les méandres tant sur le plan sociologique, historique, politique, économique, anthropologique, écologique ou philosophique, mais aussi juridique. Aussi, les communs, en ce qu'ils s'insèrent entre le public et le privé, tout en dépassant la dichotomie, défient les fondamentaux du droit, ou à tout le moins des concepts juridiques modernes, dont celui cardinal de la propriété.

2. Avant d'analyser si et de quelle manière les communs pénètrent le droit positif (Section 3), il est indispensable de tenter de clarifier du mieux possible la « nébuleuse »⁶ que constitue la notion de communs (Section 1) afin d'en dégager des traits opérants pour une réflexion juridique (Section 2).

Section 1. La polysémie des communs

3. Les communs restent dans les limbes du droit, pâtissant d'une absence de définition juridique. L'absence de définition tient en partie à la difficulté de saisir la notion, celle-ci étant éminemment plurielle, reprise par des termes variables, des biens communs aux communs, en passant par les choses communes, les patrimoines communs, le commun ou les *commons*, voire le *commoning*. Les communs portent tant sur des choses matérielles (ressources naturelles,

1 Voy. notamment M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, Quadriga, Paris, Presses universitaires de France, 2017.

2 E. OSTROM, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge university press, 1990 ; U. MATTEI, « The Commons Movement in Italy », *South Atlantic Quarterly*, 2013 ; P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun: essai sur la révolution au XXIe siècle*, Paris, Découverte, 2014 ; S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons », *Revue Juridique de l'environnement*, 2016, n° 2, pp. 306-343.

3 <https://commonsjosaphat.wordpress.com/commons-josaphat/>, consulté le 13 septembre 2021. Voy. aussi plus généralement le terme de « Zone à Défendre » ou « ZAD », comme celle de Notre-Dame-des-Landes en France s'opposant à l'aménagement d'un aéroport du Grand Ouest, finalement abandonné ; P. DE CLERCK, « Habiter avant la règle : quelques nouvelles d'une mise en chantier de l'institution à Notre-Dame-des-Landes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 267-295.

4 Le Teatro Valle à Rome, <https://www.rfi.fr/europe/20110902-theatre-romain-transforme-lieu-resistance-culturelle>, consulté le 13 septembre 2021.

5 S. GUTWIRTH, « Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 83-107. Voy. aussi la mise en place d'un Community Land Trust à Bruxelles, N. BERNARD, « Le community land trust comme nouveau paradigme de l'habitat acquisitif (ou les communs appliqués à la propriété du logement) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 243-266.

6 D. MISONNE, M.-S. de CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, p. 59.

culturelles, etc.) qu'immatérielles (connaissances, etc.), variant dans le temps et dans l'espace ainsi qu'entre les champs disciplinaires.

4. Cette pléthore de sens a donné naissance à une pluralité d'approches et de théories de ce que constituent les communs, se basant tantôt sur des arguments naturalistes (§ 1) tantôt fonctionnels (§ 2), voire sur des éléments d'ordre institutionnel (§ 3), ou encore d'ordre politique (§ 4)⁷.

§ 1. Les communs par nature et les choses communes

5. La première approche consiste à définir les communs comme les ressources étant *par nature* communes en raison de leurs caractéristiques physiques comme l'eau, l'air ou la mer : elles ne sont matériellement pas susceptibles d'appropriation, voire inutiles à approprier vu leur prétendue abondance. Cette vision naturaliste trouve un écho dans la notion de bien public en économie, caractérisé par un usage non-rival – l'usage de l'un n'empiète pas sur l'usage de l'autre – et un usage non-excluable – l'usage de l'un ne diminue pas celui de l'autre.

6. En droit, la notion de 'choses communes' serait à comprendre, selon certains, comme les choses étant par nature communes, reprenant ainsi cette vision naturaliste. Contenue jusqu'il y a peu à l'article 714 de l'ancien Code civil, les choses communes se trouvent désormais à l'article 3.43 du nouveau Code civil :

« Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité. Elles n'appartiennent à personne et sont utilisées dans l'intérêt général, y compris celui des générations futures. Leur usage est commun à tous et est réglé par des lois particulières. »

7. Toutefois, la démarche descriptive visant à considérer les choses communes en raison de leur nature – il suffit de constater l'inappropriabilité de fait d'une chose – se heurte à la difficulté de tenir compte des évolutions des possibilités techniques d'appropriation dans les faits. Ainsi, ce qui ne pouvait faire l'objet d'appropriation auparavant faute de moyens techniques (fonds des mers, ...), peut l'être à mesure des évolutions scientifiques et techniques. Cette limite inhérente à une démarche descriptive et partant naturaliste des choses communes amène certains auteurs à considérer que « l'inappropriabilité des choses communes, loin de découler de leur nature physique, est toujours, d'une manière ou d'une autre, organisée par le droit », et suit dès lors bien plus une approche normative que descriptive⁸.

8. L'article 3.43 du nouveau Code civil s'inscrirait d'ailleurs plus résolument dans une approche normative en ce qu'il couple l'interdiction d'appropriation à l'intérêt général. Par cet ajout de l'utilisation dans l'intérêt général, le législateur prescrit un comportement de manière active, qui implique aussi logiquement que ces choses ne peuvent être utilisées à des fins privées. Cette obligation d'utiliser les choses communes dans l'intérêt général pourrait mettre un frein supplémentaire à ce que des choses communes, prises singulièrement, fassent l'objet d'une appropriation à des fins privées. Même si une telle interprétation ne peut être tirée directement de l'article en question, il nous semble qu'il y a là un potentiel intéressant.

7 Ces quatre approches sont présentées dans J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, avril 2021, p. 520, disponible sur <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/> (Consulté le 13 septembre 2021), pp. 44-50.

8 M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé, n° t. 464, Paris, L.G.D.J., 2006., 4^e de couverture.

9. En d'autres mots, l'approche naturaliste des communs révèle ses limites, dans la mesure où, d'une part, la description n'est pas nécessairement aisée (le lit de la rivière est-il autant chose commune que l'eau qui y coule ?⁹) et, d'autre part, le critère de l'inappropriabilité de fait risque de réduire les communs, à meures d'occupations techniquement possibles, à une coquille vide.

§ 2. Les biens communs utiles à l'exercice des droits fondamentaux

10. À l'inverse d'une approche naturaliste, la théorie fonctionnelle des communs met l'accent sur la « fonction des biens au service des personnes »¹⁰. L'approche fonctionnelle repose sur la notion de ressource et reprend ainsi le terme de *biens* communs (un peu comme les *choses* communes), plutôt que de communs, quant à lui plus large, visant tant la ressource que l'agir en commun, nous y reviendrons¹¹.

11. Cette approche a été suivie notamment par la Commission Rodotà qui proposa en 2007 d'inclure dans le Code civil italien la notion juridique de *beni comuni*, à côté de la propriété privée et de la propriété publique, définie comme « les choses qui sont utiles à l'exercice des droits fondamentaux et au libre développement des humains », et qui doivent être protégés pour les générations futures¹². Peu importe à qui appartiennent ces biens communs, propriété publique ou privée, tant que leur jouissance collective soit garantie par la loi pour les générations présentes et futures.

12. Élaborés en réaction aux processus grandissants de privatisation des biens et services publics et ce, à partir d'une réflexion sur la fonction sociale de la propriété et sur les droits fondamentaux, les biens communs sont réputés hors commerce s'ils appartiennent à une autorité publique, et leur concession n'est que temporaire. Toute personne a par ailleurs le droit d'agir en justice pour la sauvegarde des biens communs, inscrivant les *beni comuni* dans une approche par les droits fondamentaux. Si les travaux de la Commission Rodotà n'ont pas eu

⁹ Souvent, le lit de la rivière est considéré domaine public (communal), et non chose commune, contrairement à l'eau qui y coule.

¹⁰ J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 48.

¹¹ Les éditrices du *Dictionnaire des biens communs* précisent également cette distinction : « le terme de bien commun est, à l'évidence, évocateur des éléments susceptibles d'un commun (l'eau, la mer, le patrimoine, l'environnement, etc.), mais il est aussi réducteur. Davantage concentré sur la ressource, il laisse quelque peu dans l'ombre la dimension profondément sociale des communs ainsi que la dynamique de leur mode de fonctionnement », M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p.VII.

¹² Proposition de la Commission Rodotà, article 1, paragraphe 3, c : « *Introduction of the category of "common goods", that is things that are functional to the exercise of fundamental rights and to a free development of human beings. Common goods should also be protected by the legal system to the benefit of future generations. Holders of common goods can be either public or private legal persons. In any case they should guarantee the collective fruition of common goods in the ways and within the limits established by the law. If the holders are public legal persons, common goods are managed by public bodies and are located out of trade and markets; their concession/grant is allowed only in the cases provided by the law and for a limited time, with no possibility of extension. Examples of common goods are, among the others: rivers, streams, spring waters, lakes and other waters; the air; national parks as defined by the law; forests and wooded areas; mountain areas at a high altitude, glaciers and perpetual snows; seashores and coasts established as natural reserves; protected wildlife; archeological, cultural and environmental goods. The law concerning common goods should be in accordance with the existing customary law. Everyone is entitled to the jurisdictional protection of rights concerning the safeguarding and the fruition of common goods. [...]* », <http://iuccommonsproject.wikispaces.com/file/view/Rodota+Commission+Bill+EN.pdf> . Pour une analyse approfondie, voy. D. MONE, « Commission Rodotà », M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 196-199.

d'écho immédiat en droit positif – le gouvernement suivant n'ayant pas adopté ses propositions –, ils se prolongent néanmoins dans des travaux doctrinaux¹³ et dans les prétoires. Ainsi, en 2011, la Cour de cassation italienne rend trois arrêts dans une affaire concernant la vallée des pêches de la lagune à Venise, dans lesquels elle reprend la notion de commun, entendue comme tout bien qui, « indépendamment de la titularité, est, en raison de ses caractéristiques intrinsèques, et particulièrement environnementales et paysagères, destiné à la réalisation de l'État social (...) [ainsi qu']est lié, de manière instrumentale, à la réalisation des intérêts de tous les citoyens »¹⁴. Ce faisant, la juridiction suprême s'inscrit résolument dans une approche fonctionnelle, notamment sociale, des communs sur laquelle nous reviendrons en raison de sa timide résonance en droit positif belge.

§ 3. Les communs sous gouvernance participative

13. Une troisième approche, et assurément une des plus connues, consiste à appréhender les communs à partir de leur organisation et institutionnalisation. Cette théorie institutionnelle fut élaborée par Elinor Ostrom en réponse à la fameuse « Tragédie des Communs » de Gareth Hardin¹⁵. Selon la lauréate du prix Nobel d'économie de 2009, « le commun suppose une ressource collective, mise en commun, qui obéit à des règles d'accès et qui est gérée selon certaines modèles de gouvernance »¹⁶.

14. Nous avons pu l'écrire avec François Ost et Delphine Misonne¹⁷, Elinor Ostrom s'est en effet intéressée à ce qu'elle appelle des « pool communs de ressources » (PCR), c'est-à-dire des ressources naturelles utilisées en commun par plusieurs individus, leur nombre variant entre 50 et 15.000. Plusieurs expériences ont été documentées : la gestion en commun de la pêche littorale en Turquie, le système d'irrigation géré par des agriculteurs, les forêts communales, les territoires de chasse et de pâturage, etc. Les PCR portent davantage sur des ressources matérielles rares ou en voie de raréfaction que sur des ressources sujettes à l'abondance. Dans ces conditions, les utilisateurs peuvent se nuire gravement les uns aux autres car, tels des biens « rivaux », la consommation par un individu d'une partie de ces biens prive les autres de la jouissance des mêmes biens et l'exclusion d'utilisateurs potentiels est difficile¹⁸. Ainsi, les PCR partagent à la fois certaines caractéristiques des biens privés et des biens publics.

13 Voy. notamment : A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, 2015, paru dans *Costituzionalismo.it* ; A. LUCARELLI, *Costituzione e beni comuni: con il testo integrale della Costituzione della Repubblica italiana (testo della Costituzione vigente con la specificazione delle riforme)*, Pomigliano d'Arco (NA) [i.e. Naples, Italy], Diogene, 2013 ; F. CAPRA F. et U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berrett-Koehler Publishers, 2015 ; Ugo MATTEI, *The Commons Movement in Italy*, in: *South Atl. Q.* 2013 ; U. MATTEI et S. BAILEY, « Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013.

14 Cour de cassation italienne, chambres réunies, 14 février 2011, n° 3665 ; *Giustizia Civile*, 2011, n° 2 ; 16 février 2011, n° 3811 ; 18 février 2011, n° 3938, commenté notamment dans J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 49.

15 G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science*, décembre 1968, vol. 162, n° 3859, pp. 1243-1248.

16 E. OSTROM, *Governing the commons*, op. cit.

17 Voy. pour les quatre paragraphes ci-dessous F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WINIGER et al. (dirs.), *La propriété et ses limites/Das Eigentum und seine Grenzen: Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 26 septembre 2015, Université de Genève/Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 26. September 2015, Universität Genf = Das Eigentum und seine Grenzen*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 131-172.

18 F. ORSI, op. cit., p. 381.

15. L'analyse d'Ostrom par rapport à la propriété sera étayée dans la section suivante, mais notons déjà que le champ d'application des communs ostromiens est plus restreint que l'acception que nous en retiendrons lors de l'examen de la réception juridique des communs.

§ 4. Le commun comme principe politique

16. Les communs peuvent également être entendus au singulier, comme « le » commun en tant que « principe politique ». Dans l'ouvrage engagé de Pierre Dardot et Christian Laval « Commun : essai sur la révolution au XXI^e siècle », le commun est perçu comme une praxis instituant, un lieu ou un espace institutionnel doté de règles pratiques élaborées de manière collective¹⁹. Il s'agit de définir le commun comme le lien entre une chose, une ressource, un lieu et l'activité du collectif qui en prend soin, l'accent étant mis sur l'activité, sur le projet du faire ensemble, le *commoning*²⁰ et non sur la propriété ou l'appartenance. La démarche se veut plus radicale, davantage révolutionnaire que réformiste, invitant à repenser la figure de l'inappropriable.

17. Au terme de ce bref aperçu de la variété des appréhensions des communs, il résulte que même si ceux-ci restent « une nébuleuse », une ligne claire ressort, fédérant les théories autour de :

« l'entrelacement de trois constantes :

- Tout d'abord, un souci de l'accès et, par extension, du partage de l'usage ;
- Ensuite, l'existence d'une communauté, que l'on qualifiera d'instituante²¹ ;
- Enfin, la revendication d'un projet – souvent dans le sens d'un « faire mieux » – et de la possibilité de sa réalisation. »²².

18. Ce faisant, le concept des communs entre dans le registre du *faire* et non de l'avoir, perturbant le concept cardinal en droit moderne que constitue la propriété.

Section 2. Le commun et le propre, une articulation complexe

19. L'apparition des communs, dans leur polysémie, invite à repenser la notion de propriété, qui se libérerait quelque peu de son acception de droit individuel, exclusif et absolu. Les réflexions autour de la propriété sont innombrables, nous obligeant à nous limiter à l'analyse concise de la relecture ostromienne de la propriété (§ 1), ainsi qu'à l'élaboration de quatre modèles articulant propriété et communs (§ 2).

§ 1. Le « bundle of rights » ostromien

20. Dans ses éminents travaux, Elinor Ostrom ouvre la « boîte noire » de la propriété, autorisant une vivifiante relecture en termes de « droits » (ou attributs), de « niveaux », de « détenteurs » de chacun de ces droits et de « régimes-types ». Comme le souligne à juste titre

19 P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun, op. cit.*

20 S. HELFRICH et D. BOLLIER, « *Commoning* », M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éds.), *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 204-211.

21 P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun, op. cit.*

22 D. MISONNE, M.-S. de CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 60-61.

Benjamin Coriat²³, la contribution essentielle d'Elinor Ostrom est ici d'avoir travaillé à montrer qu'entre le « droit exclusif » attaché à la propriété privée et le « bien public » ouvert à tous, il existe une très grande variété de situations dans lesquelles des « *bundles of rights* » (concept déjà connu depuis longtemps en droit anglo-saxon) sont distribués entre différents partenaires associés dans le partage du bénéfice d'une ressource donnée. Ce faisant, elle propose de décomposer un régime de communs selon cinq attributs :

- l'accès (à la ressource),
- le prélèvement (soit la possibilité de se servir, d'utiliser),
- la gestion,
- l'exclusion et
- l'aliénation.

Ces attributs sont indépendants, quoique souvent cumulés, et relèvent de deux niveaux différenciés, hiérarchiquement organisés. Le premier niveau est inférieur, « opérationnel », et reprend les droits à l'accès et au prélèvement. Le niveau supérieur, dit de choix collectif, rassemble les règles qui seront appliquées au niveau opérationnel. On y trouve :

- les droits de gestion, qui visent à fixer les conditions du prélèvement, à réguler l'utilisation de la ressource et à permettre les changements nécessaires à son amélioration ;
- les droits d'exclusion qui déterminent qui va bénéficier du droit d'accès et comment ce droit d'accès peut être transféré ; et
- les droits d'aliénation consistant à vendre ou à céder entièrement l'un ou les deux droits d'exclure et de gestion.

Ces cinq types de droits sont susceptibles d'être détenus par quatre catégories de détenteurs dont le pouvoir varie en fonction de régimes-types :

- le propriétaire (*owner*) détient les cinq droits ;
- le propriétaire sans droit d'aliénation (*proprietor*) dispose de tout, sauf du droit d'aliéner ;
- le détenteur de droits d'usage et de gestion (*claimant*) dispose, quant à lui, des trois premiers droits, soit de la gestion, de l'accès et du prélèvement ;
- et enfin, l'utilisateur autorisé (*authorized user*) ne dispose que des deux premiers attributs de la propriété qui, rappelons-le, ne relèvent pas du même niveau hiérarchique que les trois autres²⁴.

21. Pour Ostrom, en matière de propriété commune « un groupe d'individus est considéré comme partageant des droits de propriété commune lorsque ces individus ont au moins formé des droits collectifs de gestion et d'exclusion en relation avec un système de ressources défini et des unités de ressources produites par ce système »²⁵. Très souvent, il s'agit de *communal proprietorship*, parfois de *communal ownership*, traduisant une théorie relationnelle de la propriété²⁶. La théorie d'Ostrom distinguant deux niveaux de droits relève d'une perspective institutionnaliste productrice de règles, nous rappelant quelque peu les normes primaires et secondaires de Herbert Hart, le choix collectif détermine les règles d'exercice des droits (accès

23 B. CORIAT, « Le retour des communs », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, décembre 2013, n° 14., p. 32.

24 Il en résulte que les participants aux communs détiennent des droits inégaux, comme le souligne Benjamin CORIAT, *op. cit.*, p. 34.

25 E. OSTROM, *op. cit.*, p. 342.

26 J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *op. cit.*, p. 47.

et prélèvement) au niveau institutionnel. Le parallèle avec la distinction *usus* et *fructus* d'une part et *abusus* d'autre part est également assez frappant, même s'il s'agit surtout ici de désarticuler ces dimensions pour en réinventer les configurations. La question de l'exclusion est aussi assez frappante et montre qu'Ostrom s'intéresse à des communs autour desquels se fédère une « communauté positive »²⁷, c'est-à-dire dont les membres sont connus et est fermée à l'accès d'autres.

§ 2. Quatre modèles articulant propriété et communs

22. Dans un article rédigé avec François Ost et Delphine Misonne sur la propriété et les biens communs, déjà évoqué plus haut, nous avons dégagé quatre modèles différents relatifs à la propriété ou à son absence, qui se croisent, s'opposent ou se complètent, voire s'hybrident ou s'articulent de mille façons et permettent d'accueillir d'une manière plus ou moins affirmée la notion de commun²⁸.

23. Le premier modèle, celui de l'« appropriation », renvoie au dogme de la propriété dans la pensée juridique moderne caractérisé par un droit individuel, exclusif et absolu tel qu'il a été repris à l'article 544 de l'ancien Code civil²⁹. Force est de constater que ce modèle servira, en tant que paradigme au sens de Thomas Kuhn³⁰, pendant deux siècles de modèle de pensée à la doctrine française et belge, avec les avantages de la cohérence et de l'économie de pensée, mais aussi un effet d'inertie et même de résistance à l'égard des « anomalies » que le terrain n'allait pas tarder de révéler³¹. Comme le note Mikhaïl Xifaras, « bien que la doctrine reconnaisse que le droit des biens est en crise, (...) la critique de la propriété n'est jamais parvenue à remettre en cause sa définition dogmatique »³². S'imposant comme le paradigme de tout type d'appropriation, son modèle le plus achevé est celui qu'on a décidé de nommer « appropriation ». Ainsi, la propriété-appropriation est l'institution qui finit par gouverner l'ensemble du droit des biens. Toutefois, la nouvelle définition de la propriété à l'article 3.50 du nouveau Code civil fait apparaître un certain infléchissement du dogme (voy. Section 3, § 2).

24. Dans le sillage de ce modèle dominant de l'appropriation, se dégage celui qui met en avant la spécificité des biens en mains des autorités publiques, voire en particulier ceux affectés au domaine public. Ainsi, la « publiropriation » reprend non seulement le principe général du droit selon lequel les autorités publiques doivent utiliser leurs biens (domaine public ou privé) dans l'intérêt général³³, mais met aussi l'accent sur le régime d'indisponibilité propre à la domanialité publique, plaçant hors champ de commercialisation les choses qui en font partie, leur infusant un esprit de communs (voy. Section 3, § 3).

²⁷ M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

²⁸ F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », *op. cit.*,

²⁹ *Ibid.*, p. 137-141 dans lequel nous présentons neuf traits structurants de ce modèle d'appropriation.

³⁰ Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

³¹ J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? : ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue Trimestrielle de droit civil*, s.d., vol. 2014, n° 12, pp. 763-794.

³² M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004., p. 8 et p. 12.

³³ G. DE PIERPONT et D. DE JONGHE, « L'influence des principes généraux du droit sur les contrats », in P.-O. DE BROUX *et al.* (éds.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 77-122.

25. A côté de ces deux modèles dont la traduction est forte en droit positif, deux autres peuvent être élaborés, dessinant les contours des communs, ou en tout cas d'une certaine acception des communs.

26. Premièrement, le modèle de la « transpropriation », terme forgé par François Ost dès 1995, vise une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires »³⁴, pas si éloignée des faisceaux de droits anglo-saxons. Jeté comme un nimbe abstrait sur les biens les plus variés, la transpropriation « impose une logique complexe qui prend en compte les usages multiples que permettent les espaces et les ressources, et met en place des réseaux de droits d'accès, d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété autant que de la souveraineté »³⁵. Le régime s'applique de préférence aux ressources matérielles, dont l'usage est rival car facteur d'épuisement et dont la quantité autant que la qualité sont aujourd'hui devenues problématiques.

Il en résulte qu'à l'égard de ces biens transpropriés (sans pour autant être expropriés), le propriétaire sera désormais tenu d'agir comme un dépositaire responsable, comptable de son usage et sa gestion à l'égard de la collectivité³⁶. En d'autres mots, la transpropriation n'abolit pas la propriété privée, pas plus que la domanialité publique, mais entend les finaliser ou les transcender, en leur imposant des charges et des démembrements au profit de la collectivité (voy. Section 3, § 4). Une collectivité que l'on pourrait qualifier, à la suite de Judith Rochfeld, de « communauté diffuse » d'ayants droits, pas nécessairement identifiés, mais pouvant prétendre à un usage (souvent aussi un accès) légitime de la ressource³⁷.

27. Deuxièmement, le modèle de la « dépropriation » est à certains égards plus radical, s'appliquant, quant à lui, surtout aux ressources informationnelles³⁸. Ces ressources sont désormais en voie d'illimitation³⁹, par où se redécouvre la figure classique des choses communes de l'ancien article 714 du Code civil (actuellement repris à l'article 3.43 du nouveau Code civil), dont il était dit qu'« elles n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous » (voy. Section 3, § 1). Contrairement à la figure précédente qui conservait encore partiellement une dimension d'exclusion (chaque fois que la communauté n'est pas universelle), ici, c'est la logique d'inclusion qui prévaut absolument. Aussi bien la communauté visée est-elle cette fois « négative », au sens où personne n'en est exclu. A la différence aussi des communautés « positives », qui instituent une propriété collective⁴⁰, dans le cas de la « dépropriation » c'est de l'idée même de propriété qu'on entend s'affranchir – il est significatif, à cet égard, que l'ancien article 714, tout comme le nouvel article 3.43, ne parle

34 F. OST, *La nature hors la loi: l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 1995.

35 *Ibid.*, p. 323.

36 La préservation de la plupart des ressources relevant du patrimoine mondial de l'humanité est, aujourd'hui encore, sous la juridiction des États qui les gèrent au bénéfice de la communauté internationale en vertu de la théorie du « dédoublement fonctionnel » (où l'on retrouve la dualité typique de la transpropriation) ; cf. A. KISS, *Le droit international de l'environnement, un aspect du droit international de l'avenir*, in : *L'avenir du droit international de l'environnement*, Académie de droit international, Dordrecht, 1985, 483 : « La situation d'un Etat par rapport à un élément donné de l'environnement devra être celle d'un *trustee*, d'un dépositaire qui doit gérer, c'est-à-dire sauvegarder et faire fructifier en bonne foi l'objet du *trust* ».

37 J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété: la propriété s'oppose-t-elle aux «communs»? », (2015) t. XXVIII-3 *Revue Internationale de Droit Économique*, p. 365.

38 Ch. HESS et E. OSTROM, *Understanding knowledge as a commons*, MIT Press, 2007.

39 Rappelons ici la nuance qui distingue les ressources illimitées et le support de ces ressources (stockage, câblage, etc.), quant à lui soumis aux limites de la technologie actuelle.

40 J. ROCHFELD, *Penser autrement la propriété*, op. cit., p. 357 et 361.

pas de « biens » (appropriables et susceptibles d'un « prix »), mais de « choses » (communes, susceptibles de « valeur »)⁴¹.

28. En somme, les différents régimes faisant apparaître des biens communs se développent comme une troisième voie entre des logiques privatistes et publicistes qui ne disparaissent pas pour autant. En réalité, plutôt que de parler de troisième voie, qui suggère encore une configuration statique entre deux positions traditionnelles qui resteraient inchangées, il faut plutôt concevoir ces communs, comme un « méta-régime » qui a pour effet de se superposer à la propriété privée et au domaine public pour en infléchir les règles et en enchevêtrer les solutions. Loin d'opérer dans un vide réglementaire, et sans recours aux instruments du droit privé, les figures de la transpropriation comme celles de la dépropriation ne cessent d'articuler propre et commun.

Section 3. La réception juridique des communs

29. Nous l'avions annoncé, il n'existe pas de définition, à tout le moins en droit belge, des communs. Pour autant, des traces de communs se trouvent dans certaines figures juridiques existantes, à condition que l'on puisse reconnaître ce que les auteurs d'un rapport français d'avril 2021 qualifient de degré de « communalité » des choses⁴². Dirigé par Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin, le rapport s'intéresse en effet à déceler une « échelle de communalité » en droit, au départ de deux critères :

- un intérêt commun : cet intérêt commun renverrait « soit à l'usage commun d'une ressource ; soit à un impératif de conservation [...], soit à une volonté de s'organiser pour participer au gouvernement d'une chose, le tout au bénéfice d'une communauté large (nationale, régionale ou mondiale ; présente, future, transgénérationnelle) ou plus restreinte (de malades, d'habitants, de personnes intéressées et organisées, etc.) », sachant que cet intérêt commun, propre à une collectivité⁴³, se distingue de l'intérêt général et de l'addition d'intérêts individuels⁴⁴ ;
- inclusivité : il convient de mesurer le degré « d'inclusion d'autrui dans les usages d'une chose [...] sans possibilité d'exclure l'une d'elles », renvoyant ainsi à une « palette de positions, de degrés, dans un continuum allant de l'exclusivité à l'inclusivité » : plus le pouvoir d'exclure est limité, plus le degré d'inclusivité et partant la communalité de la chose augmente⁴⁵.

A ces critères de communalité se couplent⁴⁶ :

41 Ces deux termes sont dorénavant définis aux articles 3.38 et 3.41 du nouveau Code civil, avalisant la distinction doctrinale : « Les choses, naturelles ou artificielles, corporelles ou incorporelles, se distinguent des animaux. Les choses et les animaux se distinguent des personnes. » ; « Les biens, au sens le plus large, sont toutes les choses susceptibles d'appropriation, y compris les droits patrimoniaux. ».

42 J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit.

43 Les auteurs renvoient à la définition proposée par le professeur belge en droit des biens, Jacques Hansenne qui déjà en 1969 proposait d'entendre l'intérêt comme « l'intérêt propre d'une collectivité, considérée non comme une entité juridique effective, du moins comme une réalité sociologique distincte de la simple somme des intérêts individuels », J. HANSENNE, *La servitude collective, modalité du service foncier ou concept original ?*, Faculté de droit de Liège, Martinus Nijhof, La Haye, 1969, p. 515

44 J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 77.

45 *Ibid.*, p. 78.

46 *Ibid.*, p. 79-83.

- l'identification d'instances de communalité : c'est-à-dire des lieux où se manifestent la communalité, reprenant différentes catégories de « bénéficiaires du partage des utilités » en trois groupes :
 - la « communauté attributaire ou d'usage » (personnes ayant accès à la chose ou pour qui elle est conservée),
 - la « communauté délibérative » (personnes qui sont informées et participent à la gouvernance de la chose)
 - et la « communauté de contrôle » (personnes qui veillent au respect de la chose, notamment par l'action en justice)
- et la multiplicité de techniques juridiques pour « articuler au mieux le droit du propriétaire (quand il existe) avec l'intérêt commun, et les droits, prérogatives ou intérêts qui en découlent »⁴⁷, notamment des techniques volontaires ou contraintes par le législateur pour attribuer des droits et des intérêts sur une chose, pour considérer la pluralité d'acteurs dans la prise de décisions, ou pour réfléchir à la gouvernance de la chose.

30. L'image de l'échelle de communalité traduirait non une logique hiérarchique sur le mode binaire mais un « agencement complexe » de la communalité, ou de la présence des communs en droit, ce qui rejoint quelque peu le modèle de la transpropriation, tout aussi sensible à refléter les degrés de modulations et d'applications différenciées.

31. Certaines figures juridiques existantes peuvent ainsi témoigner de la prégnance – nuancée et graduée – des communs, ou des choses dotées de communalité, dépassant l'opposition manichéenne public-privé. En d'autres termes, la soi-disante absence de communs en droit positif ne relèverait pas nécessairement d'une inexistence des communs mais plutôt d'un problème de langage ou de grammaire juridique, « en ce sens que nos manières de lire le droit n'expriment que partiellement les préoccupations collectives que le droit organise effectivement »⁴⁸.

32. Cartographier les différentes apparitions des communs en droit dépasse largement l'objet de cette contribution, même si un tel exercice mériterait d'être réalisé, notamment en écho au rapport français sur l'échelle de communalité. Plutôt que d'inventorier des figures spécifiques, notamment en matière de logement⁴⁹, de patrimoine culturel⁵⁰ ou encore dans le champ des biens numériques⁵¹, nous esquissons quelques figures juridiques plus structurelles.

33. L'avantage d'analyser des figures structurelles au prisme des communs consiste à montrer des points de rencontre et de dépassement dans le clivage public-privé, tout en étant doté d'une certaine actualité, vu l'entrée en vigueur récente du livre 3 « Les biens » du nouveau

47 *Ibid.*, p. 82.

48 *Ibid.*, p. 124.

49 N. BERNARD, « Le community land trust comme nouveau paradigme de l'habitat acquisitif (ou les communs appliqués à la propriété du logement) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 243-266.

50 F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WINIGER *et al.* (dirs.), *La propriété et ses limites/Das Eigentum und seine Grenzen: Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 26 septembre 2015, Université de Genève/Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 26. September 2015, Universität Genf = Das Eigentum und seine Grenzen*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° [N.F.], 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 131-172.

51 A. STROWEL, « Omnia sunt Communia : des opera au Big Data », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 177-209.

Code civil, le 1^{er} septembre 2021. Ce nouveau droit des biens⁵² serait d'ailleurs, pour les professeurs Sagaert et Lecocq, également rédacteurs de l'avant-projet de réforme, empreint d'une logique de durabilité, ouvrant çà et là des brèches de communs dans le Code⁵³, malgré l'absence d'insertion en tant que telle de cette notion. Ainsi, les choses communes constituent l'exemple le plus abouti en droit positif des communs (§ 1). En outre, la modification – légère – de la définition du droit de propriété, ainsi que l'insertion d'un droit de passage, d'un droit de « flâner sur un terrain vague »⁵⁴, voire d'un « betredingsrecht » en référence au *right to roam* écossais ou suédois⁵⁵, au nouvel article 3.67, § 3 témoignent également de ce nouveau souci d'accepter, certes de manière prudente, des formes de partage et d'inclusion en droit des biens (§ 2). Il en va de même des figures de domaine public (§ 3) et de patrimoine (§ 4), liées à la notion d'affectation. Loin de prétendre à l'exhaustivité concernant l'analyse de ces figures juridiques⁵⁶, nous voulons avant tout faire ressortir les potentiels féconds, mais aussi les « coups manqués » par rapport à l'objectif annoncé d'intégrer une forme de durabilité, et partant de communs, dans le nouveau Code civil.

§ 1. Les choses communes et l'intérêt des générations futures

34. Les choses communes illustrent sans conteste le concept des communs, en ce sens qu'elles se détachent de toute propriété et se caractérisent par un usage *commun à tous*. Le nouvel article 3.43 ajoute au traditionnel usage commun à tous, l'utilisation dans l'intérêt général, en ce compris celui des générations futures (ce qui n'était au demeurant pas prévu dans le projet de réforme déposé⁵⁷), témoignant d'une « certaine audace »⁵⁸ du législateur. Celui-ci justifie cet amendement en mettant l'accent sur le climat et l'écologie, étendant ainsi les choses communes aux semences et aux connaissances (bien immatériel) des sols :

« L'évolution actuelle de la société est telle que l'on prête toujours plus attention aux biens communs ou collectifs. Le changement climatique et une prise de conscience écologique et sociale croissante au sein de la population poussent de plus en plus de citoyens à gérer en commun des biens tels que les semences, les connaissances ou l'utilisation des sols, en prenant en compte les intérêts des générations futures.

Par conséquent, il s'indiquerait, dans le cadre du droit des biens également, de préciser que les choses communes sont utilisées en prêtant attention à l'intérêt des générations futures. »⁵⁹.

52 Pour une analyse intéressante, voy. V. SAGAERT et S. DEMEYERE, « Le droit des biens et le droit de l'environnement: vers une réconciliation? », *Journal des tribunaux*, avril 2019, vol. 6770, n° 16, pp. 313-323.

53 Vincent. SAGAERT et P. LECOCQ, « Het nieuwe goederenrecht: totstandkoming, krachtlijnen en overgangsrecht », in V. SAGAERT *et al.* (éds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, pp. 1-27., p. 21.

54 N. BERNARD, « Le droit de propriété », in N. BERNARD *et al.* (éds.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 139.

55 J. VAN DE VOORDE, *Burenrecht*, Bruxelles, die Keure, 2021, p. 272-284.

56 De très nombreux ouvrages sont parus à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau droit des biens, dont nous ne citons que quelques-uns ci-dessous : V. SAGAERT *et al.* (éds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Property Law Series, Mortsel, Intersentia, 2021. ; N. BERNARD *et al.* (éds.), *Le nouveau droit des biens*, *op. cit.* ; V. DEFRAITEUR *et al.*, *Le droit des biens réformé*, UB3, n° 87, Bruxelles, Larcier, 2021.

57 Voy. l'article 3.57 du projet : « Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité; elles n'appartiennent à personne et leur usage, commun à tous, est réglé par des lois particulières. », Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n° 3348/001, p. 370.

58 N. BERNARD et V. DEFRAITEUR, « La réforme 2020 du droit des biens. La modernisation dans la continuité (1re partie) », *Journal des tribunaux*, 05 2020, vol. 20, n° 6816, p. 417.

59 Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2019-2020, n° 0173/002, p. 5.

35. Ce faisant, le législateur fait preuve d'une ouverture à des nouvelles formes de choses communes, tout en restant en retrait face à une consécration plus marquée des communs dans le nouveau Code civil⁶⁰. Il est à cet égard regrettable que le législateur n'ait pas souhaité creuser cette question davantage lors de la réforme, se limitant à faire entrer, par la petite porte, les communs avec des retouches intéressantes, mais néanmoins timides. L'introduction du modèle de la transpropriation, couplé à celui de la dépropriation, aurait permis d'infuser une logique de communs, et partant de partage et de transmission, bien au-delà du concept de chose commune dans l'article 3.43 du nouveau Code civil, et *a fortiori* dans l'article 714 de l'ancien Code civil⁶¹.

36. Nous l'avons déjà souligné ci-dessus, les choses communes portent classiquement sur des ressources naturelles (eau, air, mer...) qui sont de moins en moins inappropriables et en voie de raréfaction, même si l'article 3.43 du nouveau Code civil semble arrêter ce mouvement en imposant une utilisation dans l'intérêt général. Qui plus est, les choses communes peuvent néanmoins être appropriées de manière individuelle. Ce n'est que dans leur globalité qu'elles sont inappropriables.

37. À côté de la définition des choses communes, un élément essentiel consiste en un usage commun à tous, rejoignant la préoccupation de l'accès, une ligne claire à travers les différentes approches des communs. Mais cet usage est difficile à circonscrire. Ouvrirait-il un droit subjectif⁶², voire un droit subjectif inclusif⁶³ ou devrait-on au contraire s'affranchir de toute logique individualiste et préférer réfléchir en termes d'intérêt⁶⁴ ? L'usage se fait par ailleurs dans l'intérêt général, tant des générations présentes que futures, devenant ainsi un intérêt « transindividuel », voire « transgénérationnel »⁶⁵. Toutefois, malgré ces portes ouvertes évidentes vers les communs, les choses communes demeurent dans la marge du droit civil, et restent peu invoqués devant les juges. Les conditions d'accès demeurent en effet (trop) strictes. La difficulté d'aller en justice provient également du fait que l'usage des choses communes ne peut être prohibé, mais doit plutôt être *régulé*, de sorte qu'il y ait un usage suffisant pour tous et que des abus soient évités. Le contrôle du juge n'en est que plus nuancé et complexe.

60 Les propos repris ci-dessous sont analysés de manière bien plus approfondie dans la contribution suivante : M.-S. DE CLIPPELE, « Quel avenir pour les choses communes ? », in *Mélanges Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 537-566.

61 Marie-Alice Chardeaux parle à cet égard de « quasi-choses communes » : « Ces choses qui empruntent à la chose commune l'un de ses éléments caractéristiques – l'usage commun – tout en ayant un propriétaire constituent en quelque sorte des “quasi-choses communes” », M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*

62 A. CARETTE, « Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu ? », *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1998, pp. 821-888.

63 J. VAN DE VOORDE, « Les droits subjectifs inclusifs en droit belge, français et américain. Analyse à partir du droit aux choses communes (y compris la public trust doctrine), du droit à l'usage des voies publiques et du droit aux biens communaux », *European Review of Private Law*, 2020, n° 5, pp. 1009-1063.

64 Ainsi, François Ost peine à lui reconnaître un tel droit, estimant qu'il y aurait une sorte de « paradoxe à raisonner dans les termes de la logique individualiste du droit subjectif au moment où l'on cherche à consacrer un nouveau type de rapport aux choses qui tend précisément à substituer la jouissance commune à la maîtrise exclusive, l'usage collectif à l'appropriation, et la préservation à la libre disposition », F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé, tome II de Droit et intérêt*, 2, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 49/2, Bruxelles, FUSL, 1990., p. 131.

65 M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 297-330., p. 306 et M.-P.

CAMPROUX DUFFRENE, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, 2015, disponible sur <http://journals.openedition.org/vertigo/16320> (Consulté le 3 mai 2021).

§ 2. Le droit de propriété et les droits des tiers

38. La définition de la propriété à l'article 3.50 modifie celle de l'article 544 de l'ancien Code civil qui reprenait le modèle classique de la propriété-appropriation⁶⁶ :

« Le droit de propriété confère directement au propriétaire le droit d'user de ce qui fait l'objet de son droit, d'en avoir la jouissance et d'en disposer. Le propriétaire a la plénitude des prérogatives, sous réserve des restrictions imposées par les lois, les règlements ou par les droits de tiers. ».

Dans son exposé des motifs, le législateur s'explique expressément de cette modification, qui supprime notamment les termes « de la manière la plus absolue » de l'article 544. Selon lui, la nouvelle définition, qui se veut « fonctionnelle », en décrivant les prérogatives du propriétaire, « correspond à l'évolution du droit de propriété intervenue au cours des dernières décennies, mettant sans cesse davantage l'accent sur l'impact social de l'exercice de la propriété »⁶⁷. Concernant les droits des tiers, le législateur les entend au sens large, renvoyant « à tous les droits que peuvent avoir les tiers sur le bien d'autrui ». Les tiers eux-mêmes sont également défini de manière large et englobent « non seulement les personnes qui ont un lien contractuel avec le propriétaire (locataire, emphytéote, usufruitier, titulaire d'une servitude, emprunteur, superficiaire, etc.), mais également les tiers avec lesquels il n'a aucun lien juridique (autorité, voisins, etc.). »⁶⁸. Et de préciser que « En réponse au Conseil d'État, il peut être précisé que l'ajout des “droits des tiers” n'est pas superflu : un propriétaire doit respecter non seulement les restrictions du droit objectif mais également celles des droits subjectifs. Les règles de responsabilité offrent uniquement une assise à l'obligation secondaire de dédommagement/réparation en nature en cas de violation de l'obligation primaire, mais le respect de l'obligation primaire doit s'exprimer séparément. ». Ces assouplissements vers une propriété fonction sociale prenant en compte, de manière inclusive, les droits d'autres que le propriétaire sur un même bien, font apparaître des bribes de transpropriation.

39. Toutefois, malgré la mention de l'importance de l'impact social de la propriété, l'article 3.50 demeure fondamentalement dans le modèle de l'appropriation : le propriétaire détient toujours la plénitude des prérogatives, en ce compris le pouvoir d'exclure. Mis à part l'ajout des droits des tiers – qui recèle un potentiel innovant – le pouvoir d'exclure est préservé, tout comme la vision individuelle de la propriété. Pas de révolution donc, mais une réforme intéressante néanmoins.

40. Outre les retouches apportées à la définition de la propriété, le législateur prévoit explicitement plusieurs tolérances du propriétaire, dont celle reprise à l'article 3.67 § 3 introduisant pour la première fois en droit belge une sorte de droit de parcourir, traduisant le *right to roam* écossais ou suédois⁶⁹. Si le législateur semble vouloir offrir une lecture restreinte

66 Pour une analyse approfondie, voy. N. BERNARD, « Le droit de propriété », in N. BERNARD *et al.* (éds.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020, p. 85-139 ; C. ROUSSIEAU, « Le nouveau droit de propriété », N. BERNARD et V. DEFRAITEUR, *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 111-142 ; D. GRUYAERT, « Eigendom », V. SAGAERT *et al.* (éds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Property Law Series, Mortsel, Intersentia, 2021, p. 249-286.

67 Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *op. cit.*, p. 126.

68 Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *op. cit.*, p. 127-128.

69 J. VAN DE VOORDE, *Burenrecht*, Bruxelles, die Keure, 2021, p. 272-284.

au texte (le nouveau Code civil est une modernisation et non une révolution disions-nous)⁷⁰, il n'empêche que la rédaction de l'article dispose d'une portée très large, ouvrant de la sorte une nouvelle porte à une reconnaissance des communs en droit positif belge. La rédaction peu claire suscitera cependant de nombreuses controverses en pratique (passage de jour comme de nuit ? passage seulement à pied ou aussi motorisé ? quand y aurait-il une nuisance ou un dommage pour le propriétaire ? comment marier ce droit avec les législations régionales spécifiques en matière de voiries et de forêts ? etc.), risquant même d'engendrer des effets pervers avec un retour des enclosures⁷¹, c'est-à-dire de clôtures pour délimiter les propriétés d'un terrain, à certains endroits pour s'assurer que le passage soit proscrit. Il n'empêche qu'il y a là, comme le remarque Nicolas Bernard, un potentiel « stimulant »⁷² entrant dans une logique de partage et d'inclusion.

§ 3. Le domaine public et la notion d'affectation

41. Dans la recherche de figures réceptives de communs, celle de la domanialité publique est intéressante en ce qu'elle est pétrie d'une dimension collective. Le domaine public est en effet arrimé autour de la notion d'affectation et caractérisé par un régime d'indisponibilité (inaliénabilité, imprescriptibilité et insaisissabilité)⁷³, renvoyant ainsi au modèle de la publipropriation.

42. Pendant longtemps, les contours de la domanialité publique ont été dessinés à l'aide de la jurisprudence et de la doctrine, avec toutes les incertitudes que cela comporte⁷⁴. Depuis l'adoption du nouveau Code civil, une tentative de définition législative a cependant été formulée à l'article 3.45 :

« Les biens publics appartiennent au domaine privé, sauf s'ils sont affectés au domaine public.

Les biens du domaine public ne sont pas susceptibles de prescription acquisitive par une autre personne privée ou publique et ne peuvent faire l'objet d'une accession en faveur de toute autre personne privée ou publique ou de tout autre mode originaire d'acquisition.

Toutefois, il peut exister un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle. ».

43. La version adoptée diffère cependant de celle proposée initialement : « Les biens qui sont affectés explicitement ou implicitement soit à l'usage de tous, soit à un service public,

70 « Il ne s'agit dans ce troisième alinéa que de pouvoir se rendre temporairement (y passer, y flâner ou y jouer quelques heures) sur cet immeuble non bâti ni cultivé. Et encore aux strictes conditions que le propriétaire de cet immeuble n'ait pas interdit clairement tout accès et que cela n'engendre aucun dommage pour ce propriétaire. », *Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, op. cit.*, p. 168.

71 Le terme fait également référence à un phénomène historique, notamment en Angleterre, consistant à clôturer des parcelles par des haies, des fossés ou des mur(et)s « qui s'est accompagnée du passage d'une forme communautaire à une forme individualiste d'économie agraire », *Dictionnaire Le Larousse*.

72 N. BERNARD, « Le droit de propriété », in N. BERNARD *et al.* (éds.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020, p. 139.

73 Il ne nous est pas loisible d'approfondir le régime d'indisponibilité dans ces quelques lignes et nous renvoyons aux ouvrages de référence en la matière, notamment certains cités ci-dessous : M. PAQUES *et al.*, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 22 avril 2008. ; A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique: essai de systématisation et d'optimisation du droit domanial*, Bibliothèque de Droit Administratif, n° 12, Bruxelles, la Charte, 2013. ; A. LEMMERLING, « Openbaar domein », in V. SAGAERT *et al.* (éds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, pp. 101-136. ; D. LAGASSE, *Droit de la voirie. Droit de la domanialité publique*, Bruxelles, Larcier Legal, 2019.

74 C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 332.

constituent le domaine public. » (art. 3.59 proposé)⁷⁵. Dans cette version initiale, la notion d'affectation est davantage définie et reprend la jurisprudence récente en la matière, selon laquelle *font partie du domaine public, les biens affectés à l'usage de tous ou affectés au service public*⁷⁶. Le critère central de l'affectation est tant matériel (usage de tous ou service public) que juridique (résulter d'un acte de volonté) et constitue un concept intéressant en lien avec les communs.

44. La notion d'affectation s'entend de manière neutre comme le rattachement, volontaire ou contraint, d'un bien ou d'une personne à une finalité⁷⁷. Elle se différencie en ce sens des communs, voire du concept de communalité, dans la mesure où l'affectation peut renvoyer à toute une série de finalités ou de buts, sans être nécessairement liée à la poursuite d'un intérêt commun, ni à l'impératif d'inclusivité. Les deux notions sont néanmoins proches, tout comme celle de destination⁷⁸, en ce qu'elles permettent de sortir de la logique exclusive, et d'inclure le « tous » de l'usage de tous ou le « public » du service public.

45. En droit domanial belge, le pouvoir d'affectation demeure largement discrétionnaire, prenant traditionnellement la forme d'un acte administratif unilatéral. L'acte d'affectation place ainsi le pouvoir de décision auprès de l'autorité publique propriétaire avec, en son sein, l'administration⁷⁹. Lui seul décide de manière unilatérale, par un acte administratif, des biens qui entrent ou non dans le domaine public. La même prérogative vaut pour la décision de désaffecter les biens publics, les faisant sortir du domaine public et les replaçant dans le commerce, libres d'être aliénés. Force est de constater que la notion d'affectation est d'emblée « captée » par l'administration, dont la volonté devient centrale, privant de la sorte le public d'un droit de regard⁸⁰.

46. Il n'en a cependant pas toujours été ainsi, certaines controverses ayant existé quant à la nature de la relation entre l'administration et les biens appartenant au domaine public, voire son rapport avec le collectif⁸¹. Selon un courant doctrinal du 19^e siècle, les biens publics n'appartiendraient à personne et sortiraient de toute emprise de la propriété, traduisant clairement un souci de communs. En d'autres mots, le domaine public n'est pas l'objet d'un « droit de propriété – ou, en tout cas, qu'il n'est pas l'objet d'un « véritable droit de

75 Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2018-2019, 31 octobre 2018, n° 3348/001.

76 Voy. notamment le récent arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 2018 qui précise que : « Un bien appartient au domaine public lorsque, par une décision expresse ou tacite de l'autorité compétente, il est affecté à l'usage de tous ou à un service public; son usage ne peut porter atteinte au droit de l'autorité de le régler et de le préserver à tout moment en fonction des besoins et dans l'intérêt de l'ensemble des citoyens ». Pour un commentaire de cet arrêt, voy. D. RENDERS et B. GORS, « La gestion et l'usage des biens de l'État à l'aune des droits fondamentaux en Belgique », in F. BELLANGER et T. TANQUEREL (éds.), *La gestion et l'usage des biens de l'État à l'aune des droits fondamentaux*, Pratique du droit administratif, Genève/Zurich, Schulthess Editions Romandes, 2020., p. 150.

77 J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 76.

78 Parfois entendue de manière similaire, complémentaire ou opposée à celle de destination, *Ibid.*, p. 76.

79 La plupart des décisions d'affectation sont prises au moyen d'actes administratifs mais elles peuvent également être prises par une norme à valeur législative, ce qui reste une pratique minoritaire.

80 J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 63.

81 Les propos ci-dessous sont en partie repris de M.-S. de CLIPPELE, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Collection générale, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, disponible sur <http://books.openedition.org/pusl/26644>.

propriété »⁸². L'administration n'aurait à leur égard qu'un droit de garde, de conservation ou de superintendance⁸³, c'est-à-dire qu'elle disposerait d'un pouvoir de police dans l'intérêt général et nullement d'un droit de propriété. Pour l'un des théoriciens les plus connus de l'époque au sujet de la domanialité, Jean-Baptiste Victor Proudhon, le domaine public ne fait que l'objet d'une dotation sans qu'un droit de propriété – dont la caractéristique essentielle est l'*abusus* et le droit d'exclure – ne soit possible, dans la mesure où « nul n'en est exclu »⁸⁴. Par ailleurs, la distinction proudhonienne entre domaine public et domaine privé reprend cet argument de la propriété pour tracer une ligne de démarcation entre ces deux domaines de l'État⁸⁵.

Le domaine public ne serait donc qu'un « domaine de protection »⁸⁶ sur lequel l'État et les autres personnes publiques n'ont qu'« un mandat d'administration et de conservation »⁸⁷, c'est-à-dire « la garde, avec mission de veiller à sa conservation »⁸⁸. Ce rôle de mandataires ou de représentants du public imparti aux personnes publiques s'apparente en réalité à une charge car il y est bien plus question de devoir et de mission que de droit et de puissance. De nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre de ce courant⁸⁹, qui a finalement été rejeté⁹⁰, mais il a le mérite de penser un autre possible que la relation de propriété, ce qui s'avère intéressant dans la réflexion autour des communs.

47. Dans la perception actuelle du domaine public, l'administration détient un titre de propriété sur les biens du domaine public qui serait peu distinct de la propriété privée et se déclinerait sous la forme d'une superposition des prérogatives de la domanialité publique à la propriété civile, complétant ou paralysant le régime⁹¹. Raymond Saleilles sera un des premiers à l'affirmer : « Enfin, il faut bien le reconnaître, on aura beau inventer de nouveaux noms et imaginer des nuances nouvelles, l'idée la plus complète des droits qui peuvent exister sur une chose, se ramènera toujours, quoi qu'on en fasse, à la notion de propriété ». Pour lui, « notre esprit juridique se refuse à concevoir un objet entré dans le domaine des choses susceptibles de droits, déjà même approprié, et qui ne se rattache à personne par ce lien intellectuel qui s'appelle la propriété, qui fait que quelqu'un peut dire : cette chose est à moi »⁹². L'argument en faveur du lien de propriété tiendrait pour Saleilles plus de la psychologie et de l'émotif que d'un raisonnement juridique logique.

82 N. WAGENER, *Les prestations publiques en faveur de la protection du patrimoine culturel*, Thèse de doctorat, France, Université de Paris-Sud, 2014., p. 255, citant C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, Paris, Cosse, 3^e éd., 1863, t. II, p. 33.

83 H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, T. V, *op. cit.*, p. 693.

84 J.-B. V. PROUDHON, *Traité du domaine public ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1833-1834, t. I, p. 267.

85 N. WAGENER, *Les prestations publiques en faveur de la protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 258.

86 J.-B. V. PROUDHON, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 269.

87 J. GAUDRY, *Traité du domaine comprenant le domaine public, le domaine de l'État, le domaine de la couronne, le domaine public municipal, le domaine privé des commerces, le domaine départemental*, Paris, Durand, 2^e éd., 1862, t. I, p. 77, cité par N. WAGENER, *Les prestations publiques en faveur de la protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 258.

88 T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes en ordre méthodique*, Paris, Durand, 2^e éd., 1863, p. 357, cité par *Ibid.*, p. 258-259.

89 J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 269.

90 M. PAQUES *et al.*, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 110.

91 *Ibid.*, p. 110.

92 R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, L. Larose et Forcel, 1889, disponible sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5455528p>, p. 103-104.

48. Quant à savoir *qui* dispose de ce droit de propriété, Saleilles rejette d'emblée la possibilité de l'attribuer au « public »⁹³, se distanciant à cet égard du professeur Rudolf von Jhering, qui reconnaissait un droit d'usage collectif à la masse indéterminée sur la domanialité publique⁹⁴. En effet, si le droit de propriété de l'administration est dorénavant clairement reconnu, il en va autrement pour la collectivité. Celle-ci ne dispose pas des prérogatives des propriétaires à l'égard du domaine public, mais elle bénéficierait de certains droits liés à la destination particulière de ces biens, à *l'usage de tous*. La qualification de ces droits d'utilisation n'est toutefois pas (encore) déterminée⁹⁵. Quoiqu'il en soit, la collectivité, ou la communauté, peut utiliser les biens du domaine public, tant qu'elle en respecte la destination. En d'autres termes, « l'usage normal de ce domaine est collectif et concurrent, donc anonyme, en ce sens que tout un chacun peut directement user des biens du domaine public selon leur affectation, donc profiter des potentialités qu'offre cette affectation, pour autant que celle-ci soit respectée »⁹⁶. Trois principes émanant de la doctrine française sous-tendraient l'utilisation collective du domaine public : la liberté, l'égalité et la gratuité. Plusieurs auteurs soulignent cependant la portée relative et variable de ces principes⁹⁷. Les balbutiements autour des (droits) d'usage reconnus à la collectivité ou à la communauté – qui sont à rapprocher de l'usage commun des choses communes – montrent bien le malaise du droit à penser les communs, et partant le partage de plusieurs droits et intérêts, voire usages, sur une même chose, articulant publiropriation et transpropriation.

49. Signalons néanmoins que si la consécration légale de la définition du domaine public et de la notion d'affectation dans le nouveau Code civil constitue une avancée, dans la mesure où le domaine public traduirait un certain degré de communalité, ce même domaine public se trouve affaibli. Le second alinéa de l'article 3.45 permet dorénavant d'octroyer des droits réels sur le domaine public⁹⁸, suivant ainsi une logique de rentabilité des biens (immobiliers) appartenant aux pouvoirs publics et affectés au domaine public, qui s'éloigne de la logique de durabilité annoncée par les auteurs de la réforme. Si d'une part on clarifie la définition, d'autre part, on poursuit le mouvement de privatisation du domaine public⁹⁹, qui répond bien plus à des arguments économiques qu'écologiques, voire des communs.

93 « quel sera le sujet de ce droit ? Le public. – Il faut s'entendre : veut-on désigner par là ceux qui useront de la chose, mais ils sont indéterminés et non susceptibles de détermination ; pris individuellement, ils ne peuvent être les sujets de ces droits d'usage car on ne peut les désigner ni les définir ; ils restent incertains, donc ne comptent pas au point de vue du droit. – Veut-on, au contraire, désigner l'ensemble du public ? Mais alors on revient à l'idée d'une collectivité représentant l'ensemble des sujets et des volontés individuelles, on reconstitue l'idée de l'État ou celle du *Populus romanus* : si bien que l'esprit d'un bond et sans avoir aucunement à passer par ce travail d'analyse, voit forcément et clairement un propriétaire des choses publiques en dehors des ayants-droit à qui revient l'usage public », *Ibid.*, p. 104. Son raisonnement démontre plus une nécessité qu'une déduction logique pour reconnaître le droit de propriété aux personnes publiques, N. WAGENER, *Les prestations publiques en faveur de la protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 279.

94 Voy. ses écrits suivants sur cette question : R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tome IV, Paris, Marescq, 1880, disponible sur <http://archive.org/details/lespritudroitro04jher> ; R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, Paris, Chevalier-Marescq et cie, 1901, disponible sur <http://archive.org/details/lvolutiondudro00jher>.

95 J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 78.

96 D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, Bruxelles, Primento, 2014, p. 72.

97 *Ibid.*, p. 73 ; J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, *op. cit.*, p. 78-80.

98 A. LEMMERLING, « Openbaar domein », *op. cit.*

99 P. BOUCQUEY et V. OST, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in B. LOMBAERT (éd.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 231-316. ; S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux », B. LOMBAERT *et al.* (éd.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, *op. cit.*, p. 93.

§ 4. Le patrimoine et l'affectation à un but

50. La quatrième figure intéressante pour réceptionner en droit les communs est celle du patrimoine. Le nouveau Code civil consacre à l'article 3.35 une définition classique du patrimoine, tout en ouvrant une brèche en faveur du concept de patrimoine d'affectation par l'ajout « sauf si la loi en dispose autrement » :

« Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir.

Toute personne physique ou morale a un et, sauf si la loi en dispose autrement, un seul patrimoine. »

51. Ainsi, la théorie subjective ou personaliste du patrimoine prônée par Aubry et Rau et innervant le droit civil français et belge¹⁰⁰, se trouve perturbée par l'apparition d'une vision plus objective du patrimoine perçue comme « entité active et passive organisée autour d'un but, d'une affectation, et non plus centrée sur la personne »¹⁰¹. L'idée de patrimoines dits d'affectation¹⁰² est déjà pensée au sein de la doctrine allemande au 19^e siècle, notamment par Alois Brinz¹⁰³, et ne prône plus l'unité du patrimoine, mais sa potentielle division en affectation diverses. La doctrine du *Zweckvermögen* (affectation à un but) ou du *Sondervermögen* (patrimoine séparé) suppose que le patrimoine renvoie à « des masses de biens » qui pourraient « exister en étant regroupées autour d'une finalité » et non autour d'une personne¹⁰⁴.

52. L'apparition du patrimoine d'affectation remet cependant en question les fondements sur lesquels repose la vision classique du patrimoine, comprenant les trois aspects suivants :

- une conception individualiste selon laquelle le titulaire du patrimoine est une personne et non un groupe de personnes ;
- une perspective subjective en ce que la personne est au centre de la notion ; et
- une « croyance en la domination des hommes sur les choses »¹⁰⁵.

53. Prenant au sérieux la conception plus objective du patrimoine, le projet de réforme initial du droit des biens avait prévu d'y introduire la fiducie (financière), en précisant sa démarche de la manière suivante :

« Ainsi qu'il ressort des dispositions suivantes, le point de départ est plus nuancé que précédemment. La personnalisation de la notion de patrimoine fait place jusqu'à un certain point à une fonctionnalisation de cette notion. Progressivement, la conception "subjective" du patrimoine – c'est-à-dire le lien entre le patrimoine et le sujet de droit – a fait place à une interprétation "objective". Notre droit reconnaissait déjà plusieurs formes de

¹⁰⁰ Notons qu'Aubry et Rau avaient eux-mêmes déjà prévu de légères entorses à leur théorie personaliste et subjectiviste du patrimoine, par le maintien de patrimoines additionnels, notamment ceux affectés à un titre de noblesse, qualifiés de « majorats », J. VAN DE VOORDE, « À LA PLUS GRANDE GLOIRE (JURIDIQUE) DE NAPOLÉON IER, EMPEREUR DES FRANÇAIS, DE LA PART DE SES PLUS FIDÈLES SUJETS, LES BELGES Les majorats napoléoniens analysés du point de vue du droit des biens en raison de leur survie continuée en Belgique », *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 2017, n° 26, pp. 29-50.

101 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2013, p. 357.

102 F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ*, 2003, p. 607.

103 Alois Brinz est étudié par M. XIFARAS, *La propriété*, op. cit., p. 293 et sv.

104 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 358. Voy. aussi Raymond SALEILLES qui la résume de la manière suivante : « toute chose frappée d'affectation n'appartient plus à une personne proprement dite (*Personenvermögen*), mais à l'objet même de sa destination (*Zweckvermögen*), en ce sens que le fondement des droits qui s'y réfèrent se trouve, non plus dans une volonté effective qui en soit le sujet juridique mais dans le but pour lequel le patrimoine a été constitué et dans l'objet auquel il doit servir », R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, op. cit., p. 86.

105 D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003, p. 39 et sv, cité par J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 347.

patrimoines d'affectation, liés à une destination déterminée et qui ne font pas partie du droit de gage général des créanciers. L'introduction proposée d'un concept de fiducie et du concept de compte tiers y contribue certainement. »¹⁰⁶ Cependant, la fiducie n'a pas fait son entrée en droit belge, notamment pour des motifs fiscaux¹⁰⁷.

54. Il existe ainsi des figures assez classiques de la société à responsabilité limitée (unipersonnelle), de l'indivision ou de la communauté des biens dans les régimes matrimoniaux. De manière plus anecdotique, mais intéressante comme illustration du modèle de la transpropriation, la propriété familiale sur les « souvenirs de famille » (bijoux, portraits ou tableaux de famille, lettre de noblesse, armes, documents ou manuscrits) formerait également un patrimoine d'affectation. Ces souvenirs de famille forment une catégorie de biens particuliers, caractérisé par leur valeur morale et l'affectation familiale que leur donne le fondateur en les transmettant aux membres de sa famille¹⁰⁸.

55. A côté du droit privé et de sa conception personnaliste – avec une ouverture législative (et limitée) vers une vision objectiviste – la notion de patrimoine est par ailleurs investie par le droit public, lui donnant une dimension collective plus affirmée. Ainsi, une première acception se trouve dans la notion de patrimoine culturel, entendu comme un « ensemble de biens communément reconnus comme ayant une valeur éminente. Ex. patrimoine mondial 'culturel et naturel' comprenant des monuments, des ensembles architecturaux, des sites naturels dignes d'être conservés et transmis aux générations futures... »¹⁰⁹ et dont la législation est disséminée en fonction de la répartition des compétences en droit belge¹¹⁰.

Plus largement et dans une seconde acception, le patrimoine est aussi mobilisé en tant que patrimoine commun, renvoyant à « des choses marquées par un intérêt commun et destinées à être conservées pour les générations présentes, mais surtout pour celles futures », comme à l'article D.I.1, § 1^{er} du CoDT¹¹¹ ou à l'article 1^{er} du Code de l'Eau¹¹². Même si, selon certains, cette notion de patrimoine commun (de l'humanité) reste dans les limbes du droit, aux confins du symbolique, selon d'autres, elle peut encore « faire image »¹¹³, voire même fonder un régime général minimal de communalité. Selon les auteurs du Rapport français de 2021, la notion de patrimoine commun serait en effet « une notion transversale qui permet de signaler un premier niveau d'intérêt commun et d'inclusivité et d'y rattacher un régime primaire applicable en toute circonstance »¹¹⁴, arrimé autour de trois catégories de droits : le droit à la conservation, le droit à l'information et à la participation, et le principe de non-régression.

106 Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2018-2019, 31 octobre 2018, n° 3348/001, p. 81.

107 Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, Amendements, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2019-2020, 10 décembre 2019, n° 0173/002, p. 15.

108 C. JONGMANS, note sous Liège, 13 juin 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, pp. 407.

109 G. CORNU et al., *Vocabulaire juridique*, v° patrimoine culturel.

110 Pour un aperçu, voy. M.-S. DE CLIPPELE, J.-F. NEURAY et M. QUINTIN (éds.), *Évolutions récentes dans la protection du patrimoine*, Bruxelles, Larcier, 2020.

111 « Le territoire de la Wallonie est un patrimoine commun de ses habitants. »

112 « L'eau fait partie du patrimoine commun de la Région wallonne », Décret du 27 mai 2004 relatif au Livre II du Code de l'Environnement constituant le Code de l'Eau.

113 C. LE BRIS, « Patrimoine commun de l'humanité », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 889.

114 J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dirs.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 102.

La notion de patrimoine recèlerait ainsi un potentiel fécond important en lien avec les communs, surtout dans les sens que lui offre le droit public, mais peut-être aussi par la timide ouverture dans le nouveau Code civil belge.

Conclusion

56. Au sortir de cette analyse des communs, gageons que la nébuleuse autour de la notion ait pu être quelque peu éclaircie, à tout le moins quant à sa réception en droit. Les communs résulteraient ainsi d'une demande sociale croissante de s'emparer de choses que ni « le public » ni « le privé » ne prendraient suffisamment en compte, qu'il s'agisse de ressources culturelles, naturelles ou informationnelles. Les communs se profileraient dans un nouvel espace, cherchant à dépasser les frontières de la propriété, publique ou privée, et développant un régime « méta » pour des biens non propres ou collectifs, mais *communs*. Toutefois, comme nous l'avons démontré dans notre analyse des figures juridiques structurelles, le droit demeure peu outillé pour penser cet espace tiers, fondamentalement dynamique, dans la mesure où les communs constituent avant tout une forme d'agir, résultant en des formes juridiques privilégiant le faire à l'avoir. Le dogme de l'appropriation marque encore les esprits juridiques, comme le démontre la réforme, somme toute assez sage, du droit civil belge, même si en même temps, les juristes mobilisent davantage l'imaginaire juridique, en ouvrant de petites brèches dans le nouveau Code civil belge ou en proposant des réformes d'envergure au ministre français de la Justice, objet du rapport français sur la communalité¹¹⁵. Si les juristes s'emparent à leur tour des communs, c'est dire si la demande sociale est forte en ce sens.

¹¹⁵ *Ibid.*