

Propriété et biens communs

FRANÇOIS OST / DELPHINE MISONNE / MARIE-SOPHIE DE CLIPPELE, BRUXELLES

Introduction	124
I. Le modèle propriétaire classique	126
II. Evolutions matérielles et sociétaires	134
III. Evolutions juridiques	137
1. Le flux – Les entorses à la doxa	137
a) Les limitations légales portées par l'intérêt général	138
b) Les limitations portées par des intérêts collectifs	141
2. Le reflux – la revitalisation de l'appropriation	142
a) La « tragédie des anti-communs » : gènes, logiciels et médicaments essentiels	142
b) Les marchés d'air et de nature	144
IV. Biens communs, transpropriation et dépropriation	148
1. Transpropriation	152
a) La transpropriation dans le droit positif	154
b) La transpropriation à l'aune des théories économiques	158
2. Dépropriation	159
Conclusions	162

Introduction

Les « communs » opèrent un retour significatif dans nos sociétés.¹ Ils suscitent une abondante littérature scientifique (autour notamment de l'ouvrage d'Elinor Ostrom, prix Nobel d'économie, *Governing the Commons*),² génèrent de nouvelles formes de vie citoyenne, et déterminent parfois les agendas politiques.³ Sous les termes variés de biens communs, choses communes, patrimoines communs, tous mobilisant une racine ancienne évoquant ce « qui appartient à plusieurs »,⁴ se manifeste un même souci : garantir un usage élargi (à tous ?, à certaines communautés ?) des utilités de certaines ressources, naturelles et culturelles notamment ; mais aussi en assurer la conservation, tant pour le présent que pour le futur.⁵ La protection de la ressource, et de ses utilités variées, semble en effet être le corollaire indissociable de sa vocation commune.⁶

Cerner les contours de cette catégorie, dégager les formes (alternatives à la propriété classique, publique et privée), que pourraient revêtir leurs statuts juridiques et mesurer l'effet de ces nouveaux modèles sur le concept classique de propriété (et aussi, on le verra, leurs conséquences sur l'action des pouvoirs publics et leur propre domaine public), tel est l'objet de cette contribution. Bien entendu, l'on ne pourra procéder ici qu'à un tout premier balisage d'une problématique foisonnante ; l'on se gardera aussi de penser que l'ensemble des enjeux liés aux questions environnementales et culturelles est déterminé par l'approche en termes de propriété et de ses alternatives.

Même ainsi précisé, le sujet est d'une immense complexité et appelle plusieurs mises en garde préalables. Tout au long de l'analyse, nous tenterons de nous conforter aux quatre mots d'ordre suivants :

- *S'affranchir du matérialisme* : biens convaincus que nous sommes de ce que *tout rapport aux choses est d'abord et surtout un rapport à l'humain*. Il en découle que la propriété et ses alternatives présentent un enjeu politique considérable, au croisement du marché, de l'Etat et de la société civile, avec, en toile de fond pour certains biens, la mondialisation. Et si le thème des « communs » accorde une place centrale à la gouvernance participative, les enjeux politiques de la propriété classique, pour être plus discrets, sinon occultés, n'en sont pas moins considérables. Il en résulte que notre étude juridico-philosophique est aussi politique et sociale.
- *Bannir le naturalisme*, partant de la conviction qu'il n'y a pas de régime juridique par nature. *Tout rapport aux choses est d'abord et surtout un rapport au sens et aux*

1 Benjamin Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui lièrent, 2015.

2 Elinor Ostrom, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des biens communs*, trad. par Laurent Baechler, Louvain-la-Neuve De Boeck, 2014 (1990) ; Elinor Ostrom / Charlotte Hess, *Private and Common Property Rights. Encyclopedia of Law & Economics*, Northampton, MA, Edward Elgar, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304699.

3 L'on pense à la Commission Rodotà instituée en Italie en 2007 en vue de réformer les articles du Code civil relatifs à la propriété, dont les travaux ont introduit la catégorie de « biens communs ».

4 Alain Rey (éd.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2000.

5 Emilie Gaillard, *Généralisations futures et droit privé : vers un droit des générations futures*, Paris, LGDJ, 2011.

6 D'après les termes de Martine Remond-Gouilloud, *Du droit de détruire*, Paris, PUF, 1989, 150.

valeurs. Tout régime juridique (appropriation, transpropriation, propriété publique, dépropriation, ...), est le résultat d'une projection culturelle de sens et de valeur, une « constitution imaginaire », comme le dit Cornelius Castoriadis,⁷ ou, dans le vocabulaire de Pierre Bourdieu, une « lutte de classement », plutôt que le résultat nécessaire d'une destination naturelle. Sans même évoquer les fameux « pigeons des colombers » du Code civil, réputés « immeubles par incorporation », il faut se persuader que tout rapport de l'homme aux ressources est le fruit d'une « affectation », d'une finalisation, extrêmement variable d'après les époques et les cultures. Les choses qui, dans l'histoire du droit, ont été réputées naturelles ou sacrées sont évidemment les choses les plus investies politiquement et culturellement. Il en résulte que notre étude est relativiste et contextuelle : il n'y a pas de modèle « en soi », pas de catégorie éternelle, naturelle, ou sacrée – la leçon vaut autant pour la propriété classique que pour les « communs ».⁸

- *Se méfier de l'angélisme*. La recommandation s'impose pour un thème qui, plus que d'autres, porte aux idéalizations. Il s'agira donc de ne jamais perdre de vue le penchant égoïste de la nature humaine, et de garder à l'esprit que les formes les plus désintéressées de rapport aux choses sont toujours menacées de reprivatization, de même que les expériences les plus collaboratives de gestion en commun ne sont jamais à l'abri de tensions et de conflits.⁹ L'engouement contemporain pour les « communs » apparaît à cet égard comme une réaction à une vague de fond qui, alimentée par les théories économiques préconisant d'imaginer des droits de propriété sur l'air et l'eau dans les années soixante,¹⁰ ou encore par l'arrêt *Chakrabarty* (16 juin 1980) de la Cour suprême des États-Unis¹¹ autorisant pour la première fois la brevetabilité du vivant (un micro-organisme génétiquement modifié), aboutit aujourd'hui à « un durcissement et une diversification des droits privés exclusifs sur les savoirs »¹² et sur les biens en partage. Entre appropriation et dépropriation, entre le propre et le commun, la dialectique est permanente, les flux et reflux sont constants. De même, l'on n'oubliera pas que les conflits de destinations existent au sein même de chacun des modèles (ainsi donc aussi à propos des biens réputés communs), et pas seulement entre modèles rivaux. Il en résulte que notre étude est critique et avant tout, comme il se doit, autocritique.
- *Faire preuve de pragmatisme et de gradualisme*. En dépit de l'ivresse suscitée par les modélisations abstraites et les théories englobantes, il faudra se garder des qualifications fétichisées et réductrices, pour s'adapter à la diversité et à l'évolution des contextes, et notamment rester attentif à l'intensité croissante ou décroissante d'une maîtrise

7 Cornelius Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.

8 A propos des communs, cf. Michael Hardt / Antonio Negri, *Commonwealth*, Harvard, Belknap, 2009, 111 : ces auteurs présentent le commun « non comme une ressource naturelle mais comme un produit social ».

9 Tensions entre finalités assignées aux communs, mais aussi, plus prosaïquement, danger permanent de *free riding* : l'attitude du passager clandestin qui profite de la ressource commune sans contribuer à son développement.

10 John Harkness Dales, *Pollution Property and Prices*, University of Toronto Press, 1968.

11 U. S. Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S.303 (1980).

12 Benjamin Coriat, Introduction : propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements, in : *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015, 8.

(que reste-t-il, par exemple, du fameux *ius abutendi* que l'article 544 du Code civil belge – qui prévoit que : « 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. » – attache à la propriété ?), ainsi qu'à la taille variable des communautés de titulaires ou d'usagers (un commun « local » ne s'analyse pas dans les mêmes termes qu'un « patrimoine commun de l'humanité »).

Ainsi balisé, notre propos se développera en quatre sections. Après avoir tracé les contours du modèle propriétaire classique (I), et évoqué successivement les évolutions matérielles et sociétaires (II), puis juridiques (III), pertinentes pour notre sujet, intervenues depuis le code civil de 1804, nous présenterons les deux modèles principaux que les communs revêtent aujourd'hui : la transpropriation et la dépropriation (IV) – nous nous expliquerons en temps voulu sur ces néologismes.

Comme l'on s'en aperçoit, c'est à la confrontation de trois archétypes que nous conduit notre analyse : appropriation, transpropriation, dépropriation. Cette typologie, suscitée par l'objet même de notre intervention (« propriété et biens communs »), s'avère cependant incomplète, dès lors qu'elle ne fait pas apparaître directement le rôle de la puissance publique, ainsi que les formes de propriété (domaines public et privé), dont elle a la maîtrise. Idéalement, il eût donc fallu ménager un quatrième modèle que l'on pourrait appeler « publiropriation ». Nous renonçons à le faire ici et nous contenterons d'évoquer brièvement la propriété publique à l'occasion du modèle propriétaire classique, en nous expliquant sur les raisons de ce rapprochement, et en ménageant, bien entendu, les différences spécifiques entre les deux modalités, privée et publique, de la maîtrise propriétaire. Par ailleurs, nous ferons état de nombreuses reprises de l'intervention de l'Etat (ou de la communauté des Etats), dans l'aménagement des trois autres modèles, et ce, tant sous la forme d'interventions législatives que d'arbitrages judiciaires. Notre conviction est que la partie se joue désormais entre ces quatre modèles, dont les logiques ne cessent de se confronter, tantôt pour se soutenir, tantôt pour s'opposer, tantôt encore pour s'hybrider de mille façons.

I. Le modèle propriétaire classique

Sans doute, à l'origine, les choses étaient-elles données aux hommes en commun ; cet enseignement parcourt toute la tradition, du *Lévitique* à Locke. « Les terres ne se vendront pas à perpétuité, car le pays est à moi ; étrangers et locataires vous êtes chez moi », aurait dit Yhavé (*Lévitique*, 25–23). Au XII^{ème} siècle, le décret de Gratien en déduit que « par loi de nature, tout est commun à tous » (*Distinctio*, 8). Et Locke, alors même qu'il légitime la propriété privée dans un passage fameux, ne manque pas de rappeler cette vulgate : « Dieu a fait don de la terre aux enfants des hommes ; il l'a donnée en commun à l'humanité ».¹³

13 John Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, trad. par Bernard Gilson, Paris, Vrin, 1977, 90.

Evoquant à son tour le même enseignement, Rousseau, comme on le sait, en tirera la cynique conséquence : « le premier qui, ayant enclos un terrain et s'avisait de dire « ceci est à moi » et trouva des gens assez simples pour le croire... » fut à l'origine de l'inégalité parmi les hommes.¹⁴

Il y a là comme une sorte de mauvaise conscience communautariste qui traverse la culture occidentale depuis les origines, qui fait l'objet de rappels réguliers, mais qui est aussi systématiquement refoulée dans les limbes d'un âge d'or révolu ou d'une utopie future très lointaine.¹⁵ Car, lorsque Portalis prend la parole devant le corps législatif, le 17 janvier 1804, pour présenter le titre du Code civil relatif à la propriété, la vénérable doctrine est cette fois explicitement rejetée : « cette communauté, dans le sens rigoureux qu'on y attache, n'a jamais existé ni pu exister : les biens, réputés communs avant l'occupation, ne sont, pour parler avec exactitude, que des biens vacants ».¹⁶ Autrement dit, ils sont livrés à la loi du premier occupant ; par l'occupation, ils deviennent propres à ceux qui s'en emparent – le renversement est radical – ce qui était commun, c'était la mise de fond avancée par la nature, mais, une fois le départ donné, c'est à celui qui le premier arrivera au but. Comme le diront les commentateurs du Code : « le paiement est le fruit de la course »... à partir de ce moment – le moment 1804 – le monde se mit à courir très vite...

A vrai dire, l'Angleterre, comme souvent, avait ouvert la voie, dès lors que le mouvement des *enclosures* (accaparement des communaux) avait démarré dès le XVI^{ème} siècle. Et si, en 1600, la moitié des terres arables du Royaume étaient encore en jouissance collective, il n'en restait plus qu'un quart en 1750 et presque plus aucune en 1840,¹⁷ les *Enclosure Acts* de 1760 et de 1840 étaient passés par là, non sans susciter des résistances importantes et entraîner au passage la disparition de modes d'organisation originaux et de riches liens sociaux au sein de la paysannerie.¹⁸

L'article 544 du Code civil français surdétermine les attributs attachés à la propriété, puisque celle-ci est définie, à l'aide d'un double superlatif, comme « le droit d'user et de jouir des choses *de la manière la plus absolue* ». S'en déduisent une possession et une maîtrise pleine et directe, réunissant dans les mains du propriétaire, de façon exclusive et, en principe perpétuelle, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Deux traits surtout, par leur radicalité et leur caractère, potentiellement déplaisants, caractérisent ce modèle : le

14 Jean-Jacques Rousseau, *De l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, 1755, 8.

15 « Les récits de l'Âge d'or sont généralement pessimistes. Les hommes primitifs ont peut-être vécu un temps heureux et en harmonie avec la nature, mais ils ont déchu de cet état privilégié, sans possibilité de retour. », Peter Garnsey, *Penser la propriété : de l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, trad. par Alexandre Hasnaoui, Paris, Les Belles lettres, 2013.

16 Jean-Étienne-Marie Portalis, Discours de présentation au corps législatif, in : *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, 285.

17 Jacques de Saint-Victor, Généalogie historique d'une « propriété oubliée », in : Béatrice Parance / Jacques de Saint Victor, *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS Editions, 2014, 70 ; référence aux analyses de Karl Polanyi, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* (1944), Paris, Gallimard, 1983, 59ss.

18 Sur cette question, cf. Fabienne Orsi, Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune, *Revue de la régulation* 14 (2013), 6, <<http://regulation.revues.org/10471>>.

droit d'exclure les autres de toute forme d'accès à la ressource ou d'usage de celle-ci,¹⁹ et le droit de laisser dépérir ou même de détruire la chose. Un célèbre juriconsulte et magistrat du XIX^{ème} siècle, Charles Renouard, n'hésitera pas à écrire : « pour élever à sa hauteur le respect qui lui est dû, il faut aller jusqu'à dire que, oisive, stérile, mal exploitée, la propriété demeure sacrée au même titre et au même degré que si elle se répand en consommations utiles et en dépenses productives ».²⁰ Descartes enjoignait l'homme moderne, dans son fameux *Discours de la méthode* (1637), à se comporter « comme s'il était maître et possesseur de la nature ». La leçon sera entendue et même dépassée, la modernité laissant le plus souvent tomber le « si », de sorte que, en 1989 encore, Martine Rémond-Gouilloud pourra entamer son essai sur le droit de l'environnement par ce titre, *Du droit de détruire*, qui révèle, dans sa brutalité, l'essence absolutiste du modèle d'appropriation, qui transforme les choses en « biens » susceptibles d'*abusus*.²¹

Ainsi profilé, le modèle de l'appropriation prend à la fois figure de *dogme*, sur le plan idéologique, et de *paradigme*, sur le plan épistémologique : deux manières de fausser la représentation de la réalité au profit d'une image idéalisée. Le dogme est directement issu de la révolution française qui a fait de la propriété exclusive la condition de la liberté : une propriété affranchie des rapports féodaux qui distinguaient le *domaine utile* du paysan, du *domaine éminent* du seigneur. Désormais seraient bannis ces rapports de dépendance personnels, et concentrées en une seule main, celle du propriétaire souverain, toutes les prérogatives attachées à la maîtrise du bien. L'article 2 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 pourra dès lors qualifier cette propriété de « droit naturel et imprescriptible », à côté de la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression.

Quant au paradigme, entendu au sens de Thomas Kuhn,²² il servira pendant deux siècles de cadre de pensée quasi obligé de la doctrine française, avec les avantages de la cohérence et de l'économie de pensée, mais aussi, à la longue, un effet d'inertie et même de résistance à l'égard des « anomalies » que le terrain n'allait pas tarder de révéler (cf. *infra*, III). Si, bien entendu, les querelles de surface, sur des points de détails, n'ont jamais manqué, la doctrine n'a jamais réussi à amorcer de « révolution épistémologique » en ce domaine, alignant les exceptions (« hypothèses » *ad hoc* dans le langage de Kuhn), ou même les dénis de réalité (« obstacles épistémologiques », dans le langage de Gaston Bachelard), plutôt que de remettre en cause ses catégories héritées. 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 ».²³ S'imposant comme le paradigme de tout type d'appropriation,

19 Géraldine Salord, Propriété collective et exclusivité : proposition d'une conciliation des contraires, in : *Les modèles propriétaires*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en l'honneur du professeur Henri-Jacques Lucas, Paris, LGDJ, 2012, 193 : « l'essence du droit de propriété se trouve dans le pouvoir d'exclure, corollaire indissociable de l'absolutisme ».

20 Jean-Pascal Chazal, La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, in : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014-12, 774.

21 Martine Rémond-Gouilloud, (Fn.6), « Maître absolu de la nature, l'homme occidental croit avoir sur elle tous les droits, jusqu'à celui de la détruire » (4^{ème} de couverture).

22 Thomas Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

23 Mikhaïl Xifaras, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, 8, 12.

son modèle le plus achevé (en ce sens, parfait) et, à ce titre, le seul vraiment satisfaisant, la propriété est l'institution qui finit par gouverner l'ensemble du droit des biens et qui irradie bien au-delà, comme on le verra.

Quels sont les traits structurants de ce modèle classique ou dogmatique de la propriété ? L'exercice d'identification de ses caractères mérite d'être refait avec, déjà à l'esprit, leur inflexion, et parfois leur inversion dans les modèles de transpropriation et de dépropriation qui caractériseront les biens communs (cf. *infra*, IV). Nous dégageons neuf traits structurants à la base du modèle « appropriation » :

1. Le droit de propriété est conçu et configuré comme un rapport aux choses et très peu, ou pas du tout, comme un rapport aux hommes, dans la lignée de l'héritage romain d'un *ius in rem* et non d'un *ius in personam*. Ainsi, sans que cela n'apparaisse clairement, le despotisme du rapport aux choses se traduit également par un droit d'exclusion d'autrui radicalisé.²⁴ A l'opposé, la doctrine américaine, et pas seulement son courant « réaliste », prend acte, dès la fin du XIX^{ème} siècle, de la diversité des « utilités » dont les choses sont susceptibles, et s'accommode d'une pluralité d'usagers tirant des profits divers d'une même ressource. Ainsi, la dimension interpersonnelle du rapport propriétaire aux choses était sortie de l'ombre et faisait l'objet d'élaboration théorique autant que d'arbitrage judiciaire.²⁵

2. Cette propriété fait l'objet d'un droit subjectif et apparaît même comme l'archétype le plus abouti de droit subjectif au sens générique que lui attribuait Jean Dabin d'« appartenance-maîtrise », reconnue et protégée par le droit objectif, sous la forme de l'action en justice notamment.²⁶ En cela, le droit subjectif et son archétype propriétaire sont clairement distingués de l'« intérêt » maintenu par la même doctrine classique en marge du droit positif – « qu'est-ce qu'un intérêt ? », demandait le grand civiliste belge Henri De Page : « si l'intérêt n'est pas juridiquement protégé, c'est, en droit, le néant. Et s'il l'est, c'est un droit ». ²⁷ Repoussé dans le néant du non-droit, comme la menace de l'irruption des forces sociales et des désirs humains incontrôlés, l'intérêt ne devait en aucune façon contaminer la pureté du régime propriétaire que défendait une inflexible pensée dichotomique. Comme si l'exclusion inhérente à l'objet « propriété » devait être garantie par un système de représentations, marquées, elles aussi, par l'exclusion de tout ce qui pourrait troubler la pureté du modèle.²⁸

3. La vision anthropologique sous-jacente à ce modèle est celle de l'« individualisme possessif » décrite par Macpherson²⁹ et dont le personnage culte de Robison

24 William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, vol. 1, Philadelphie, Robert H. Small, 1825. Il définit la propriété comme « cette domination singulière et despotique que l'homme entend exercer sur les objets extérieurs de l'univers, et qui en exclut de manière absolue les droits des autres individus ».

25 En ce sens, Jean-Pascal Chazal, (Fn.20), 764.

26 Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 85.

27 Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1939, t. III, 894.

28 Pour une réflexion sur le rapport du droit subjectif et des intérêts, ainsi qu'une analyse de la montée en puissance des intérêts dans le droit contemporain, cf. François Ost, *Droit et intérêt*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1990.

29 Crawford Brough MacPherson, *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. par Michel Fuchs, Paris, Gallimard, 1971.

Crusoé représente le mythe littéraire dont se nourrira l'imaginaire occidental depuis 1719.³⁰ Il est très significatif que ce soit une île précisément qui apparaisse comme le milieu nécessaire à la refondation de ce sujet moderne, qui se pense comme auto-généré et seul au monde – sujet solipsiste qui s'assure dans l'existence grâce à la maîtrise qu'il s'adjudge sur les choses qui l'entourent. Sujet isolé (du latin *isola*) campant sur sa propriété, dite *privée* – privée de l'altérité des autres, et donc préservée du risque de l'altération, comme s'en réjouit Robinson : « J'étais seigneur de tout le manoir : je pouvais, s'il me plaisait, m'appeler Roi ou empereur de toute cette contrée rangée sous ma puissance ; je n'avais point de rivaux, je n'avais point de compétiteur, personne qui disputât avec moi le commandement et la souveraineté ».³¹ Dans cet état de nature, aussi insulaire qu'intemporel, libéré de toute appartenances sociale, affranchi des liens et des obligations qui pourraient être associés à toute espèce d'attachement communautaire, l'homme moderne se croit titulaire de droits naturels, sacrés, présociaux, que les gouvernements (qui n'apparaîtront que dans un deuxième temps), doivent se borner à garantir et protéger. Dans ce modèle, c'est l'individu propriétaire qui est souverain, la souveraineté des gouvernements n'étant que seconde et conditionnée à la bonne fin du mandat que lui ont confié les gouvernés par contrat social.

On le voit : la vision de l'homme ici à l'œuvre est méfiante et pessimiste, comme cela apparaît très nettement chez Hobbes, chez qui la catégorie de peur joue le rôle décisif de ressort du politique, ou encore chez Bentham qui montre combien l'« alarme » accompagne toujours l'appropriation, comme une sorte d'insécurité anxieuse, à l'instar de ces villes privées et clôturées, les *gated communities*, ghettos dorés et volontaires où s'enferment de riches retraités américains.³² L'autre apparaît toujours comme une menace ou un rival, et la socialité est toujours pensée à l'aune de la compétition plutôt que sous la forme de la collaboration. Cet individualisme de repli se double par ailleurs du peu de crédit accordé aux capacités humaines d'imaginer des rapports sociaux innovants et d'instituer des formes efficaces d'action collective. Ce pessimisme caractérise de façon très claire la fameuse fable de la « tragédie des communaux » de Garrett Hardin ; fable censée condamner définitivement toute entreprise de mise en commun des ressources.³³ Hardin, on le sait, demande à ses lecteurs d'imaginer un pâturage en libre accès, ouvert à la communauté des éleveurs. Etant entendu que ces éleveurs – rationnels, bien entendu – retirent un bénéfice direct de l'exploitation de leurs animaux et ne supportent qu'un coût différé, causé par la détérioration du sol en raison du surpâturage, chacun sera amené, explique-t-il, à faire paître toujours plus d'animaux : « c'est là que réside la tragédie.

30 Pour une analyse de la propriété dans le *Robinson Crusoé* de Daniel Defoe, et notamment, sa parenté avec la théorie de la propriété chez Locke, cf. François Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, O. Jacob, 2004, 213ss.

31 Daniel Defoe, *Robinson Crusoé*, trad. par Pétrus Borel, Paris, Gallimard (Folio-Classique), 2001, 234.

32 François Ost, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in : *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1987, 220. A propos des *gated communities*, cf. Gérald Billard et al., *Ville fermée, ville surveillée. La sécurisation des espaces résidentiels en France et en Amérique du Nord*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005.

33 Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, in : *Science* 162, 1243–1248. A noter qu'Aristote formulait une objection de ce genre à l'égard du « communisme » de Platon (*La politique*, Livre II, 3).

Chaque homme est enfermé dans un système qui le contraint à augmenter les effectifs de manière illimitée ».³⁴

Mille fois utilisée pour décrire des problèmes aussi divers que la famine des années 70 au Sahel, les pluies acides ou la criminalité urbaine, la fable a fait ensuite l'objet d'une formalisation mathématique sous la forme du célèbre « dilemme du prisonnier ». Cette fable, en raison de son réductionnisme logique (réduire la diversité des contextes à des paramètres fixes et récuser tout changement par la clause « toutes choses égales par ailleurs »), et surtout en raison de son anthropologie, aussi déterministe que pessimiste, est censée conduire toujours et nécessairement à des résultats tragiques. Comme le fait remarquer Elinor Ostrom, il est très significatif que les communaux soient condamnés à partir d'une vision de l'homme « prisonnier »,³⁵ incapable donc de surmonter sa condition de repli calculateur : effectivement, dans ce système, « chaque homme est enfermé dans un système qui le contraint à augmenter sans cesse... », comme le notait Hardin, qui en tirera la conclusion, pas plus réjouissante, que seul un gouvernement de fer, une « coercition commune acceptée par tous », pourrait éviter la catastrophe, comme sous la houlette d'un Léviathan moderne.³⁶ Comme si la seule alternative à l'hyper-individualisme résidait nécessairement dans la contrainte la plus inflexible. Telle est peut-être la véritable tragédie des communaux : faute d'instituer une société fondée sur la responsabilité et l'inventivité des citoyens, en être réduit à osciller sans cesse entre deux modèles de contrainte externe, celui de l'appât irrésistible du gain, ou celui d'une coercition politique extrême.

4. Le paradoxe est que ce modèle de l'appropriation est néanmoins très explicitement fondé sur la liberté. En l'occurrence, la « liberté des modernes », synonyme à la fois d'autonomie et de repli.³⁷ Être libre, en ce sens moderne, c'est être affranchi de tout lien de dépendance, être libéré de toute espèce de contrainte, naturelle et culturelle. L'homme moderne proclame, comme la jeune nation américaine en 1776, son *in-dépendance*. Un tel droit, naturel et sacré, est censé être pré-politique, antérieur à l'entrée de l'homme en société.

5. En dépit de ce caractère prétendument pré-politique (ou aussi bien, supra-politique), il n'échappe à personne que le rapport ainsi configuré est évidemment essentiellement politique : il détermine une forme bien déterminée de socialité, celle qui s'attache à la conception bourgeoise du monde qui triomphe en 1789 et dont l'hégémonie marquera tout le XIX^{ème} siècle, en dépit des soubresauts constitutionnels. Portalis ne disait pas autre chose lorsqu'il soutenait que la propriété était l'« âme universelle de toute la législation », « la vraie constitution de la nation »³⁸ – le sociologue André-Jean

34 Ibid., 1244.

35 Elinor Ostrom, (Fn.2), 19.

36 Cf. les nombreux textes ultérieurs de Hardin cités par Elinor Ostrom, (Fn.2), 19.

37 On se reporte à la célèbre distinction entre « liberté des anciens » et « liberté des modernes » introduite par Isaiah Berlin, Deux conceptions de la liberté, in : *Eloge de la liberté*, Paris, Calmann-Levy, 1990, 167ss.

38 On notera le pléonasme : « universelle de toute », surdétermination sémantique bien dans la ligne du double superlatif de l'article 544 : « de la manière la plus absolue ».

Arnaud dira : « la règle du jeu dans la paix bourgeoise ».³⁹ Le propriétaire seul est censé doué de vertu et de responsabilité ; la propriété fait de lui le modèle du citoyen accompli, et lui vaut à ce titre, le privilège de participer par le suffrage censitaire à la représentation de la volonté nationale. Et lorsque, au XX^{ème} siècle, le suffrage se démocratisera, le pouvoir politique du propriétaire se maintiendra notamment par le biais de la maîtrise des leviers économiques.

6. L'objet sur lequel porte ce modèle de l'appropriation est constitué pour l'essentiel de choses matérielles, meubles et immeubles. Des ressources dont l'accaparement par l'un, exclut par épuisement celui des autres, qui en deviennent donc « rivales », selon le vocabulaire privilégié par les économistes.⁴⁰ Des îlots de propriété privée sont ainsi découpés et appropriés dans un monde dont on croit, ou feint de croire, les ressources illimitées. Dans ce contexte, la propriété est justifiée par la priorité de la saisine (à propos des *res nullius*) et, pour les autres ressources, par le travail de transformation que l'industrie de l'homme leur imprime – quant à la question de savoir s'il en reste assez et d'aussi bonne qualité pour les autres, l'on se rassure en postulant une abondance de principe, dont « les terres sans maître (*sic*) de l'Amérique » sont l'archétype imaginaire, comme l'avait écrit Locke.⁴¹ Par la suite, le modèle propriétaire s'avérera tellement puissant qu'il irradiera en direction de choses immatérielles, telles les œuvres de l'esprit, et aussi en direction de certains aspects du patrimoine tenant à la personnalité de son titulaire.

7. L'on relèvera enfin que le titulaire que présuppose le modèle propriétaire est bien évidemment l'individu, dans sa version la plus robinsonienne d'être présocial. Ce qui ne manquera pas de susciter des problèmes lorsque le modèle s'étendra à des personnalités morales, telles les sociétés par actions, dont certaines atteignent une taille considérable et pèsent donc dans les relations socio-politiques comme de vastes macro-sujets.

8. Pour affiner cette évocation de la figure de l'appropriation, il faut encore considérer les modèles concurrents qui cohabitent avec elle. Pour mémoire, on évoquera la survivance, périphérique et très marginale, du régime des « communaux » hérités de l'ancien régime (l'article 542 du Code civil belge y fait allusion sous la forme de « droits acquis des habitants de la commune »). L'on pense à ces droits immémoriaux aux noms poétiques – vaine pâture, affouage, marronnage, pasnage, glandage, ... – qui consacraient des protections variées, en faveur des habitants des communes (dont l'étymologie évoque bien à l'origine une « communauté de gens »),⁴² sur des terres appropriées ou non ; droits qui survivront de-ci, de-là et que les urgences écologiques de notre époque redécouvrent avec intérêt.⁴³ Il y a encore ces servitudes de passage qui garantissent qu'un chemin, régulièrement utilisé par des personnes autres que le propriétaire,

39 André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973.

40 Marie Cornu / Fabienne Orsi / Judith Rochfeld, *Dictionnaire des Communs*, Paris, P. U. F ; 2016, à paraître.

41 « Pour rempli que le monde paraisse aujourd'hui », rassure Locke, il suffit de se reporter aux « terres sans maître de l'Amérique » ; John Locke, (Fn.13), 95.

42 Alain Rey, (Fn.4).

43 Jacques de Saint Victor, (Fn.17), 51ss.

pourra toujours être préservé dans sa fonction indispensable de connectivité des territoires et des communautés.

Au sein de ces modèles concurrents, les *res communes* méritent de plus amples développements, elles qui visent les ressources rebelles à toute appropriation, parce qu'il serait impossible de les enclorre ou de les garder (telle l'eau qui coule dans la rivière mais aussi l'air et le vent), du moins à une époque où l'on estimait que leurs caractéristiques physiques ne le permettaient pas,⁴⁴ ou encore parce que la nature les auraient produites pour l'usage de tous et que, essentielles à la vie sur la terre, elles présenteraient la particularité d'être inépuisables,⁴⁵ mais aussi et peut-être surtout gratuites. Au départ d'une catégorisation subtile établie par les romains, le Code civil en infère, après un bref moment d'hésitation,⁴⁶ qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». On verra que les problèmes de pollution et de raréfaction des ressources, combinés à l'inventivité sans limites qui caractérise l'essor grandissant des instruments de privatisation économique, rendent aujourd'hui ce statut questionnable.

9. Enfin, le modèle propriétaire classique entraîne nécessairement dans son sillage la figure de l'expropriation, voire celle de la nationalisation. Dans cette configuration placée sous le sceau de la menace et de la contrainte, c'est bien la propriété publique et elle seule, soit celle de l'Etat et des autres collectivités publiques, qui s'érige en unique rivale de l'appropriation privée. Dans la ligne de pensée dichotomique qui traverse toute cette problématique, comme d'ailleurs une bonne partie de la doctrine juridique française, la propriété serait ou publique ou privée – *tertium non datur*. L'expropriation autoriserait, pour des raisons dûment établies d'utilité publique et en vertu de la loi uniquement, le passage d'un patrimoine privé au domaine public, tandis que le trajet inverse resterait toujours possible sous la forme d'une désaffectation du bien et de sa vente subséquente.

Les biens qui rentrent ainsi dans l'orbite de la propriété publique sont affectés à l'usage de la personne publique ou du public en général (*res publicae in usu publico*, disaient déjà les romains), et l'on s'attend à ce qu'ils soient gérés au bénéfice de l'ensemble. Du reste, des principes spécifiques déterminent le régime de cette propriété : non-aliénabilité, imprescriptibilité, continuité, égalité et, en principe, libre accès à tous. Néanmoins, sans nier les différences évidentes qui séparent ce régime de celui de la propriété privée,⁴⁷ deux raisons nous conduisent, dans les limites de cette étude, à ne pas lui réserver des développements spécifiques : un argument de fond et une considération plus contingente. Sur le fond, on notera que l'Etat et ses dérivés exercent sur ces biens publics (comme aussi sur leur domaine privé) un *dominium* très proche de celui qui est attribué au propriétaire privé : une maîtrise sans doute plus finalisée, et dans ce sens plus contrôlée, mais néanmoins encore largement souveraine. Ce que vient confirmer

44 Martine Remond-Gouilloud, (Fn.6), 120.

45 Benoît Jadot, L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir, in : *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, François Ost / Serge Gutwirth (dir.), Bruxelles, Publication des FUSL, 1996, 95.

46 Qui aurait fait basculer les *res communes* dans le giron des biens appartenant d'emblée à la Nation, comme le rapporte Benoît Jadot, (Fn.45), 96.

47 Cf. Véronique Inseguet-Brisset, *Propriété publique et environnement*, Paris, L. G. D. J., 1994.

la considération contingente, qui conduit à noter que depuis quelques décennies l'Etat propriétaire tend à aligner sa gouvernance sur les méthodes du *management* privé, cédant régulièrement à la tentation de la désaffectation du domaine public pour des considérations de rentabilité – ceci dit sans même évoquer certaines pratiques affairistes qui ont contaminé l'administration publique dans certains pays. Ce n'est pas un hasard si c'est en Italie précisément que s'est le plus développée la réflexion en faveur des biens communs, à partir d'une crise profonde de la propriété publique qui reconduit à repenser celle-ci à partir de la souveraineté populaire et des droits fondamentaux, plutôt qu'en fonction des intérêts de l'administration, de la politique ou du marché.⁴⁸

L'on peut aussi noter au passage le sens spécifique que la notion de « domaine public » revêt dans la matière du droit d'auteur et du droit des brevets : « tout ce qui n'est pas, ou plus, protégé par le droit intellectuel » ; et, dans la foulée, observer avec Séverine Dusollier, que ce domaine public, défini en creux et comme par défaut, « est fragile et résiste mal aux tentatives de réappropriation de certains de ses éléments ». ⁴⁹ Ici encore, comme pour le domaine public matériel, appel est fait aujourd'hui à la philosophie des communs, pour requalifier le domaine public intellectuel en vue de le doter d'un statut positif, qui le rendrait enfin apte à se défendre contre les atteintes incessantes dont il est l'objet (cf. *infra*, IV, a).⁵⁰

Il reste que le binôme propriété privée-domaine public, et le modèle souverain sous-jacent qui leur est commun, n'ont cessé de s'éloigner des réalités de terrain, en raison de profondes évolutions, tant matérielles et sociétares que juridiques.

II. Evolutions matérielles et sociétares

En ce qui concerne les évolutions matérielles, et à nous en tenir aux observations strictement nécessaires à notre propos, nous relèverons deux transformations fondamentales, opérant, du reste, dans des directions parfaitement opposées : raréfaction d'un côté, limitation de l'autre.

D'une part, en ce qui concerne les choses matérielles, l'on constate une réelle raréfaction des ressources naturelles, ainsi qu'une détérioration significative des milieux

48 Alberto Lucarelli, *Proprieta pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta?*, in : Ugo Mattei, Edoardo Reviglio et Stefano Rodota (dir.), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010, 85ss; Alberto Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in : *Quale Stato*, 3-4, 2007, 87ss. L'auteur dénonce un « enchevêtrement diabolique public-privé qui a rendu difficile la détermination des responsabilités réciproques, déplaçant par là même dans les zones « sombres » la réalisation des intérêts publics et généraux et favorisant les phénomènes d'illégalité diffuse dans l'administration publique » (Du public au commun, *Contribution au séminaire franco-italien du 19 mai 2015 « Un statut juridique pour les biens communs ? »*, 4).

49 Séverine Dusollier, *Pour un régime positif du domaine public*, in : *Le retour des communs*, (Fn.1), 223-224. L'auteur, qui parle encore de « précarité » et de « grignotage », observe que : « le domaine public est un terrain en friche qui n'a de domaine que le nom vaniteux, et de public qu'une prétention à un accès universel ».

50 Ibid. 243ss.

de vie. S'est opérée, au cours des cinq dernières décennies, une prise de conscience de la limitation du monde et de la finitude des ressources naturelles, infligeant un démenti radical aux perspectives rassurantes de Locke (les « terres sans maître de l'Amérique... »), sans qu'un apaisement puisse pour autant être trouvé dans les promesses de substituabilité, par du capital artificiel, qui furent momentanément prônées par les économistes néo-classiques. Nos contemporains ont pris conscience des effets pervers générés par leurs modes de consommation et de production (énergies fossiles, pollutions chimiques, agriculture intensive), réalisant ainsi la finitude de notre monde et le caractère problématique de notre manière de l'habiter. Une conscience nouvelle de la vulnérabilité des générations à venir « auxquelles nous empruntons la terre » suscite la question de responsabilités inédites à leur égard, en même temps qu'un sentiment nouveau d'inter-dépendance, à rebours de l'idée traditionnelle de progrès.

Ce démenti du postulat d'abondance généralisée des ressources matérielles rend désormais problématique l'acquisition exclusive d'îlots privatifs (droit d'exclure), ainsi que la gestion possiblement négligente, voire irresponsable, de ceux-ci (droit de détruire) – soit les deux véritables piliers du modèle propriétaire classique. Par ailleurs, ces constats empiriques ont également pour effet de remettre en cause l'illimitation préten due des *res communes* et la faiblesse de la réglementation qui les accompagnait traditionnellement. C'est que, l'usage inorganisé de l'air et de l'eau ne garantit plus, à terme, le bénéfice des ressources concernées au bénéfice de tous. Si certaines ressources naturelles communes n'appartiennent à personne, n'en est-on pas moins responsable, notamment en tant qu'usager?⁵¹ D'aucuns en viennent même à se demander si la gratuité de leur accès n'est pas l'une des causes de tous leurs maux, vu les externalités négatives que cet accès, ou du moins les prélèvements ou les détériorations qui y sont liés, engendreraient.

D'autre part, en ce qui concerne les ressources informationnelles (communications, savoirs, œuvres de l'esprit, logiciels...), se crée, au contraire, un phénomène d'illimitation générateur d'une toute nouvelle abondance. Les technologies numériques permettent, en effet, comme chacun le sait, la communication universelle et instantanée des données de la connaissance, phénomène lui-même couplé avec la possibilité de reproductibilité de ces données.⁵² En résulte une économie de la connaissance au sein de laquelle le réseau remplace le marché, et où les informations tiennent lieu de monnaie. Avec, notamment, cette conséquence de dématérialiser les œuvres d'art⁵³ et d'en rendre la jouissance non rivale.

51 Martine Remond-Gouilloud, (Fn.6), 126.

52 D'aucuns soulignent que « l'environnement digital pose de nombreux défis au droit d'auteur ». En effet, dans l'espace numérique le critère de rareté disparaît – suite à la dématérialisation de l'œuvre – et les coûts de reproduction des films, écrits et musique diminuent drastiquement en raison de la disparition des intermédiaires traditionnels de la distribution de ces œuvres. Par ailleurs, l'extrême facilité de reproduction entre en tension avec la propriété intellectuelle, Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, coll. Création, information, communication, n° 10, Bruxelles, Larcier, 2005, 27.

53 Cf. à ce sujet un article de presse dans lequel la journaliste, analysant les collections d'art dans les musées néerlandais, prévoit que les collections muséales du futur seront des « collections sociales », en ce sens que leur accès sera ouvert à tous, grâce à un processus de digitalisation et de mise en ligne de collections

Nous verrons que cette évolution contrastée (nouvelle finitude d'un côté, illimitation de l'autre),⁵⁴ sera à l'origine de deux statuts différenciés des biens communs (transpropriation et dépropriation).

Au plan économique et politique, la période de ce dernier demi-siècle a été le théâtre de bouleversements fondamentaux. Après l'échec historique d'expériences de collectivisation des terres et de centralisation planifiée de la production, dans d'importantes régions du monde, et aussi la mise en place d'Etats sociaux dans la plupart des Etats européens, l'on assiste aujourd'hui à une profonde remise en cause des principes redistributeurs du *welfare state* et des services publics qui l'accompagnent, en même temps que s'affirment comme de nouveaux dogmes les principes d'efficacité et de rentabilité du marché, étendus au domaine de l'action publique par les écoles du *Public choice*. En raison de ce dernier phénomène, c'est non seulement la gouvernance administrative qui doit répondre à ces exigences, mais également les politiques d'intérêt général que l'Etat entend développer, comme si toute limitation d'une activité nuisible, mais potentiellement lucrative, devait désormais s'acheter et dûment se compenser.⁵⁵

Par ailleurs, toujours au plan économique, se confirme la lourde tendance qui identifie la source réelle du profit, moins dans la possession matérielle de la ressource que dans l'exploitation intensive des services qu'elle génère. Et, dès lors que c'est l'accès et l'usage de la ressource qui comptent, plus que son appropriation, l'on voit les pratiques économiques osciller entre une économie solidaire de partage (covoiturage, échange de services, potagers urbains, financement d'entreprises innovantes en *crowdfunding*...), et récupération capitaliste de ces nouvelles pratiques (en termes d'exploitation de réseaux sociaux ou de sociétés de taxis, notamment). Dans ce cas, l'économie de *partage* se mue en économie à *péage* et se recrée de nouvelles rentes de situation, comme c'est le cas à propos de quasi-monopoles d'exploitation de certains services informatiques, voire de reprivatisation d'œuvres tombées dans le domaine public (l'on songe à la pratique de numérisation de livres par Google).

Ces évolutions économiques qui, l'on s'en aperçoit, concourent toutes tant à relativiser le modèle propriétaire classique qu'à décrédibiliser l'action de la puissance publique, reposent elles-mêmes sur des transformations idéologiques : d'une part, le succès sans précédent des thèses néo-libérales, d'autre part, et partiellement en contrepoint, la montée en puissance de la génération « partage »,⁵⁶ qui semble plus attachée au « faire » et

« méta » notamment. L'auteur nuance toutefois en avertissant que l'objet physique n'est pas pour autant « passé », ni entièrement remplacé par la technologie 3D, il reste plus rare et donc plus cher. Lynn Berger, « Het museum van de toekomst is altijd open (en voor iedereen) », *De Correspondent*, consulté le 27 février 2015, <<https://decorrespondent.nl/2259/Het-museum-van-de-toekomst-is-altijd-open-en-voor-iedereen/197450129151-b7ced506>>.

54 Si cette reproductibilité est néanmoins limitée par les possibilités technologiques de stockage, parfois en situation de surcharge, ce n'est là qu'une limite factuelle, liée au hardware et non au software. Nous pouvons donc continuer à partir du principe de ressources quasiment illimitées et sans frais.

55 Sandrine Feydel / Christophe Bonneuil, *Prédation. Nature, le nouvel eldorado de la finance*, Paris, La Découverte, 2015.

56 Jeremy Rifkin, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, trad. par Marc Saint-Upéry, Paris, La Découverte, 2005.

à l' « être » qu'à l' « avoir ». Très révélatrices de cette dernière évolution sont les pratiques imaginatives, collectives et militantes des opérateurs les plus actifs des réseaux informatiques d'échanges d'idées, de savoirs et de réalisations artistiques, à l'origine des « biens communs collaboratifs ». A la faveur d'un *cyberespace* conçu comme un champ d'inventivité et de libre franchise, se développe une « communalité » sans frontières et sans attaches, qui entend réinventer le rapport aux biens, en marge tant des contraintes réglementaires publiques que des liens propriétaires.

III. Evolutions juridiques

A aucun moment de l'histoire de la propriété, celle-ci n'a été aussi souveraine que le type idéal, présenté plus haut, pourrait le donner à penser. Avec le temps, les limitations légales et jurisprudentielles se sont en effet multipliées (1). Le mouvement n'est pas à sens unique car, au cours des dernières décennies, s'observe aussi un mouvement de reflux dans le sens d'une revitalisation de l'appropriation (2).

1. Le flux – Les entorses à la *doxa*

Certes, parmi les limitations existantes, l'on connaît celles qui, sans invalider le principe de maîtrise du propriétaire, puisqu'elles procèdent encore de sa libre volonté, consacrent cependant des démembrements de la maîtrise complète et de l'usage exclusif : on vise les conventions par lesquelles le propriétaire concède des servitudes sur son bien,⁵⁷ ou le greve d'usufruit,⁵⁸ ou encore l'affecte d'un droit d'usage, de superficie ou d'emphytéose. Il y a ensuite, sans qu'à nouveau cela n'invalide la théorie, puisqu'il s'agit d'égalité de droits sur une même chose, les cas de copropriété⁵⁹ – situations inconfortables, cependant, et le plus souvent provisoires, que le code tient en suspicion et dont il favorise la sortie.

En revanche, les innombrables cas de limitation légale ou réglementaire de l'usage de la propriété constituent incontestablement une entorse à la *doxa*. A vrai dire, le principe de ces limitations était inscrit dès l'origine au deuxième alinéa de l'article 544 : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ». Mais, outre le fait que ces interventions législatives soient longtemps restées rares, tout s'est passé comme si la doctrine avait refoulé ou occulté cette précision qui, pourtant, portait en germe les principes de politiques publiques interventionnistes, soucieuses de finaliser l'usage des

57 L'on pense aux servitudes de passage, aux clôtures, aux plantations ou encore aux jours et vues prévues dans le Code civil aux articles 686 et suivant.

58 L'usufruit impose par nature un devoir de conservation et a été qualifiée d' « institution sage » en ce qu'il conduit, au delà des conflits d'intérêts, à la conservation des choses qui en sont l'objet, Martine Remond-Gouilloud, (Fn.6), 134.

59 La copropriété ne constitue toutefois pas un exemple de propriété collective dans la mesure où il s'agit d'un ensemble de droits privatifs s'exerçant sur les quotes-parts.

biens en considération des différentes facettes de l'intérêt général.⁶⁰ C'est par ailleurs ce même article qui sert d'assise à la construction jurisprudentielle de la théorie des troubles de voisinage signalant, dès 1960,⁶¹ l'existence de points d'équilibre – et de la possibilité de leur rupture – dans la jouissance légale de propriétés voisines. À l'abri de la sacro-sainte séparation du droit public et du droit privé, la doctrine majoritaire continua cependant à entretenir le mythe de la forteresse propriétaire, sans se préoccuper vraiment des modifications du contexte politique et social environnant.

Néanmoins, une doctrine minoritaire développa un discours sur la fonction sociale de la propriété au même moment, soit à la fin du XIX^{ème} et au tournant du XX^{ème} siècle. Notamment pensée par Duguit et Josserand, la propriété fonction sociale suppose d'abandonner l'idée de la propriété comme droit subjectif et de réfléchir en termes de « droit-fonction » : la propriété est alors « la fonction sociale du détenteur de la richesse ».⁶² Il incombe au propriétaire de mettre sa richesse au service de la collectivité et de l'interdépendance sociale.⁶³ Si la théorie n'a eu que peu d'échos dans le droit positif belge et français, d'autres pays ont en revanche adopté cette conception de la propriété, allant jusqu'à l'inscrire dans leur Constitution.⁶⁴ Ainsi peut-on lire dans la Loi fondamentale allemande que : « Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien commun »,⁶⁵ tandis que la Constitution italienne prévoit que « la loi fixe les limites de la propriété afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous » ;⁶⁶ de son côté, la Constitution espagnole proclame : « le droit à la propriété et à l'héritage est reconnu. La fonction sociale de ces droits délimitera leur contenu, conformément aux lois ».⁶⁷ En exécution de ces pistes constitutionnelles, de nombreuses législations sont venues limiter le droit de propriété.

a) Les limitations légales portées par l'intérêt général

Au rang des restrictions prévues par le législateur, citons, à titre d'illustration, les servitudes d'utilité publique, créées aux fins de satisfaire l'intérêt général, bien connues dans la matière des monuments et sites, de l'urbanisme ou encore de l'environnement⁶⁸ – l'on évoquera le classement d'un immeuble monument historique (cf. *infra*,

60 On en trouve pourtant une illustration inscrite dans le Code civil lui-même, dès 1804, à l'article 645 : « les tribunaux doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ».

61 Cass., 6 avril 1960.

62 Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, F. Alcan, 1912, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k935172d>> (consulté le 22 juillet 2015), 147.

63 Nicolas Bernard, *Précis de droit des biens*, Louvain-La Neuve, Anthemis Editions, 2014, 130–131; et les références citées aux travaux de Duguit et de Josserand.

64 Cf. les nombreuses références aux Constitutions citées par Nicolas Bernard, (Fn.63), 132–133.

65 Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, article 14, 2.

66 Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947, article 42, alinéa 2.

67 Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978, article 33, 1 et 2.

68 Michel Pâques, Propriété, privations et servitudes de droit public. Quels biens, quel équilibre, quelle compensation ? Morceaux choisis, in : Pascal Lecocq et al., *Contraintes, limitation et atteinte à la propriété*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, 133.

IV, 1), ou l'obligation d'obtenir une autorisation administrative avant de procéder à des travaux de construction (permis d'urbanisme) ou d'exploiter son bien (permis d'environnement).

Vu les charges imposées par les servitudes d'utilité publique, la question de la validité de ces interventions publiques et du seuil d'acceptabilité de la contrainte s'est vite posée. Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme ne tarda pas à être saisie sur la base de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel. Le droit au respect des « biens » – un concept bien plus englobant que celui de propriété – qui y est consacré « ne porte pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ». ⁶⁹ Le bouclier, dont certains pensent pouvoir se servir pour contrer les servitudes ou les restrictions qu'un pouvoir public leur impose au nom de l'intérêt de tous, en devient singulièrement fragile. En témoigne ainsi la préservation du littoral. Conscrite par la loi, dans certains pays du moins, la protection du libre accès au littoral est motivée par un but légitime d'intérêt général. La plage est sublimée en tant que « lieu ouvert à tous ». ⁷⁰ Il en résulte que le droit de libre passage en bord de mer est légitime, ceci même s'il faut pour cela traverser, voire supprimer, des propriétés qui se revendiquaient privées. ⁷¹ Sont tout autant légitimes les interdictions de bâtir dans les zones de dunes, ⁷² les restrictions d'exploitation dans des zones désignées comme réserves naturelles, le gel d'emplacements de parking, afin de garantir une meilleure protection de la qualité de l'air ambiant, ⁷³ les restrictions à l'usage de fertilisants imposées aux agriculteurs, ... les exemples sont nombreux. Selon les juges de Strasbourg, ce n'est rien moins que toute la protection de l'environnement qui relève de cet intérêt général susceptible de contrarier la protection du « libre » usage des biens, parce qu'il s'agit d'une valeur « dont la société se soucie sans cesse davantage » et « dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu ». ⁷⁴ Les juges précisent encore que « des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne doivent pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement », car sinon le pouvoir public serait bien en peine d'assumer ses propres responsabilités. ⁷⁵

La protection du patrimoine culturel fait également partie de l'intérêt général légitimant une atteinte à la propriété. Ainsi, les juges ont-ils pu considérer que « le contrôle du marché des œuvres d'art par l'Etat constitue un but légitime dans le cadre de la protection

69 Art. 1, al. 2, Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) ; Cour eur. dr. h, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982.

70 Cour eur. dr. h, *N.A. et autres c. Turquie*, 11 octobre 2005, § 40.

71 Cour eur. dr. h, *Depalle c. France*, 29 mars 2010, § 81.

72 Cour constitutionnelle, arrêt 24/96, 27 mars 1996.

73 Cour constitutionnelle, arrêt 170/2014, *Fédération des parkings de Belgique*, 27 novembre 2014.

74 Cour eur. dr. h, *Fredin c. Suède*, 18 février 1991, § 48. Aff. Depalle, précitée.

75 Cour eur. dr. h, *Fotopoulou c. Grèce*, n° 66725/01, 18 novembre 2004, Cour eur. dr. h, *Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Stegaseos Ypallilon Trapezis Tis Ellados c. Grèce*, 3 mai 2011.

du patrimoine culturel et artistique d'un pays », ⁷⁶ en précisant que, même s'il s'agit d'une œuvre réalisée par un artiste étranger, ⁷⁷ l'Etat peut légitimement accueillir sur son territoire « des œuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations » et privilégier « la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéfice du public, dans l'intérêt général de la culture universelle ». ⁷⁸ S'agissant du patrimoine culturel immobilier, la Cour admet invariablement la légitimité du but poursuivi, soulignant que : « la conservation du patrimoine culturel, et, le cas échéant, son utilisation durable ont pour but, outre le maintien d'une certaine qualité de vie, la préservation des racines historiques, culturelles et artistiques d'une région et de ses habitants. A ce titre, elles constituent une valeur essentielle dont la défense et la promotion incombent aux pouvoirs publics ». ⁷⁹

Si l'ingérence est légitime, reste à voir si elle est proportionnée, question emmenant inexorablement vers le terrain délicat de l'indemnisation. Les limitations de l'usage de la propriété ne sont pas assimilables, par automatisme, aux cas de transfert de droit qui, eux, requièrent bien une indemnisation d'office. ⁸⁰ Les simples restrictions d'usage sont plutôt régies, à l'inverse, par un principe de non-indemnisation des servitudes d'utilité publique. C'est du moins ce que consacre la jurisprudence des cours et tribunaux belges. ⁸¹ L'établissement par la loi d'une restriction d'un droit de propriété dans l'intérêt public, par l'établissement d'une charge ou d'une restriction (l'obligation de préserver la biodiversité sur sa parcelle, l'obligation de détenir un permis pour exploiter une activité, avec comme corollaire le risque de ne pas l'obtenir...), ne confère pas un droit à une indemnité au propriétaire du fonds servant, à moins que cette même loi n'en dispose, précisément, autrement... C'est en quelque sorte au législateur de décider s'il compense ou pas, et s'il dispose des fonds pour ce faire. Le juge vérifiera toutefois si l'impact causé n'est pas exorbitant, ⁸² s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, et si la loi en cause ne crée pas d'inégalités. ⁸³

76 Cour eur. dr. h, Gde Ch., arrêt *Beyeler c. Italie*, 5 janvier 2000, § 112 ; Cour eur. dr. h, arrêt *Ruspoli Morenes c. Espagne*, 28 juin 2011, § 35 concernant le tableau préempté *La Condesa de Chinchon* de Francisco de Goya (*infra*, II, B, 3, ii) ; Cour eur. dr. h, décision *Buonomo Gärber et autres c. Italie*, 20 mai 2003.

77 En l'espèce, il s'agit du peintre Vincent Van Gogh et de son œuvre, intitulée *Le jardinier*, réalisée à Saint-Rémy-de-Provence (France) en 1889.

78 Cour eur. dr. h, arrêt *Beyeler c. Italie*, 5 janvier 2000, § 113. Ce même argument est invoqué dans l'arrêt *Ruspoli Morenes c. Espagne*, 28 juin 2011, § 41, où la Cour mentionne expressément que : « les restrictions s'expliquent par le souci de l'Administration de centraliser, autant que faire se peut, la conservation et la promotion des œuvres d'art afin (...) d'en faciliter l'accès à l'ensemble de la population ».

79 Cour eur. dr. h, Gde Ch., arrêt *Kozacioglu c. Turquie*, 19 février 2009, § 54.

80 Michel Pâques, Propriété et zonage écologique, compensation et indemnisation, in : CEDRE (éd.), *Le zonage écologique*, Bruylant, Brussels, 2002, 248.

81 Michel Pâques, Propriété et zonage écologique, compensation et indemnisation, in : Max Falque / Henri Lamotte / Jean-François Saglio, *Les ressources foncières : droits de propriété, économie et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 137-149 ; Cass. 16 mars 1990, *Pas*, I, 1990, 827 ; C.E., Laureyssens, n°26.043, 9 janvier 1986.

82 Michel Delnoy, Indemnisation des atteintes au droit de propriété : description et appréciation des régimes de compensation du CWATUP et du décret Natura 2000, in : *Actualité du cadre de vie en Région wallonne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 93-165.

83 Luc Lavrysen, *Environmental Law and the Property Guarantee, Report on Belgium*, 2014, Avosetta series, disponible sur <<http://www.avosetta.org>>

Mais le principe en droit interne est bien celui de l'imposition de restrictions de l'usage d'un bien sans compensation, pourvu que ce soit au profit de l'intérêt général. Ce discours est bien différent de celui qui se tient, ou qui se tint un temps du moins, dans les cercles fermés de l'arbitrage international portant sur les conflits entre Etats et investisseurs. Il y est arrivé fréquemment, bien au contraire, que la non-délivrance d'un permis ou la restriction de l'usage d'un produit soient tout bonnement assimilées à une atteinte à la propriété de celui qui a investi et à ses attentes légitimes. Avec, pour conséquence, l'obligation pour l'Etat de verser quelques millions de dollars à l'investisseur, sans égard aux préoccupations d'intérêt général qui le motivaient pourtant, longtemps tout simplement maintenues hors du champ de l'analyse.⁸⁴

b) Les limitations portées par des intérêts collectifs

Depuis quelque temps, des droits de l'homme relativement nouveaux et portés par les « communautés »,⁸⁵ émergent et mettent en cause le modèle absolu et exclusif de la propriété. Les textes relatifs aux droits des peuples autochtones, dont le plus récent en date est la résolution de l'ONU relative à la déclaration des droits des peuples autochtones adoptée le 13 septembre 2007, prônent une jouissance commune de leurs biens, notamment de leur patrimoine culturel. Le curseur se déplace et l'on passe du droit *des choses* à un droit *des personnes à ces choses*.⁸⁶ Le « droit à » signifie que la jouissance sur ces biens patrimoniaux est partagée, notamment au travers des droits d'accès et des droits d'utilisation, et que la restitution de biens culturels appartenant au peuple autochtone peut être demandée. Ce discours, axé sur la personne plutôt que sur la chose, se retrouve également en matière de patrimoine culturel, et ce dans deux conventions récentes.

La première est la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée le 17 octobre 2003 au sein de l'UNESCO ; elle porte sur un objet nouveau : pratiques, expressions ou savoir-faire à valeur culturelle, dont une grande partie est hors champ propriétaire. La nouveauté de cette Convention réside aussi dans le mode de désignation ou de qualification du patrimoine : est patrimoine immatériel ce qu'un groupe, une communauté, reconnaît comme tel. Ce n'est donc pas la question de la valeur intrinsèque artistique ou historique créant le patrimoine qui est à l'origine de sa désignation comme patrimoine, mais la revendication d'un lien d'appartenance.⁸⁷ La Convention renforce la dimension relative à l'action humaine sur cette notion du patrimoine et établit

84 Jorge E. Vinuales, *Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. protection des investissements*, in : *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, SFDE, Pedone, Paris, 2010, 407-426 ; Delphine Misonne, *Payer ou renoncer – Les investisseurs à l'assaut de la protection de l'environnement*, in : *Liber amicorum Francis Haumont*, 2015, 719-737.

85 La notion de « communauté », souvent utilisée en droit international et dans le discours des droits culturels, ne connaît pas encore de définition claire, le flou qui l'entoure s'explique par la difficulté de déterminer une telle entité de personnes.

86 Antoinette Maget, *Collectionnisme public et conscience patrimoniale : Les collections d'antiquités égyptiennes en Europe*, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris, L'Harmattan, 2009.

87 Ibid.

ainsi un rapport nouveau entre patrimoine, société civile et Etat. Qui plus est, la dimension personnaliste et humaine du patrimoine immatériel rejaillit sur le patrimoine matériel, c'est-à-dire sur les objets et artefacts liés à ces expressions et pratiques.

La seconde est la Convention-cadre sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée par le Conseil de l'Europe le 27 octobre 2005 à Faro, qui définit le patrimoine comme « un ensemble de ressources héritées du passé, que des personnes considèrent, par-delà le régime de propriété des biens, comme un reflet et une expression de leurs valeurs, croyances, savoirs et traditions en continuelle évolution ». Le texte définit également une communauté patrimoniale de la manière suivante : « une communauté patrimoniale se compose de personnes qui attachent de la valeur à des aspects spécifiques du patrimoine culturel qu'elles souhaitent, dans le cadre de l'action publique, maintenir et transmettre aux générations futures ».

Ceci permet à Marie Cornu de conclure que l'« on glisse d'un droit des biens assis sur la notion d'intérêt général dont l'Etat serait le seul garant et plus encore le seul artisan, à un droit dans lequel le collectif est au cœur de la définition, donc au cœur du projet de protection ». ⁸⁸ La protection du patrimoine culturel est portée par le discours des droits fondamentaux relatifs aux communautés et par les droits culturels ; ne tenant guère compte du rapport de propriété, il met plutôt l'accent sur le droit de participer librement à la vie culturelle. ⁸⁹

Une mise en garde s'impose néanmoins. Cette perspective ne change pas fondamentalement le pouvoir de décision : c'est toujours l'Etat qui met en mouvement la protection. Reste aussi à surmonter les difficultés de définir le groupe, de le légitimer comme support de droits, de le doter de prérogatives, difficultés sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

2. Le reflux – la revitalisation de l'appropriation

Les évolutions juridiques désavouant l'archétype de la propriété font parfois aussi volte-face et prennent le courant inverse, de retour vers l'appropriation.

a) La « tragédie des anti-communs » : gènes, logiciels et médicaments essentiels

Ainsi observe-t-on un développement sans précédent de la propriété intellectuelle, opérant en matière de ressources informationnelles une sorte de « deuxième mouvement des enclosures » ; on parle même de « tragédie des anti-communs ». ⁹⁰ Les exemples

⁸⁸ Ibid, 155.

⁸⁹ Pour une étude approfondie de la juridicité du droit à la culture, cf. la thèse de Céline Romainville, *Le droit à la culture, une réalité juridique le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*. Bruylant, 2014.

⁹⁰ Danièle Bourcier, Digital Commons Works : Thinking Governance, in : Danièle Bourcier et al., *Intelligent Multimedias. Managing Creative Works in a Digital World*, Florence, EPAP, 2010, 31, qui fait référence au

les plus frappants concernent la privatisation des gènes par Monsanto et les logiciels fermés de Google. L'instrument phare est ici le brevet, qui octroie un droit de propriété individuel et exclusif sur un nombre grandissant de ressources. En effet, la montée en puissance de la propriété intellectuelle, dont les brevets font partie, se marque non seulement par un prolongement dans le temps de leur protection (de 50 à 70 ans *post mortem* pour le droit d'auteur par exemple), mais aussi par une extension des types de ressources concernées (aujourd'hui les variétés végétales, les logiciels, les bases de données, les séquençages de gènes, etc.), et par un accroissement des prérogatives octroyées.⁹¹ Selon certains auteurs, cet engouement propriétaire pourrait conduire à une limitation des capacités d'innovation et, par ses multiples freins à la libre circulation des savoirs – par des stratégies de sous-utilisation ou de barrage à d'autres innovations ou utilisations concurrentes –, à un appauvrissement général.⁹² Certaines multinationales telles que Monsanto ou Google ont breveté des ressources informationnelles de telle sorte que l'économie d'usage se mue en économie à péage, où les profits résultent de l'utilisation concédée de la chose. En réaction, sera prônée la construction de « communs scientifiques » dans les domaines des logiciels (*open source*), de la recherche (*open science*), ou des œuvres d'art.⁹³

Une autre composante de cette « tragédie des anti-communs » touche la problématique des médicaments dits « essentiels », c'est-à-dire « ceux qui satisfont aux besoins prioritaires de la population en matière de soins de santé ».⁹⁴ Bien que toujours soumis à des brevets, ces médicaments sont considérés tellement essentiels pour la santé publique d'un pays – surtout pour les pays pauvres pour qui l'accès au marché de ces médicaments antirétroviraux est difficile – que l'accès à ceux-ci peut se faire à l'encontre du propriétaire détenteur d'un brevet sur le médicament.⁹⁵ Aussi, la déclaration ministérielle de Doha de novembre 2001 « sur l'Accord sur les Aspects du droit de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et à la santé publique » (adoptée dans le cadre de l'OMC) préconise-t-elle, en son article 31,⁹⁶ l'usage de « licences obliga-

livre de James Boyle, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven & London, Yale University Press, 2008.

91 Cf. un constat similaire réalisé par Bernard Remiche et Vincent Cassiers, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, coll. Manuels Larquier, Bruxelles, Larquier, 2010, 27–37.

92 Judith Rochfeld, *Penser autrement la propriété: la propriété s'oppose-t-elle aux « communs »?*, (2015) t. XXVIII-3, *Revue Internationale de Droit Économique*, 353–354.; cf. aussi: Quels modèles pour construire des « communs »?, in: Béatrice Parance / Jacques de Saint-Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS, 2014, 110–128.

93 Judith Rochfeld, *Quels modèles*, (Fn.92), 110.

94 « La sélection des médicaments essentiels », Perspectives politique de l'OMS sur les médicaments, 2002.

95 Cf. à ce sujet l'excellente thèse de Daniel De Beer, *Brevet, santé publique et accès aux médicaments essentiels: une fin de droit?*, coll. Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, n°11, Bruxelles, Bruylant, 2011, notamment les pages 323–337, concernant l'historique des licences obligatoires – bien antérieures et plus élargies que celles prévues dans la Déclaration de Doha – ainsi qu'aux pages 473ss concernant les nombreux accords bilatéraux conclu au nez et à la barbe des ADPIC.

96 L'article 31 des ADPIC est en effet le plus long de tout l'accord et prévoit une multitude de conditions restrictives pour être appliqué, qui sont commentées de manière critique par Daniel De Beer, (Fn. 95), 330–331.

toires »⁹⁷ concédant à un tiers, en tout ou en partie, les droits d'exploitation sur ces médicaments essentiels, sans que l'autorisation du détenteur du brevet soit requise à cette fin.⁹⁸ Les pays sont invités à déterminer des listes de médicaments essentiels, en s'inspirant de celle de l'OMS qui en a répertorié environ 350. Il faut noter cependant qu'en même temps, les ADPIC mettent fin à la possibilité qu'avaient les pays du Sud de copier librement les molécules thérapeutiques, pour les médicaments génériques, destinées à leur marché intérieur et rendent au surplus l'utilisation de ces médicaments génériques difficile. Le bras de fer se poursuit néanmoins car la mise en œuvre des ADPIC et du système des « licences obligatoires » rencontre des difficultés et est remise en question au vu de la multiplication d'accords bilatéraux venant renforcer les exigences de respect des propriétés industrielles entre les Etats-Unis, notamment, et divers autres pays.⁹⁹

b) Les marchés d'air et de nature

Dans ce mouvement de retour vers l'appropriation, on ne peut pas non plus ignorer l'essor formidable des mécanismes de marché s'imposant désormais dans les dispositifs politiques et juridiques traitant de préservation de l'environnement. Il ne s'agit plus ici de la seule question de savoir si les efforts faits en vue de préserver les « biens communs » méritent compensation, mais bien de mettre en place des mécanismes sophistiqués garantissant que celui qui contribue à leur protection soit récompensé par la possibilité d'en tirer de juteux profits.

Le phénomène est connu depuis des décennies dans le domaine de la pollution de l'air. Il est né des pluies acides, à l'initiative des politiques américaines, mais trouva son essor dans le cadre du changement climatique. La pollution émise se paie, celle qui est évitée permet de gagner de l'argent, à condition de trouver preneur sur le marché. La tonne d'émissions s'est transformée en quota dont l'épuisement ou la revente se cristallise en espèces sonnantes et trébuchantes. Le quota est représenté par un titre que l'on peut acheter et revendre, mais qui peut aussi être repris ou même gelé. La propriété ainsi créée est très contingente et d'un genre nouveau. Il ne s'agit pas vraiment, à y regarder de plus près, de l'appropriation d'un volume d'air, mais bien de l'appropriation d'un titre vous permettant de polluer cet air, dont la valeur fluctue au gré du marché et dont l'existence même est tributaire de la bonne volonté du pouvoir public, qui détient le monopole de sa création.

97 Le système des licences obligatoires existait déjà bien avant la Déclaration de Doha et visait alors principalement à lutter contre les « brevets dormants », son application n'étant pas réglementée au niveau international, car elle a toujours suscité de vives oppositions et conflits idéologiques. Pour un résumé sur les « sulfureuses licences obligatoires », cf. Daniel De Beer, (Fn. 95), 323–337.

98 Le Chapitre 5 de la Déclaration précitée est éloquent à cet égard, consacrant la liberté de chaque Etat de déterminer les circonstances pour utiliser une « licence obligatoire » : « chaque membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées. Chaque membre a le droit de déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence ».

99 Judith Rochfeld, *Quels modèles*, (Fn.92), 126–127.

Ces mécanismes de marché envahissent également le champ de la protection de la nature, toujours au départ des pays anglo-saxons,¹⁰⁰ même si ce phénomène rencontre plus de résistance sur le sol européen. La nature est désormais décrite comme dispensatrice de services (les services « écosystémiques » ou « environnementaux »), que ce soit au profit d'elle-même ou de l'humain, et ces services sont eux aussi susceptibles de faire l'objet de transactions commerciales, à certaines conditions.¹⁰¹ La mécanique de marché s'installe dans les possibilités de « compensation », liées aux éventuelles autorisations de détruire certains habitats ou certaines espèces remarquables, mais aussi dans la possibilité, pour ceux qui protègent particulièrement bien la nature placée sous leur tutelle, d'en tirer des crédits à revendre à d'éventuels développeurs de projets destructeurs. Je détruis ce marais, dans le respect des conditions posées par la loi, à condition que, dans certaines circonstances, je compense cette destruction, en finançant la fonction « marais » de telle autre zone, assurée par moi-même ou par un tiers. Or, il arrive que ce tiers ne dispose pas d'un seul type de crédit à me proposer mais bien de tout un portefeuille de services ou d'usages comparables à celui du marais que j'ai détruit. Il a en effet compris tout l'intérêt économique de créer une 'banque d'habitats', destinée tant à satisfaire les développeurs qui sont à la recherche de substituts pour compenser leurs destructions qu'à valoriser les efforts de ceux qui, à l'inverse, parce qu'ils protègent au mieux leurs propres ressources naturelles, aimeraient néanmoins en tirer un avantage. Dans ces banques d'un nouveau genre, déjà bien implantées aux Etats-Unis et en Australie, mais en voie d'expérimentation en Europe également, ce sont surtout les divers usages et les services offerts par la nature qui sont monétarisés, et non pas nécessairement la nature elle-même, ni encore le bien qui la porte.

En dépit de ces flux et reflux législatifs et jurisprudentiels, la doctrine standard de la propriété est restée étonnement stable, continuant à entretenir le dogme d'un droit exclusif et absolu, prolongement de la liberté individuelle et instrument de la prospérité générale.¹⁰² Certes, les exceptions et hypothèses *ad hoc* s'accumulaient de plus en plus (l'on a relevé qu'entre la première et la cinquième édition du *Traité* d'Aubry et Rau, sé-

100 Michael Jenkins / Sara J. Scherr / Mira Inbar, Markets for biodiversity services: potential roles and challenges, *Environment* 45 (2004), 32-42.

101 Jean Gadrey / Aurore Lalucq, *Faut-il donner un prix à la nature*, éd. Les Petits Matins, 2015, 121.

102 Aucune des illustrations commentées ci-dessus ne consacre en effet une propriété collective. A cet égard, le cas des œuvres artistiques de collaboration est un des rares exemples dans lequel l'on pourrait reconnaître une propriété commune. L'œuvre de collaboration (comprise à l'article L.113-3 du Code de la propriété intellectuelle français et article XI.169 du Code de droit économique belge) est, par nature, incompatible avec une appropriation individualiste et bénéficie d'une pluralité de titulaires exerçant une volonté collective sur un objet indivisible. Selon Géraldine Salord, cette propriété commune est toutefois aussi exclusive et absolue que la propriété individuelle, ce qui lui fait conclure que l'exclusivité n'est pas l'apanage de l'individualisme (une seule personne propriétaire), et qu'il peut exister une pluralité de propriétaires sur un bien, tous également titulaires d'un même droit sur le tout. Cet « autre modèle propriétaire » est différent de celui qui nous intéresse, c'est-à-dire une pluralité de titulaires de droits diversifiés sur la chose. Néanmoins, on pourrait y voir un point commun dans la mesure où dans ces exemples, la pluralité de titulaires entraîne inévitablement des ménagements réciproques, des limitations, et sans doute moins d'excès ou d'abus, par un mécanisme de contrôle mutuel. Cf. Géraldine Salord, (Fn.19), 196-197.

parées par cinquante ans, ce chapitre des limitations était passé de 2 à 70 pages !),¹⁰³ mais sans invalider pour autant la force du paradigme. D'ailleurs, lorsque l'urgence environnementale est constatée et qu'elle acquiert le statut de problème politique, c'est la voie de l'édiction de lois et de règlements de police qui est suivie, pas celle d'une réforme du droit privé.¹⁰⁴

Pourtant, d'autres pays comme l'Italie n'hésitent pas à remettre en question le paradigme et ceci constitue une transition avec la section suivante. Ainsi, l'étude réalisée en 2007–2008 par la Commission Rodotà en Italie, mise en place par l'administration Prodi, avait pour objet de modifier la partie du Code civil concernant la propriété publique. La Commission a rendu son rapport en avril 2008 alors que le gouvernement était démissionnaire. L'article proposé par la Commission introduisait pour la première fois la notion juridique de bien commun, à côté de la propriété privée et de la propriété publique, définissant les biens communs comme « les choses qui font partie de l'exercice des droits fondamentaux et de la liberté des humains », et qui doivent être protégés pour les générations futures. Élaboré 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, le bien commun est réputé hors commerce s'il appartient à une autorité publique, et sa concession n'est que temporaire. Toute personne a par ailleurs le droit d'agir en justice pour la sauvegarde des biens communs.¹⁰⁵ Si les travaux de la Commission Rodotà n'ont pas eu d'écho en droit positif – le gouvernement suivant n'ayant pas adopté ses propositions –, ils se prolongent avec ceux de juristes italiens contemporains comme Alberto Lucarelli¹⁰⁶ et Ugo Mattei.¹⁰⁷ Une

103 En ce sens, Jean-Pascal Chazal, (Fn.20), 775. La première édition date de 1839, la cinquième de 1897.

104 Max Falque, Introduction, in : *Droits de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, 1997, 2.

105 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> (consulté le 29 juillet 2015).

106 Ses publications les plus récentes sur la question comprennent : Alberto Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, 2015, paru dans *Costituzionalismo.it*; un résumé en français devrait être disponible prochainement ; Alberto 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 ; Alberto Lucarelli, *Beni comuni: dalla teoria all'azione politica* ([Viareggio (LU)] : Dissensi, 2011).

107 Ses publications les plus récentes sur la question comprennent : Ugo Mattei, *Protecting Future Generations through Commons* (editor, with Saki Bailey & Gilda Farrell) – available also in French, 2014 ; en ligne : <http://works.bepress.com/ugo_mattei/57> (consulté le 29 juillet 2015) ; Ugo Mattei, *The Commons Mo-*

des idées intéressantes mise en avant par Lucarelli consiste à viser le dépassement du droit public social vers un droit public participatif, basé sur la « participation autodéterminée, informée et formée » des usagers, où l'administration entre en dialogue avec les associations, les comités, les mouvements divers, sans pour autant abandonner ses propres responsabilités.¹⁰⁸

A l'opposé du modèle absolutiste, la doctrine américaine, plus proche des réalités de terrain, comme on l'a dit, avait adopté, dès la fin du XIX^{ème} siècle, une conception plus pragmatique de la propriété, envisagée comme un « faisceau de droits » correspondant aux diverses utilités dont la chose pouvait être l'objet – des droits susceptibles d'être détenus par des titulaires différents aux intérêts enchevêtrés. L'idée était doublement moderne qui, d'une part, désacralisait la maîtrise du propriétaire souverain mais qui, d'autre part, en consacrant les différents usages économiques de la chose, ouvrait la porte aux exigences contemporaines de compensation chaque fois qu'une politique publique limiterait les perspectives de profit que l'exploitation de cette chose aurait permis d'anticiper.¹⁰⁹ Ce pragmatisme avait par ailleurs l'avantage de moduler le régime de la propriété en considération de la diversité des biens dont question : est-il raisonnable, en effet, de plaquer des solutions identiques sur des biens aussi divers qu'un objet de consommation, un instrument de production, un titre de société ou une œuvre de l'esprit ?

Mais l'exemple américain nous avertit de la complexité de cette opération, eu égard aux ambivalences des changements en cours. C'est que, si la doctrine des *bundles of rights* a pu servir de soutien à la théorie des *commons* d'Elinor Ostrom, elle a justifié aussi, chez les juristes s'inspirant des thèses néo-libérales de l'école de Chicago, un

vement in Italy, in: *South Atl. Q.* 2013, en ligne : <http://works.bepress.com/ugo_mattei/51> (consulté le 29 juillet 2015) ; Ugo Mattei et Saki Bailey, Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons, in: *Indiana Journal of Legal Studies* (2013), <http://works.bepress.com/ugo_mattei/43>.

¹⁰⁸ Alberto Lucarelli, *Du public au commun, Contribution au séminaire franco-italien du 19 mai 2015* : « *Un statut juridique pour les biens communs ?* », 10. Lucarelli est par ailleurs maire adjoint à la ville de Naples et mène une des premières expériences réelles d'une gestion en commun pour l'eau de la ville. Il résume lui-même l'action comme suit : « A la suite des résultats du référendum sur l'eau [NB : ce référendum a eu lieu en 2011 et plus de 1,5 millions signatures furent recueillies en trois mois et presque 27 millions de « oui » se prononcèrent en faveur de l'eau bien commun], il a été possible de réaliser la transformation de la Société par Actions ARIN en une entreprise de droit public : < ABC Naples >, doté par statut, d'un gouvernement écologique et participatif de l'eau, un petit parlement de l'eau dans lequel sont représentés les usagers, les travailleurs, les environnementalistes et les conseillers communaux. Il s'agit du premier exemple aussi avancé d'une institution de gestion des biens communs. Elle est admirée en Europe et devrait être la règle et non l'exception. Par ailleurs, < ABC Naples > est en train de promouvoir < Federcommons >, une association qui entend lier entre eux les gestionnaires de services publics à 100 % de propriété publique (plus de 400 structures) pour conjurer la privatisation et en favoriser la transformation en forces juridiques participatives sur le modèle de ABC. Il s'agit d'un défi nécessaire pour contrecarrer la pression de l'association < Federutility >, dominée par les gestionnaires privés et semi-privés, qui cherchent à donner à l'interprétation du droit une lecture mercantiliste. », <<http://www.journaldumauss.net/?Biens-communs-et-fonction-sociale-1118>>, (consulté le 29 juillet 2015).

¹⁰⁹ Sur les controverses suscitées par cette nouvelle perspective, et aussi la nécessité, pour les tribunaux, de procéder à une « balance des intérêts » en cas d'atteinte par la législation à un des aspects du rendement possible du bien (entre confiscation, d'une part, et, consécration d'une rente de situation, ou revenu garanti en toute hypothèse, d'autre part, l'équilibre est subtil), cf. Jean-Pascal Chazal, (Fn.20), 780-782.

retour en force de la souveraineté du propriétaire (seule la concentration entre ses mains des divers usages de la propriété étant censée garantir l'efficacité économique).¹¹⁰

Ces différentes évolutions rendent souhaitable une révolution copernicienne en vue d'un changement de paradigme. En quelle mesure la prise en compte des « biens communs » serait-elle susceptible d'amorcer ce changement de paradigme, c'est ce qu'il nous faut examiner maintenant.

IV. Biens communs, transpropriation et dépropriation

Trois mises en garde préalables s'imposent, avant d'aborder la question des biens communs et le double régime qu'ils appellent, que nous qualifions respectivement de « transpropriation » et de « dépropriation ».

La première invite à s'affranchir de ce que l'on pourrait appeler l'« imaginaire propriétaire », lorsque l'on pense les biens communs. Ceux-ci, en effet, ne sont pas de la propriété inversée (une maîtrise absolue au profit de tous, ou encore l'absence totale d'appropriation) ; il doit être possible, pensons-nous, de construire un régime des communs, au moins en partie, à l'abri de la fascination que pourrait continuer à exercer ce modèle. Aurore Chaigneau a raison, à cet égard, de dénoncer le « contresens » qui conduit à réduire nécessairement les communs à une propriété collective détenue par des utilisateurs détenteurs de droits strictement égaux, alors que l'intérêt de la notion est de « rassembler autour d'une cause légitime des détenteurs de droits divers, ayant chacun des utilités différentes et non nécessairement concurrentes du bien ou du patrimoine concerné ». ¹¹¹ De même, synthétisant les contributions de l'ouvrage déjà cité *Le retour des communs*, Benjamin Coriat peut écrire : « un thème majeur de cet ouvrage est de montrer comment le propre des communs est qu'ils sont construits non pas sur une négation du droit de propriété, mais au contraire sur d'autres définitions de la notion de propriété, qui, rompant avec la conception exclusiviste de la propriété héritée du droit bourgeois, rendent possibles et effectives la propriété partagée ». ¹¹²

Le deuxième avertissement traverse comme un fil rouge notre contribution et consiste à rappeler, une fois encore, la nécessité de se garder de toute forme d'angélisme. S'il est vrai que le modèle « communs » s'impose de plus en plus, notamment en raison des transformations matérielles et des évolutions sociétares que l'on a dites, il ne s'en déduit pas que l'économie capitaliste et financière désarme pour autant. Celle-ci s'y entend, au contraire, à repriver l'usage ou l'accès aux communs et à exploiter, sur le plan de la publicité notamment, l'idéal communautaire qui est dans l'air du temps.

110 Sur cette ambivalence, cf. Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits... », (Fn.18), 8–20.

111 Aurore Chaigneau, Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, in : *Revue internationale de droit économique* 3 (2014), 349.

112 Benjamin Coriat, (Fn.1), 28. Cf. aussi Séverine Dusollier, (Fn.49), 244 : « le défaut de propriété n'est pas essentiel aux *commons*, certains d'entre eux étant d'ailleurs marqué par les droits de propriété » ; ce qui caractérise les biens communs c'est « l'absence d'exclusivité ; un droit de propriété, n'en déplaie aux dogmes établis, peut s'exercer de manière non exclusive et générer ainsi en son sein des *commons* ».

Enfin, la troisième remarque préalable souligne – et c’est heureux, bien entendu, que les pouvoirs publics ne restent pas inactifs, eux non plus, qui, soucieux d’intérêt général, cherchent parfois à réaffecter certains biens, environnementaux ou culturels notamment, à un usage « commun » – on songe à la prolifération des ressources rangées désormais sous l’étiquette de « patrimoine commun » (de la nation, de l’Europe, de l’humanité, ...).

Il résulte de ces deux dernières observations que les régimes des biens communs que l’on aborde maintenant se développent comme une troisième voie entre des logiques privatistes et publicistes qui ne disparaissent pas pour autant. Ou, mieux encore : 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 de s’articuler à elles, non sans infléchir leurs procédures et leurs principes constitutifs.

La question contemporaine des « communs » renvoie à des expériences de natures fort diverses, qui font l’objet de chantiers normatifs et conceptuels multiples. En application du mot d’ordre général de pragmatisme, il faudra se garder encore d’appliquer un régime unique à des ressources très différenciées, dont on a vu que certaines étaient en voie de raréfaction, tandis que d’autres, au contraire, se reproduisaient sans limites. Il faudra aussi s’interroger sur la taille du cercle des « communs » : s’est-il élargi à l’échelle de la nation, de l’humanité, voire des générations à venir, ou s’entend-il également de communautés plus restreintes, comme celles de pêcheurs exploitant une zone côtière ?

Au regard de ces diverses considérations, nous proposons de dégager deux modèles distincts de « communs », répondant à des ressources différentes, ainsi qu’à des formes spécifiques de communautés.

D’une part, le modèle « transpropriation », qui 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. Ce régime 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. 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 ressource.¹¹³

D’autre part, le modèle de la « dépropriation », à certains égards plus radical, s’appliquant, quant à lui, aux ressources informationnelles,¹¹⁴ dont on a vu qu’elles étaient désormais en voie d’illimitation¹¹⁵ – par où se redécouvre la figure classique des *res com-*

113 Judith Rochfeld, *Penser autrement la propriété*, (Fn. 92), 365ss.

114 Charlotte Hess et Elinor Ostrom, (Fn. 92).

115 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.

munes de l'article 714, dont il était dit qu'« elles n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous ». 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 collective,¹¹⁶ dans le cas de la « dépropriation » c'est de l'idée même de propriété que l'on entend s'affranchir – il est significatif, à cet égard, que l'article 714 ne parle pas de « biens » (appropriables et susceptibles d'un « prix »), mais de « choses » (communes, susceptibles de « valeur »).

En dépit des spécificités qui séparent ces deux modèles, il est possible de dégager à leur base un certain nombre de traits communs qui, rassemblés, dessinent une figure nettement différenciée de celle qui était sous-jacente au type-idéal de l'appropriation étudié plus haut.

1. Ici la qualification d'« intérêt juridiquement protégé » l'emporte nettement sur celle de droit subjectif. Plutôt que de renforcer sans cesse la puissance d'une appartenance-maîtrise exclusive, le droit s'attache ici à identifier les différents intérêts que l'usage de la ressource peut affecter ou dont elle peut elle-même être l'enjeu. Aussi bien, le droit s'attache-t-il à affecter la chose à ces différents intérêts jugés légitimes, fussent-ils concurrents et exercés par des titulaires distincts. Le régime juridique qui s'y attache s'efforcera de rendre ces usages compatibles et, en cas de litige, de balancer les utilités en jeu en proportion de leur importance respective.

2. Au plan anthropologique, l'individu robinsonien, autiste et solipsiste, fait place à l'usager participatif et à l'internaute branché – le réseau s'est substitué à l'île, comme espace de réalisation fantasmatique du soi. C'est que la postmodernité, qui se réclame de l'inter-dépendance plutôt que de l'in-dépendance moderne, relève d'un paradigme à la fois relationnel et pragmatique : c'est la relation qu'elle prend en compte plutôt que la substance ; et l'action en situation plutôt que l'idée théorique et statique. Autrement dit : elle se persuade que c'est l'usage d'un terme ou d'un concept qui détermine son sens, de même que c'est la fonction que remplit une institution qui désigne sa nature ou encore, que ce sont les relations qu'il tisse qui fait la subjectivité d'un individu. La mise en œuvre de ces réseaux par le biais de pratiques communautaires (échanges d'expériences, partage de ressources, gestion en commun), génère alors de nouvelles formes d'identité personnelle tout en s'avérant créatrice de nouvelles formes de communautés de partage, celle des *i-commoners* par exemple. Comme l'écrit joliment Dusollier : « ce n'est pas un terrain en friche que laisse la propriété absente, mais une terre fertile, foisonnante, cultivée à plusieurs mains. De l'absence d'exclusivité naît le partage ».¹¹⁷

3. Quant au fondement philosophique de ces « communs », il s'agit cette fois de le chercher du côté de la « liberté des anciens » qui, depuis Aristote jusqu'à Arendt, Castoriadis, Taylor et Walzer, comprend cette liberté moins comme autonomie et repli

116 Judith Rochfeld, *Penser autrement la propriété*, (Fn. 92), 357 et 361.

117 Séverine Dusollier, (Fn. 49), 244.

que comme participation active aux affaires de la cité. L'on ne pense plus alors que la liberté « s'arrête » là où commence celle des autres, mais au contraire qu'elle grandit et se renforce à la mesure de celle d'autrui. La défiance fait place alors à la confiance, le repli à l'engagement, la compétition à la solidarité. L'on comprend, dans ces conditions, que l'exercice de la responsabilité et l'acceptation des devoirs ne sont pas une menace pour l'intégrité des droits, comme le craignait la modernité, mais, au contraire, la condition même de leur effectivité.¹¹⁸ C'est que cette face « participative » de la liberté (au sens de « liberté des anciens »), répond à la responsabilité comprise comme « mission assumée pour le futur » (et non plus seulement au sens classique, passéiste et répressif, d'imputation d'une faute), comme y invitent Jonas et Ricoeur, précisément pour faire face aux défis, environnementaux notamment, de notre temps.¹¹⁹ Dans ce modèle, la prérogative socialisée et finalisée du propriétaire, voire le dépassement de la figure de la propriété dans le cas de la dépropriation, ne doivent plus s'interpréter comme une moindre liberté, mais plutôt comme l'exercice d'une liberté responsable.

4. La portée politique de ces modèles est toute aussi grande que celle de la propriété classique, à la différence que cette fois cette dimension n'est plus occultée, mais ouvertement thématisée. En effet, la littérature relative aux *commons*, en écho aux pratiques dont elle rend compte, focalise l'essentiel de son intérêt sur la bonne gouvernance de ces ressources – tel est, du reste, le titre de l'ouvrage de référence d'Elinor Ostrom. Qu'il s'agisse de ressources foncières traditionnelles ou des nouvelles ressources informationnelles, leur caractéristique fondamentale réside dans le fait « qu'elles sont gouvernées collectivement », et cela selon des modèles qui ne relèvent « ni du marché, ni de la hiérarchie ».¹²⁰ Cette attention nouvelle accordée à la gouvernance s'explique, dès lors qu'il s'agit de maximiser les utilités respectives qui s'attachent à la ressource, et, dans la foulée, d'arbitrer entre usages et usagers potentiellement concurrents. Par ailleurs, cette gestion des *commons* apparaît en même temps comme le chantier expérimental de pratiques politiques nouvelles qui vont de la gestion participative à l'auto-gouvernement. A l'encontre du déterminisme tragique qui enferme les bergers de la fable de Hardin dans leur fatal engrenage, appel est fait ici à l'« action en commun », solidaire et inventive, chère à Arendt. Les multiples expériences de terrain étudiées par Ostrom révèlent à cet égard le raffinement et l'inventivité des procédures susceptibles d'être mises en place dans ce cadre.

5. L'objet des « communs » est appelé à évoluer, autant en fonction des évolutions factuelles que des affectations normatives (le rapport aux choses, on s'en souvient, est d'abord et surtout rapport au sens et aux valeurs). Aujourd'hui, il trouve une application privilégiée dans le cas des ressources matérielles les plus vitales et les plus menacées, objets de transpropriation ; et aussi dans le cas des ressources informationnelles, dont la

118 François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck, La responsabilité, face cachée des droits de l'homme, in : François Ost et al. (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1.

119 Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, trad. par J. Greisch, Paris, Cerf, 1990 (1979), 21 ss ; Paul Ricoeur, *Post-face au temps de la responsabilité*, in : *Lectures 1. Autour du politique*, Paris, Seuil, 1991, 270ss.

120 Benjamin Coriat, (Fn.1), 13.

circulation est la plus universelle et la reproduction gratuite la plus aisée, objets de dépropriation. Mais, bien entendu, rien n'empêche ces catégories d'évoluer, de s'appliquer à d'autres ressources au gré des choix collectifs, et de s'hybrider de mille façons.

6. Enfin, et par définition, le titulaire des biens communs déborde l'individu ou telle ou telle personne publique, sans que soient précisément définies les limites du cercle ainsi élargi. Alors même que la propriété privée pouvait avoir de vastes personnes morales pour titulaires, et que la domanialité publique pouvait relever d'échelles variables, de la municipalité à la communauté des Etats, *a fortiori* les « communs » peuvent renvoyer à des communautés de taille variable. Nous retenons cependant que si la transpropriation, du fait qu'elle conserve une dimension, même minimale, d'exclusion, relève de « communautés diffuses » (qui, dans certains cas se superposent à la propriété privée ou à la domanialité publique), en revanche la dépropriation, parce qu'elle revendique l'inclusion, relève de « communautés négatives », incluant n'importe quel usager. On devine cependant qu'entre ces deux modèles, toutes les figures intermédiaires se rencontrent. En réalité, dans le modèle des *commons*, la question de la titularité est à la fois moins importante que dans le cas des autres modèles, et surtout subséquente, dans le sens où elle ne dépendra plus d'une assignation de principe, comme dans le cas de l'appropriation, mais sera généralement fonction des décisions prises au terme des procédures de gouvernance mises en place et dont on a dit l'importance au point 4. Il est en effet plus facile de contourner la question de la titularité dans un premier temps, pour ensuite désigner les membres de la communauté rétrospectivement.

Nous sommes maintenant en mesure de présenter pour elles-mêmes les deux figures de la transpropriation et de la dépropriation, deux néologismes qui ne sont pas consacrés tels quels dans la législation, mais qui nous paraissent pouvoir adéquatement regrouper un certain nombre d'institutions et de solutions qui se présentent à l'observation et, à des titres divers, se réclament du modèle des « communs ».

1. Transpropriation

Le terme « transpropriation » a été forgé par l'un d'entre nous, dès 1995, et vise une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires ».¹²¹ Il désigne les situations complexes où l'on assiste à « la superposition, à propos d'une même ressource, d'un même bien ou d'une même portion de territoire, de plusieurs régimes juridiques distincts. Tantôt s'enchevêtrent propriété privée et patrimoine commun, tantôt les mêmes espaces sont placés sous souveraineté nationale, au titre du domaine public, et font simultanément l'objet de l'application du régime du patrimoine commun de l'humanité ». 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,

121 François Ost, *La nature hors la loi: l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris. Éditions La Découverte, 2003.

d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété autant que de la souveraineté ». ¹²² Il en résulte qu'à l'égard de ces biens transpropriés (l'on mesure la différence avec la situation d'« expropriation »), le propriétaire ou le souverain seront désormais tenus d'agir comme des dépositaires responsables, comptables de leur usage et leur gestion : les particuliers à l'égard de la collectivité, l'Etat à l'égard de la communauté internationale. ¹²³

Ce concept de « transpropriation », qui suggère un principe général de gestion du patrimoine, plus qu'une institution déterminée, et qui est, à ce titre, susceptible de bien des modulations et d'applications différenciées, a reçu un accueil plutôt favorable en doctrine, au titre précisément d'instrument prospectif. « Construction principalement conceptuelle, encore assez peu exploitée par la doctrine juridique », la transpropriation s'avère « riche de promesses », notamment pour « renouveler la protection de l'environnement », a-t-on écrit. ¹²⁴ Judith Rochfeld, qui se réfère positivement à la notion, estime qu'elle n'est pas dénuée « d'applications pratiques » (*infra*) ¹²⁵ et souligne l'intérêt d'un mécanisme « qui n'est pas sans rappeler l'Ancien Régime et ses superpositions d'utilités sur un même bien, selon les usages exercés », permettant d'articuler un droit de propriété (responsabilisé et finalisé) avec des usages complémentaires et ce, en vue d'un accès élargi de la ressource, ainsi que d'une meilleure garantie de sa conservation et transmission. ¹²⁶ Application a été faite récemment du concept à la question de l'accès de tous aux ressources biologiques détenues par les bio-banques. ¹²⁷

Souvent, le principe de la transpropriation est à l'œuvre sans qu'il soit expressément nommé. Ainsi, Fabienne Orsi souligne la fécondité de la perspective voisine, celle du *bundle of rights*, qui « donne corps à l'idée selon laquelle la propriété ne peut se concevoir que comme partagée entre plusieurs acteurs » et qui « autorise à penser des formes de propriété partagée au sein d'une même communauté, mais aussi des formes de propriété où la distribution des droits s'opère entre l'autorité publique et une communauté ou encore entre communautés et individus ou bien encore entre Etat et individus ». ¹²⁸

¹²² Ibid., 323.

¹²³ La préservation de la plupart des ressources relevant du patrimoine mondial de l'humanité est, aujourd'hui encore, sous la juridiction des Etats 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. Axel 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 ».

¹²⁴ *Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux ?*, Paris, 2014, Mission Economie de la Biodiversité, 25 et 28.

¹²⁵ Judith Rochfeld, *Quels modèles*, (Fn.92), 124 ; Judith Rochfeld, *Penser autrement la propriété*, (Fn. 92), 365 : ici le rapprochement est fait entre la transpropriation et la théorie des « bundles of rights », reprise notamment par Elinor Ostrom.

¹²⁶ Judith Rochfeld, *Quels modèles*, (Fn.92), 100.

¹²⁷ Xavier Boiy, *Le corps solidaire*, in : *Journal international de bioéthique* 25 (2014), 157.

¹²⁸ Fabienne Orsi, *Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ?*, in : *Revue internationale de droit économique* 3 (2014), 384.

Dans le même sens, Chaigneau, avisée du fait de la difficulté de réaliser une véritable collectivisation des ressources,¹²⁹ se propose d'explorer la voie qui « consiste à imaginer des limitations nouvelles au droit du propriétaire, autre que celle de l'ordre public, pour dissocier par exemple différentes utilités du bien et les répartir entre différents bénéficiaires reconnus comme des titulaires à part entière ».¹³⁰

Cette perspective se justifie également par deux autres considérations. D'une part, on peut faire remarquer que les qualités d'une chose ne sont pas nécessairement réductibles à celles dont le propriétaire entend tirer avantage ; ainsi un immeuble « peut servir à la fois d'habitation, d'activité économique, d'écosystème, de lieu d'usages permanents ou ponctuels et de patrimoine culturel et historique à une collectivité ».¹³¹ Par ailleurs, il est de bon sens d'observer que l'on raisonne très rarement *tabula rasa*, de sorte que les biens dont on se préoccupe sont très généralement déjà appropriés par des personnes privés ou déjà affectés à l'utilité publique. Dans ces cas, les mécanismes de transpropriation s'avèrent à la fois bien plus réalistes, et aussi plus responsabilisants que les procédures d'expropriation, ou en cas de domanialité publique, le rappel incantatoire des responsabilités de l'Etat.

a) *La transpropriation dans le droit positif*

Certes, cette construction conceptuelle traduit une réalité déjà relativement ancienne ; un des premiers exemples de sa mise en application remonte au début du 20^{ème} siècle et concerne les immeubles classés monuments historiques et les mobiliers qui en font partie intégrante. Dès la loi française du 31 décembre 1913 et la loi belge du 7 août 1931, des mesures législatives de protection du patrimoine culturel limitent la propriété sur ces biens au bénéfice de l'intérêt général, et plus particulièrement celui de la conservation du bien, conçu comme composante du patrimoine culturel. Le propriétaire ne peut plus disposer de son bien classé comme il le souhaite – toute destruction est interdite et tout déplacement est soumis à l'autorisation préalable des autorités publiques – et il a l'obligation de le maintenir en bon état. En contrepartie des charges pesant sur son bien, le propriétaire peut obtenir des compensations, tel l'octroi de subsides pour des travaux de rénovation ou de restauration. Des incitants fiscaux sont également mis en place afin d'encourager l'ouverture au public.

Traditionnellement, le régime de propriété attaché aux monuments et sites a été analysé comme un régime limité par l'ingérence publique et obligé de composer avec ce dernier, mais sans pour autant quitter l'orbite du modèle classique de l'appropriation. Il nous semble toutefois que la propriété relative au patrimoine culturel réunit tous les

129 Judith Rochfeld fait le même constat, à propos notamment des notions de « biens publics mondiaux » et de « patrimoine commun de l'humanité », à propos desquelles il est toujours très malaisé d'identifier le titulaire réel, et encore plus d'organiser la représentation et une gestion désintéressée en son nom – institutions qui « peinent à trouver leurs acteurs ». (Judith Rochfeld, *Quels modèles*, (Fn.92), 117).

130 Aurore Chaigneau, (Fn.111), 336.

131 Ibid.

éléments pour entrer dans le modèle de la transpropriation, caractérisé par l'idée de propriété partagée et par l'existence d'un intérêt culturel commun.¹³² Cet intérêt démontre en effet qu'« au lieu de propriété s'agrège un ou plusieurs liens d'appartenance collective », ¹³³ venant se greffer à la chose patrimoniale. Si cet intérêt est mis en action par la puissance publique, à travers le classement du monument, il n'est pas une simple justification de l'action étatique, mais il pourrait ouvrir la voie à un nouveau droit sur la chose, un droit d'autrui dont la teneur est encore à déterminer. Autrui n'est alors pas perçu comme le propriétaire ou comme l'usufruitier, mais comme un usager, qui dispose de cet intérêt commun. En ressort une figure de « patrimoine collectif », dont la collectivité est le bénéficiaire. Il y a là un renversement de perspective : du propriétaire soumis à certaines charges, suite à la servitude qui lui est imposée (avec éventuellement des mécanismes d'indemnisation en cas de dommage), l'on passe aux droits d'autrui à l'accès et à l'usage du patrimoine appartenant au propriétaire. Reste encore à déterminer quel rôle cette collectivité, parfois appelée « communauté patrimoniale », ¹³⁴ devrait exactement jouer dans la protection patrimoniale et quels droits de jouissance lui accorder. . .

Dans le sillage des monuments classés au patrimoine culturel, l'archéologie constitue également un domaine dans lequel le propriétaire du sol – au-dessus duquel se trouvent

132 Certains auteurs, comme Raymond Saleilles et plus récemment Marie Cornu, n'hésitent pas à parler de « propriété spéciale » lorsqu'il est question de biens culturels. Saleilles met en avant une « conception coutumière du droit de propriété », sorte de propriété assouplie pour les œuvres d'art notamment où le droit de propriété « au lieu d'être forcément l'incarnation du droit qui s'isole et se dégage de toute entrave, apparaîtrait, comme ce doit être le cas pour tous les rapports de l'homme vivant en société, comme dominé par le point de vue des nécessités sociales et de l'intérêt général ». Concernant les œuvres d'art, Saleilles précise que « la protection des œuvres d'art aux dépens des droits absolus de la propriété privée, non seulement n'est pas contraire à l'idée de propriété, elle en est plutôt la conservation même, puisqu'elle est faite pour la garantie d'une propriété supérieure à la propriété privée, en ce sens que celle-ci n'a plus ici que les droits que l'autre lui laisse : cette propriété, c'est la propriété même qui reste à l'artiste sur son œuvre et sa pensée, propriété qu'il a confiée au public, et par suite à la société, en même temps qu'il livrait au commerce privé la propriété de l'objet matériel où son œuvre se trouve incarnée. Ce qui reste à la propriété privée se trouve donc subordonné au respect de cette propriété supérieure, réservée par l'artiste et passée de lui au public dont l'Etat est le représentant ». Raymond Saleilles, *La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art : étude de droit comparé*, in: *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* 5, n° 1 (1895) : 1-98; cité par Noé Wagener, *Les monuments historiques au service d'une relecture de la propriété : le projet de Raymond Saleilles*, in : Jean-Pierre Bady et al., (dir.), 1913, *Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, Travaux et documents/Comité d'Histoire du Ministère de la Culture et de la Communication 34, Paris, Documentation française, 2013. Poursuivant près d'un siècle plus tard, les réflexions de Saleilles, Marie Cornu décrit la propriété culturelle comme « une propriété spéciale en ce que son objet se définit relativement à une valeur culturelle quels qu'en soient les contours. L'élément distinctif est là, l'intérêt culturel, notion à contenu variable sous ses multiples déclinaisons (intérêt historique, artistique, archéologique, scientifique et technique), elle irrigue l'ensemble du dispositif » (Biens culturels. Droit français, in : Marie Cornu, Jérôme Fromageau, et Catherine Wallaert, (dir.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS Éditions, 2012, 260.

133 Marie Cornu, *Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre, Pour un droit économique de l'environnement*, in: *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, 2013, 145.

134 La Convention-cadre sur la valeur du patrimoine dans la société, adoptée à Faro le 27 octobre 2005, définit en son article 2 b, la communauté patrimoniale de la manière suivante : « une communauté patrimoniale se compose de personnes qui attachent de la valeur à des aspects spécifiques du patrimoine culturel qu'elles souhaitent, dans le cadre de l'action publique, maintenir et transmettre aux générations futures ».

des objets archéologiques – est limité dans ses attributs. Plusieurs dispositions légales prévoient ainsi que le propriétaire est obligé d'autoriser des fouilles archéologiques, et ce pour un temps déterminé, malgré l'obtention d'un permis d'urbanisme. La jurisprudence a en revanche estimé que le droit d'ingérence des autorités publiques ne saurait aller jusqu'à forcer le propriétaire à réaliser lui-même des fouilles archéologiques à ses frais en cas d'inaction de l'autorité publique endéans le délai légal.¹³⁵

L'idée de propriété affectée à un intérêt collectif se retrouve également dans ce que la jurisprudence et la doctrine appellent les « souvenirs de famille ».¹³⁶ Souvent oubliée par les juristes, la propriété familiale sur les « souvenirs de famille » porte notamment sur des bijoux, portraits ou tableaux de famille, lettre de noblesse, armes, documents ou manuscrits. Ils forment une catégorie de biens particuliers, caractérisés par leur valeur morale et par l'affectation familiale que leur donne le fondateur en les transmettant aux membres de sa famille.¹³⁷ « Les souvenirs de famille forment un ensemble indissociable et ne perpétuent convenablement la mémoire et la tradition de la lignée qu'à la condition de n'être pas dispersés entre plusieurs attributaires ».¹³⁸ Contrairement au régime d'indivision qui rassemble des droits de propriété individuels, il s'agit ici de reconnaître un membre de la famille comme gardien-dépositaire – souvent l'aîné – chargé de garder ces objets pour la famille, cette dernière disposant d'un droit moral sur ces choses, sous la forme d'un droit d'accès ou d'un droit d'interdire, ou inversement de demander copie.

Un autre exemple de mise en application de la transpropriation se trouve dans la redécouverte de la figure de la fiducie. Apparentée au *trust* anglo-saxon, la fiducie est une institution juridique consistant pour une personne, le fiduciaire ou constituant (*settlor*), à remettre à une autre personne, le fiduciaire (*trustee*), un bien pour qu'elle le gère d'une manière convenue à l'avance, avant de le restituer à une troisième personne, le bénéficiaire (*beneficiary*) à l'échéance d'un délai déterminé. Le fiduciaire peut également être le bénéficiaire. Le fiduciaire agit ainsi comme un *steward*, gérant ou régent de la partie de son patrimoine affectée au fiduciaire. Actuellement, seule la fiducie financière a été consacrée aux articles 2011 et suivants du Code civil français,¹³⁹ sans prévoir un régime

135 La Cour de cassation estime que l'article 4, § 2 du décret du 30 juin 1993, portant protection du patrimoine archéologique (actuellement remplacé par le décret du 12 juillet 2013 sur le patrimoine immobilier, notamment en ses articles 5.1.4. et 5.2.1.), ne contraint pas le propriétaire à « réaliser des fouilles archéologiques à ses frais avant d'entamer des travaux autorisés par le permis d'urbanisme » si le Gouvernement flamand n'a pas suspendu le permis de lotir ou d'urbanisme en déclarant la fouille d'utilité publique. A défaut de cette déclaration d'utilité publique, le propriétaire est uniquement contraint de déclarer la découverte du patrimoine archéologique, à conserver les biens découverts en l'état, à les protéger et à les rendre accessibles, « mais les droits qu'il puise dans le permis délivré ne sont pas réduits davantage », Cour de Cassation, 23 février 2012, C.10.0574.N, CDKP 2013.171-179.

136 Cf. à ce sujet, un article récent du *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS Éditions, 2012.

137 C. Jongmans, note sous Liège, 13 juin 1980, *Revue trimestrielle de droit familial*, (1980), 407.

138 Cf. Gr. inst. Paris, 9 juin 1971, *G.P.*, 1971, II, 644.

139 Cf. l'article 2015 du Code civil français qui précise que : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire. ».

pour la fiducie foncière. Celle-ci, dans l'hypothèse où elle serait reconnue en droit positif, serait intéressante dans le cadre de la propriété partagée car elle permet d'organiser contractuellement un transfert de propriété temporaire et conditionné, à des fins de bonne gestion foncière ou de protection de l'environnement,¹⁴⁰ ou encore à des fins de maintien des activités agricoles ou de construction des logements sociaux. Ce dernier cas de figure trouve écho dans l'action des *Community Land Trust*, instrument venu des Etats-Unis et transposé en Région bruxelloise ;¹⁴¹ il aurait été développé en réaction à cinq aspirations non rencontrées par la propriété du foncier : son prix élevé (d'où l'inégalité d'accès), la sécurité d'occupation (non garantie si défaut de remboursement de l'hypothèque, cf. la crise des *subprimes*), la spirale spéculative (plus value de revente pas taxée), les aides publiques axées sur la propriété et non sur la location.¹⁴² Ici, le *Community Land Trust* se porte lui-même acquéreur du bien qui devient inaliénable et terrain collectif, et il concède ensuite un droit de superficie sur le dessus, sorte de quasi-propriété individuelle.¹⁴³ Ce droit de superficie est non pécuniaire et renouvelable après cinquante ans. En cas de revente du droit de superficie, 75 % de la plus-value est captée par le *Community Land Trust* qui l'affecte au prix d'achat du suivant, de sorte que les prix ne s'envolent pas et que les biens restent abordables, génération après génération.¹⁴⁴ Cet instrument montre qu'il n'est pas toujours nécessaire d'inventer de nouveaux droits, parfois il suffit d'exhumer les droits existants. Il s'agit effectivement plutôt d'une intelligente politique publique du logement dont plusieurs aspects relèvent de la transpropriation ; il s'agit donc de transposition pratiquée à partir du droit public, plutôt que l'élaboration d'une propriété commune à proprement parler.

Outre l'intérêt culturel ou environnemental, un bien peut encore être marqué par l'intérêt collectif de la santé. Ainsi en est-il des médicaments essentiels (cf. *supra*, III). Même si l'effectivité du système est remise en question par des traités bilatéraux renforçant la propriété industrielle sur ces médicaments, notamment entre les Etats-Unis et

140 Cf. l'instrument des paiements pour services environnementaux (PSE) étudié dans le rapport : *Droits réels au profit de la biodiversité: Comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux?*, Rapport d'étude, Mission économique de la biodiversité, 2014, 13–21.

141 Cf. l'étude réalisée par Nicolas Bernard, Geert De Pauw, et Loïc Géronnez, *Coopératives de logement et Community Land Trusts*, in: *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2073, 28 (2010), 5–52. Et la création du « Community Land Trust Bruxelles », dont les informations peuvent être retrouvées sur le lien suivant : « Vision & Mission | Visie & Missie », *Community Land Trust Bxl*, consulté le 22 juillet 2015, <https://communitylandtrust.wordpress.com/platform-plate-forme/vision-mission-visie-missie/>.

142 « En un peu plus de mots | In wat meer woorden », *Community Land Trust Bxl*, consulté le 22 juillet 2015, <https://communitylandtrust.wordpress.com/about/en-un-peu-plus-de-mots/>.

143 Le CLT bruxellois s'est développé de la manière suivante : « Deux structures forment ensemble le CLT bruxellois. La Fondation d'Utilité Publique CLT Bruxelles est propriétaire des terres où les logements CLT seront construits. L'ASBL CLT Bruxelles est responsable de la gestion au quotidien du patrimoine de la fondation. La nouvelle structure est gérée par un conseil d'administration qui pour un tiers est représenté par des représentants des (futurs) habitants, un tiers par des représentants de l'utilité public et pour un tiers par des représentants de la Région de Bruxelles-Capitale. » « Qui sommes-nous? | Wie zijn we? », *Community Land Trust Bxl*, consulté le 29 juillet 2015, <<https://communitylandtrust.wordpress.com/platform-plate-forme/qui-sommes-nous/>>.

144 « Vision & Mission | Visie & Missie », *Community Land Trust Bxl*, consulté le 22 juillet 2015, <https://communitylandtrust.wordpress.com/platform-plate-forme/vision-mission-visie-missie/>.

d'autres pays,¹⁴⁵ il n'en demeure pas moins une application de la transpropriation et de la reconnaissance d'une destination collective des biens affectés à la servir.

b) La transpropriation à l'aune des théories économiques

Les travaux célèbres d'Elinor Ostrom étudient de nombreux cas pratiques que l'on pourrait considérer comme illustrant pleinement la transpropriation,¹⁴⁶ au départ de recherches portant précisément sur la gouvernance des biens communs par des communautés d'usagers.

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. Tout comme les monuments classés ou les médicaments essentiels, 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 difficile.¹⁴⁷ Ainsi, les PCR partagent à la fois certaines caractéristiques des biens privés et des biens publics.

Dans ses éminents travaux, et en lien avec les PCR, 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 Benjamin Coriat,¹⁴⁸ la contribution essentielle d'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* sont distribués entre différents partenaires associés dans le partage du bénéfice d'une ressource donnée.

Concernant la lecture de la propriété sous l'angle des droits, l'on rappellera très brièvement ici qu'Ostrom propose un régime décomposé en cinq attributs que sont l'accès (à la ressource), le prélèvement (soit la possibilité de se servir, d'utiliser), la gestion, l'exclusion et l'aliénation. Ils 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.

145 Judith Rochfeld, *Quels modèles.*, (Fn.92), 126–127 ; Daniel De Beer, (Fn.95), 473ss.

146 Elinor Ostrom, (Fn.2).

147 Fabienne Orsi, (Fn.128), 381.

148 Benjamin Coriat, (Fn.1), p.32.

L'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 autres.¹⁴⁹

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 ». ¹⁵⁰ Très souvent, il s'agit de *communal proprietorship*, parfois de *communal ownership*. La théorie d'Ostrom distinguant deux niveaux de droits relève d'une perspective institutionnaliste productrice de règles – et nous rappelle quelque peu les normes primaires et secondaires de Hart – : le choix collectif détermine les règles d'exercice des droits (accès 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 ici de désarticuler ces dimensions pour en réinventer les configurations.

2. Dépropriation

Pas plus que la transpropriation, la dépropriation n'est un concept de droit positif ; mais, comme celle-là, elle traduit un principe général qui sous-tend une série de manifestations contemporaines ; ici, les pratiques et les solutions ont pour point commun de se départir, de façon délibérée et même militante, de toute idée d'appropriation. Le modèle décline un processus en deux étapes : l'on part de la situation de propriétaire, au sens classique du terme, pour se déproprier par contrat et passer de droits exclusifs vers des droits inclusifs.

Trois caractères s'y rattachent.

1. Ces expériences portent généralement sur des ressources susceptibles de circulation immédiate et dont le coût de reproduction tend vers zéro, soit les conditions d'une illimitation et d'une abondance qu'on prêtait naguère aux ressources naturelles, visées

149 Il en résulte que les participants aux communs détiennent des droits inégaux, comme le souligne Benjamin Coriat, *ibid.* p. 34.

150 Elinor Ostrom, (Fn.2), 342.

à l'article 714 du Code civil.¹⁵¹ Bien entendu, rien n'interdit d'y joindre par analogie, et en vertu de choix normatifs, d'autres ressources dont on souhaite également qu'elles soient de « libre parcours », tel le génome humain, déclaré « patrimoine commun de l'humanité ». Ce n'est pas assez de dire que ces ressources sont « non rivales », au sens où ce que l'un consomme n'est pas prélevé sur la part des autres. En raison de la créativité collective qui s'y attache (cf. *infra*, point 3), il faut aller jusqu'à reconnaître que l'usage fait par l'un accroît la part de tous. Ici, l'usage enrichit la ressource, en application de l'intuition philosophique, déjà notée, selon laquelle la liberté s'accroît (et non s'arrête) en fonction de celle des autres. Plus nombreux sont les gens qui ont accès à la vie artistique et culturelle et aux échanges scientifiques, plus ces mondes s'étoffent et se renforcent.¹⁵²

2. « Non rivales », ces ressources sont également instituées « non exclusives », au sens où elles sont mises à la disposition de tous. Prévaut ici une logique d'inclusion constitutive de « communautés négatives », illimitées par principe et décision. On en attend notamment, une pleine valorisation des ressources concernées, ce qui a permis à d'aucuns de dénoncer une « tragédie des anti-communs » chaque fois qu'une privatisation d'une information ou d'une connaissance conduisait au gel de cette ressource,¹⁵³ comme c'est le cas notamment de brevets rachetés par de grandes compagnies pharmaceutiques et non exploités tant qu'un marché rentable ne se dessine pas. L'un des enjeux fondamentaux du développement de ce régime de dépropriation sera sa capacité normative à imposer les conditions positives d'une réelle « inclusion », soit l'autorisation effective de l'accès et de l'usage par tous. Chaque utilisateur devrait notamment pouvoir faire sanctionner ces droits en justice et ainsi résister à toute tentative de reconstitution d'un droit inclusif. Il s'agirait de « passer d'un capital extractif, qui capte la valeur des communs sans rien reverser, à un capital génératif où ceux qui contribuent à ce commun créent leur propre économie éthique ».¹⁵⁴

3. L'aspect le plus original du statut juridique de la dépropriation est l'importance de l'implication des membres des réseaux constitués autour de ces ressources – comme si l'abstention de l'« avoir » était compensée par la promotion du « faire ».

151 L'article 714 du Code civil belge prévoit que : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. ».

152 Il en va de même en ce qui concerne les « biens publics mondiaux » (ainsi nommés dans le rapport annuel 2013 du PNUD), tels la paix, la santé et l'environnement, pour autant qu'on puisse identifier les biens les concernant dont il s'agirait de se « déroprier » ; (sur les « biens publics mondiaux », cf. Emilie Gaillard, *Le patrimoine commun de l'Humanité. Trust intergénérationnel et « biens communs »*, in : Béatrice Parance et Jacques de Saint Victor, *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS Editions, 2014, 141ss.

153 Danièle Bourcier, « Digital Commons Works ... », (Fn.90), 23ss.

154 Michel Bauwens, « Uber et airbnb n'ont rien à voir avec l'économie de partage », *Le Monde*, Propos recueilli par Claire Legros, juin 2015, disponible en ligne sur <<http://www.lemonde.fr/entreprises/article/2015/06/25>>; Michel Bauwens et Jean Lievens, *Sauver le monde – vers une société post-capitaliste avec le peer-to-peer*, Les liens qui libèrent, 2015.

Plusieurs mouvements s'inscrivent depuis quelques décennies dans ce modèle de dépropriation. Le plus ancien,¹⁵⁵ celui du *free software*, également appelé *open source*,¹⁵⁶ vise la libre distribution, l'accès au code source pour le grand public et la création collaborative entre programmeurs de travaux dérivés de logiciels. La pratique de l'*open source* connaît un succès grandissant.¹⁵⁷ Ainsi, le logiciel libre initié par Linux repose sur la transparence de la structuration du code source et permet, suivant des modalités précisément définies, de continuellement perfectionner un système grâce à de multiples contributions qui participent de modifications et d'améliorations successives consultables par tous.¹⁵⁸ Au même titre, Open Office, Android et Latex sont des exemples bien connus parmi les internautes de l'*open source*.

Dans la même veine, le mouvement du *copyleft* vise à ce que l'auteur d'une œuvre autorise l'utilisation, la modification et la diffusion de son œuvre librement. Le *copyleft* est un terme du programmeur Hopkins, largement popularisée à partir de 1984 par le programmeur militant Stallman dans le cadre du projet « GNU » et de la création de la « Free Software Foundation » en 1985 ainsi que de la licence de type GPL (« General Public Licence ») publiée en 1989. Littéralement « copie laissée » et inversion ludique et militante du *copyright*, le *copyleft* a pour effet qu'un contributeur apportant une modification doit redistribuer ses propres contributions sous les mêmes libertés que l'original.

Inspirée par les logiciels libres, l'association sans but lucratif *Creative Commons*, créée en 2001 par Lawrence Lessig, dans le domaine des *digital commons*, cherche à « promouvoir la collaboration entre les créateurs et les usagers dans le monde (...) construire un *pool* de contenu créatif, éducationnel et scientifique qui peut être accédé librement et légalement, être utilisé et remixé ».¹⁵⁹ L'écriture en commun de l'encyclopédie en ligne Wikipédia, le séquençage du génome humain lancé comme projet ouvert et collectif, ou encore le programme collectif d'observation terrestre *Global Earth Observing System* (GEOS), sont, parmi bien d'autres, des exemples de ces créations collectives de ressources désappropriées. L'association sans but lucratif crée des licences *Creative Commons* modulables selon les désirs des auteurs, prévoyant six options, qui peuvent ensuite être déclinées selon les législations nationales du système transnatio-

155 Pour un aperçu historique plus détaillé, cf. Mélanie Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, Bruxelles, Larcier, 2014, 20–24.

156 Le terme de « open source » n'est apparu qu'en 1998, afin de dissiper le malentendu autour du terme « free » de « free software » qui laissait entendre que l'usage de et l'accès à ces logiciels était non seulement libre, mais également gratuit, ce qui avait pour effet de refroidir certaines entreprises. Actuellement les deux termes sont utilisés pour désigner le même concept de logiciel libre ; Alain Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., coll. Création, information, communication, Bruxelles, Larcier, 2008, 279–280.

157 Cf. les rapports et études annuels concernant l'industrie *open source* qui confirment une montée en puissance significative de cette industrie : <<https://www.blackducksoftware.com/future-of-open-source>> (consulté le 28 juillet 2015).

158 Éric Sadin, *La vie algorithmique. Critique de la raison numérique*, Paris, L'Echappée, 2015, 236.

159 « Promote collaboration between creators and users around the globe (...) build a pool of creative, educational, and scientific content that can be freely and legally accessed, used, and remixed », <<http://creativecommons.org>>.

nal des *Creative Commons*.¹⁶⁰ La gouvernance entre les pays est basée sur les principes de subsidiarité et de coordination et s'apparente à un processus d'auto-apprentissage. En Belgique, le Centre de recherches Information, Droit et Société (CRIDS) aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la paix à Namur est responsable de la mise en œuvre de ce projet international. Il s'agit d'un management de coordination plus que de régulation, basé sur la pratique et l'échange, plus que sur des textes.

Les *Creative Commons* créent une communauté, accessible à tous. Ils permettent aussi aux usagers de poursuivre eux-mêmes le travail créatif et sa diffusion, sous la forme de co-production ou de « (collaborative) work in progress ». Véritable alternative au marché et aux politiques publiques, le *peer production* réside dans le « faire » en réseau.¹⁶¹ Pour Danièle Bourcier, l'on passe de la notion statique de propriété à une notion dynamique de patrimoine, au sens de ce qui se transmet, de tradition vivante qui est à la fois une réserve d'expériences venues du passé, et un horizon d'attentes, d'espérances qui ouvre le futur : c'est la dimension temporelle du sens.¹⁶² Un tel « héritage » – *world common heritage* – n'a pas seulement pour vocation de se conserver, à la manière des conservateurs de musée peu favorables au public, mais demande à être exploité, réinterprété, diffusé. En ce sens, la patrimonialisation est une façon de construire une communauté qui peut même inspirer un modèle politique de l'*open society*.¹⁶³

Ces divers mouvements poursuivent le même but d'encourager le libre échange et le partage des ressources informationnelles afin d'accroître la créativité et l'innovation. La logique d'exclusion, chère aux droits de la propriété intellectuelle, fait place à une logique d'inclusion, qui devient le « pilier central » du faisceau de droits.¹⁶⁴

Les auteurs de logiciels libres, précurseurs, ont ouvert la brèche dans le droit de la propriété intellectuelle et ont proposé une manière alternative d'organiser ces droits ; d'autres auteurs ou détenteurs de brevets leur ont ensuite emboîté le pas, de telle sorte que l'on peut conclure, comme Orsi, qu'« une nouvelle révolution dans le domaine de la propriété est en marche ».¹⁶⁵

Conclusions

Trois considérations prospectives pour, en forme, à nouveau, de mots d'ordre, conclure.

1. **Assumer la complexité** : quelles que soient les évolutions à venir, il nous paraît peu probable que l'on puisse se passer d'une ou de plusieurs des quatre figures étudiées : appropriation, (publipropriation), transpropriation et dépropriation. Il nous paraît ni raisonnable de prédire, ni souhaitable d'espérer, que l'un de ces modèles s'impose à lui seul, de sorte que notre responsabilité consiste à conceptualiser et à gérer au mieux leurs

160 Danièle Bourcier, (Fn.90), 34.

161 Ibid., 40.

162 Ibid., 38.

163 Ibid., 39.

164 Fabienne Orsi, (Fn.128), 384.

165 Ibid., 385.

rapports respectifs qui seront nécessairement tantôt antagonistes, tantôt complémentaires.¹⁶⁶ Dûment avertis des potentialités, mais aussi des limites, voire des dangers de chacun, il appartient aux collectivités d'instituer l'équilibre qui leur paraît le plus adéquat, en considération notamment de la spécificité des ressources concernées. La prise en compte de l'écoulement du temps peut s'avérer une donnée pertinente dans l'établissement de ces équilibres : ainsi une ressource qui paraît inappropriable à l'origine finit-elle souvent par devenir exploitable et faire l'objet d'une privatisation ; mais, à l'encontre de ce scénario privatiste, l'on peut aussi organiser le mouvement inverse, comme c'est le cas des inventions et des œuvres de l'esprit que l'on peut faire tomber, plus ou moins vite, dans le domaine public.

2. Dépasser l'incantatoire et rechercher l'effectivité : la difficulté des modèles de transpropriation et de dépropriation, dont la montée en puissance s'explique et se justifie par les limites et même les dérives avérées de l'appropriation privée et de la domanialité publique, qui lui est trop souvent inféodée, réside bien entendu dans leur caractère encore trop souvent symbolique, et donc dans un déficit toujours menaçant d'effectivité. A ce reproche, qui est très souvent adressé à des constructions comme celles de « patrimoine commun », il est cependant possible de trouver des réponses, qui sont aussi des défis pour les protagonistes de ces modèles alternatifs. En ce qui concerne la transpropriation, d'une part, l'on fera observer que s'articulant, dans la plupart des cas, avec une forme d'appropriation privée ou de domanialité publique, elle ne manque pas d'assise concrète. Par sa nature mixte, cette figure représente précisément un compromis, fragile sans doute, entre un idéal de partage et le « politiquement possible ». Par son côté éducatif et responsabilisant (tant du côté du propriétaire que du côté des usagers), l'on peut aussi considérer qu'il s'agit d'une institution de transition – figure provisoire d'une évolution dont le terme nous échappe encore. Quant à la dépropriation, si elle représente assurément une construction plus radicale, et en ce sens plus utopique, elle ne manque cependant pas d'ancrage juridique, ne serait-ce qu'en raison du cadre contractuel dans laquelle elle se moule. Par ailleurs, son effectivité se renforce de l'engagement actif des acteurs qui sont à la source de son développement. Ceci nous conduit à notre troisième observation.

3. Revenir au politique : en écho au premier mot d'ordre qui ouvrait notre réflexion, nous répéterons, en conclusion, qu'il faut toujours en revenir au politique. Il est en effet illusoire de penser qu'un modèle juridique, aussi bien pensé soit-il, serait en mesure de modifier le cours des réalités s'il n'était soutenu par un fort engagement politique. Cela est vrai, on vient de le souligner, pour les pratiques créatives à la base des formules de dépropriation. Mais cela se vérifie également pour toutes les formes de gestion participative qui donnent vie et forme aux « communs » transpropriés. Et cela se vérifie encore, évidemment, pour la nature de la gouvernance qu'exercent les pouvoirs publics sur les choses qui sont sous leur juridiction : ou gestion affairiste, à la limite de la corruption,

166 Benjamin Coriat, (Fn.1), 14 : « Nombre de communs constituent des formes hybrides en ce qu'ils mêlent des instruments issus de l'*open source* et de l'exclusivité, des incitations financières comme non financières, des éléments marchands et non marchands ».

ou souci renouvelé de l'intérêt général. Est politique encore – au sens noble de souci de bonne gestion des affaires publiques –, le contrôle qu'exercent les cours et tribunaux sur la régularité de la mise en œuvre de tous ces modèles, y compris le quatrième, apparemment affranchi pourtant de toute tutelle publique. Et ce n'est pas un des moindres défis des temps à venir que de réaliser combien ces différents enjeux politiques se déclinent désormais sur plusieurs échelles, du plus local (c'est au niveau de la municipalité que les citoyens s'impliquent le plus facilement) au plus global.¹⁶⁷

FRANÇOIS OST

Université Saint-Louis – Bruxelles, Boulevard du Jardin botanique, 43, 1000 Bruxelles,
Belgique

DELPHINE MISONNE

Université Saint-Louis – Bruxelles, Boulevard du Jardin botanique, 43, 1000 Bruxelles,
Belgique

MARIE-SOPHIE DE CLIPPELE

Université Saint-Louis – Bruxelles, Boulevard du Jardin botanique, 43, 1000 Bruxelles,
Belgique

167 Sur la nécessité d'une conception « polycentrique » de la gouvernance des communs, cf. Charlotte Hess, *Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des communs*, in : Béatrice Parance et Jacques de Saint Victor, *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS Editions, 2014, 267.