

UNIVERSITÉ PARIS-NANTERRE
ÉCOLE DES HAUTES ETUDES EN SCIENCES SOCIALES*
ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE*

Année universitaire 2021-2022

LE PROPRE DU COMMUN

UNE LECTURE JURIDIQUE DES PRATIQUES DE COMMUN À PARTIR DU TANDEM INDISPONIBILITÉ-AFFECTATION

Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention du
Master 2 Systèmes juridiques et droits de l'homme – Parcours Théorie et analyse du droit

par Claire ANNEREAU

Sous la direction de Monsieur Michele SPANÒ

Maître de conférences en droit privé à l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales

Membres du jury :

Monsieur Michele SPANÒ

Maître de conférences en droit privé à l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales

Madame Charlotte GIRARD

Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre

L'Université Paris Nanterre et l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur autrice.

REMERCIEMENTS

J'adresse en premier lieu ma gratitude à mon directeur de mémoire, Monsieur Michele Spanò, qui m'a accordé une disponibilité exceptionnelle. Sa confiance, sa rigueur et son enthousiasme m'ont non seulement encouragée dans l'aboutissement de ce premier travail de recherche, mais aussi dans la projection de l'aventure du doctorat. Je suis également particulièrement reconnaissante envers Madame Charlotte Girard d'avoir accepté de juger ce mémoire.

J'exprime ensuite mes remerciements à celles et ceux qui m'ont accompagnée dans la découverte des pratiques de communs, au sein de la 27^e Région et du cabinet d'avocats Légicoop, ainsi que les collectifs, acteurs et actrices des communs qui m'ont ouvert leurs portes. Je remercie tout particulièrement Olivier Jaspard, Louise Guillot, Simon Chapuis-Breyton et Emmanuel Sadorge.

Je n'oublie pas toutes les personnes qui m'ont permise de travailler dans de bonnes conditions, ma famille bien-sûr, mais aussi toutes celles qui assurent la production du savoir dans l'ombre, des bibliothèques aux cantines du CROUS.

Enfin, merci de tout cœur à Charly, Alexandre et Inès pour leur soutien sans faille, à Sidonie, Lou et Ilya pour leurs relectures aiguisées, et à Sam, pour son merveilleux appui, les innombrables corrections, et toutes les discussions qui ont émaillé l'écriture de ce mémoire.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

USAGES CHOISIS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LES PRATIQUES DE COMMUN

CHAPITRE I - Indisponibilité totale et affectation sociale : les montages juridiques de « propriété d'usage »

Section 1 - Rendre indisponible : la séparation de la propriété et de l'usage

Section 2 - Garantir l'affectation : les garde-fous statutaires

CHAPITRE II - Indisponibilité relative et affectation écologique : les obligations réelles environnementales

Section 1 - Conditionner la disponibilité : l'obligation *propter rem*

Section 2 - Garantir l'affectation : les garde-fous contractuels

SECONDE PARTIE

APPROCHES CONTEMPORAINES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ POUR L'INSTITUTION DU COMMUN

CHAPITRE I - L'empreinte du commun sur le droit de propriété

Section 1 - La valeur du commun : l'indisponibilité comme remodelage du rapport de propriété

Section 2 - Les valeurs du commun : l'affectation comme expression d'une conception
téléologique du droit

CHAPITRE II - L'empreinte du droit sur le commun

Section 1 - Stratégies juridiques pour le commun

Section 2 - Vocabulaire juridique pour le commun

INTRODUCTION

*Les princes saisissent violemment
Champs et rochers, eaux et forêts
Bêtes fauves et bêtes domestiques ;
Ils nous prendraient volontiers l'air,
L'air, la commune propriété ;
Ils voudraient nous ôter le soleil,
même le vent et la pluie.*

Poème paysan chinois du XIII^e siècle¹

Face à la destruction du vivant qui s'opère et aux *enclosures*² toujours plus menaçantes, le droit semble aujourd'hui désarmé pour accompagner, défendre, voire même décrire les communs. L'« air pur », qui semblait il y a quelques siècles imprenable, devient sous nos yeux un bien marchand. Le Protocole de Kyoto, entré en vigueur en 2005, s'inscrit à l'origine dans une volonté de réduire les émissions de gaz à effet de serre au niveau mondial. Pour atteindre ces objectifs, celui-ci a permis aux Etats signataires de « participer à des échanges de droits d'émission », c'est-à-dire d'instaurer un « marché des droits à polluer ». L'air est désormais circonscrit par un droit de propriété, octroyant à certains États plus ou moins de droits de polluer, selon les quotas d'émission qu'ils achètent : « 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 marché³ ». La privatisation de l'« air pur » illustre non seulement l'emprise croissante du marché sur toutes les dimensions de l'existence humaine, mais aussi la difficulté des

¹ MICHELET Jules, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris, Hachette, 1837, p. 229.

² Il s'agit originellement du processus d'accaparement des terres utilisées collectivement par leur mise en clôture, qui entraîne suppression des droits coutumiers. Ce terme s'est aujourd'hui étendu à d'autres formes de privatisation qui privent les populations d'accès aux ressources communes. Ce mouvement d'extension de la privatisation a été défini par le juriste américain James Boyle comme une seconde enclosure des communs, cf. BOYLE James, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », in *SSRN Electronic Journal*, 2003.

³ OST François, MISONNE Delphine et CLIPPELE Marie-Sophie DE, « Propriété et biens communs », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte (ARSP-B)*, vol. 154, 2016, p. 131-172.

Etats à préserver certaines ressources, pourtant fondamentales pour leurs citoyens, face aux intérêts économiques qu'ils poursuivent. Cet exemple montre également la véritable tragédie, qui n'est pas celle des « communs⁴ », mais bien celle du marché, qui orchestre et légitime leur destruction.

Les travaux de l'économiste et politologue Elinor Ostrom, qui théorisent l'économie politique des communs, ont été fondamentaux pour analyser les modes d'organisation collective autour de ressources communes⁵. Elle reçoit notamment le prix Nobel d'économie⁶ en 2009, « pour son analyse de la gouvernance économique, et en particulier, des biens communs ». Son œuvre imprègne la littérature en sciences humaines et sociales qui s'empare des notions de « biens communs », « communs », ou de « commun », produisant un ensemble foisonnant de travaux aux approches méthodologiques, épistémologiques et politiques diverses.

La pensée sur les communs s'est d'abord construite depuis l'exemple des ressources naturelles, considérées comme les biens communs par excellence. La raréfaction de ces ressources⁷, ainsi que la prise de conscience de l'urgence liée à leur disparition, ont largement participé au regain d'intérêt pour les formes de communalité et de gestion collective des biens. Cependant, les travaux récents cherchent à s'émanciper d'une approche naturalisante. L'idée qu'il y aurait des biens communs par nature ou par essence, est rejetée au profit d'une définition dynamique basée sur une activité pratique, productrice de commun. Le travail du sociologue Christian Laval et du philosophe Pierre Dardot a largement contribué à définir les communs à partir de la pratique, caractérisée par la « co-activité »⁸. Ils mettent en avant l'idée, au centre de la théorie d'Ostrom, que les communs se caractérisent comme des « relations sociales entre des individus qui utilisent des ressources en commun, selon des règles d'usage, de partage ou de coproduction⁹ », ce que Yochai Benkler nomme

⁴ HARDIN Garrett, « The Tragedy of the Commons », in *Science*, n° 3859, vol. 162, 1968, p. 1243-1248.

⁵ OSTROM Elinor, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action.*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

⁶ Plus exactement le « Prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel ».

⁷ ROCHFELD Judith, Quel modèle pour construire des « communs » ?, in PARANCE Béatrice et DE SAINT VICTOR Jacques, *Repenser les biens communs*, CNRS éd., 2014, p. 91-114.

⁸ DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 26-27.

⁹ *Ibid.* p. 186.

des « espaces institutionnels »¹⁰. A la notion de « biens communs », est donc préférée celle de « communs ».

Fort de cet héritage ostromien, leur ouvrage *Commun, Essai sur la révolution au XXI^e siècle* ouvre des perspectives sur « l'institution du commun », pensée comme un « principe politique à partir duquel nous devons construire des communs et nous rapporter à eux pour les préserver, les étendre et les faire vivre¹¹ ». Cela nécessite, selon les auteurs, de construire « un modèle théorique du commun¹² » à partir des pratiques et des expériences politiques concrètes. Il ne s'agit pas seulement de défendre les communs, mais aussi, de proposer une théorie capable de les saisir positivement « comme des sources d'institution et de droit¹³ ». L'identification des « formes concrètes » qui servent la production et la reproduction du commun, nous amène à étudier les pratiques mises en œuvre, et la création d'institutions¹⁴. C'est à cette occasion que nous pouvons exposer les distinctions sémantiques que nous utilisons entre les pratiques de commun ou « communs », et l'institution du commun ou « le commun ». La première notion renvoie au *commoning*, qui décrit le « processus social par lequel un groupe de gens – des pairs – s'organisent pour gérer des ressources communes, des savoirs, des espaces et autres domaines¹⁵ ». La seconde propose une approche systémique et cohérente de l'ensemble de ces pratiques, qui vise une organisation sociale de gestion des ressources émancipée des logiques du marché et de l'Etat.

Comment traduire juridiquement l'institution du commun ? En France, la recherche juridique sur le sujet est jeune, et fait face à de nombreux défis. Le paradigme des communs semble bousculer la *summa divisio* entre droit privé et droit public¹⁶, les frontières épistémologiques du droit, ou encore la notion de propriété¹⁷ telle qu'elle existe aujourd'hui dans le Code civil. Le *Dictionnaire des biens*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.* p. 61-62.

¹² *Ibid.* p. 289.

¹³ *Ibid.* p. 289.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ HELFRICH Silke et BOLLIEF David, « Commoning » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021, p. 467.

¹⁶ SPANÒ Michele, *Instituer le commun. Les biens communs et l'expérience communale entre droit public et droit privé*, Collège de France, 2018.

¹⁷ ROCHFELD Judith, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », in *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2014, p. 351-369.

*communs*¹⁸, nouvellement réédité, ainsi que le récent rapport de recherche *L'échelle de communalité*¹⁹, confrontent ces enjeux et posent ainsi des jalons essentiels pour la construction d'une existence juridique des communs, et du commun.

Ce travail de recherche s'inscrit dans cette même démarche d'une lecture juridique des pratiques de commun. Il ne s'agit pas ici de construire une définition uniforme ou un statut juridique propre aux communs, mais d'observer ces pratiques avec l'œil du juriste. C'est précisément par l'analyse de certains outils du droit, ou *techniques juridiques*, mobilisés par les communautés pour gérer et posséder collectivement une ressource ou un ensemble de ressources, que nous souhaitons saisir juridiquement l'institution du commun.

Voyage au cœur du droit de propriété. C'est en plongeant au cœur du droit de propriété, en explorant ses (més)usages et ses approches contemporaines, que l'on trouve un terrain fertile pour le commun. Pourtant, le *propre* et le *commun* semblent d'emblée deux notions incompatibles, comme le soulignent Dardot et Laval : « si le commun est à instituer, il ne peut l'être que comme inappropriable, en aucun cas comme l'objet d'un droit de propriété²⁰ ». En ce qu'elle est entendue classiquement comme « le droit réel le plus complet exercé directement sur une chose, attribuant au propriétaire l'usage, la jouissance, et la disposition de celle-ci, à titre exclusif et dans une perspective perpétuelle²¹ », la propriété porte en elle l'héritage d'un droit en conflit avec les pratiques de commun.

En effet, ce paradigme propriétaire, bâtie sur une tradition civiliste empreinte de l'idéologie individualiste et libérale de 1789, a été un puissant instrument d'enclosures et de destruction des communs. Cela amène le juriste Mikhaïl Xifaras à décrire la propriété comme une « tentative acharnée et perpétuellement recommencée pour isoler la liberté en assurant la séparation du propre et du commun, et le refoulement de ce commun sous toutes ses formes à la frontière extérieure du

¹⁸ CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021.

¹⁹ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles, *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021.

²⁰ DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXIe siècle*, op. cit., p. 298.

²¹ MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014.

propre²² ». Cette contradiction première de la propriété et du commun tient ainsi à la conception d'une propriété par définition exclusive, absolue et individuelle. On peut y opposer une approche plus souple, qui définit plutôt la propriété comme « l'ensemble des règles susceptibles d'organiser les relations sociales quant aux choses²³ ».

En cherchant le *propre du commun*, nous souhaitons donc analyser les formes juridiques propriétaires que mobilisent certaines pratiques de communs, et à partir de celles-ci, comprendre sur quelle relation de propriété l'institution du commun peut s'appuyer.

Indisponibilité et affectation : un double mouvement pour penser les communs. Parmi ces usages du droit de propriété, deux mécanismes complémentaires se révèlent particulièrement intéressants, celui de l'indisponibilité et de l'affectation. Souvent utilisés de pair, ils constituent ensemble une proposition théorique pour saisir juridiquement le commun.

Le geste d'affectation, entendu comme le « fait de soumettre un bien ou plusieurs biens à un usage particulier »²⁴, bénéficie d'un ancrage spécifique en droit français. Ce mécanisme juridique, principalement employé en droit administratif des biens, témoigne d'un rapport singulier au régime de propriété auquel un bien est affilié. L'article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques²⁵ présente l'affectation à l'utilité publique comme le critère de principe qui détermine aujourd'hui la domanialité publique, englobant les deux types d'affectation que sont l'affectation à l'usage direct du public et l'affectation à un service public.

Si ce mécanisme est mieux connu du droit public, il a aussi été déployé en droit privé²⁶ afin d'établir une restriction, ou un démembrement du droit de propriété au profit de l'usage d'un bien²⁷. Au contact du droit privé, l'affectation ne se cantonne pas d'être « un simple acte », mais devient aussi

²² XIFARAS Mikhaïl, *La propriété - Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 337.

²³ BROCA Sébastien, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », in *SociologieS*, 19 octobre 2016.

²⁴ GUINCHARD Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, « Bibliothèque de droit privé ; t. 145 », 1976, 429 p.

²⁵ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-1 : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

²⁶ GUINCHARD Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.*

²⁷ *Ibid.* p. 15.

une « prérogative »²⁸. Il s'agit, selon les termes de la privatiste Caroline Cassagnabere, d'un « pouvoir juridique fondé sur une manifestation de volonté permettant de soumettre des biens ou une partie du patrimoine à une utilisation spécifique ayant pour finalité la poursuite d'un intérêt prédéterminé²⁹ ». C'est donc par le contrôle de ce pouvoir par une communauté, que se dessinent les perspectives d'un usage du droit de propriété au service du commun.

Pour sécuriser le respect de cette affectation, se greffe la notion d'indisponibilité. Celle-ci, plurivoque, peut désigner soit « [l']interdiction de disposer frappant une personne dans l'ensemble de son patrimoine ou sur un bien déterminé qui peut résulter d'une incapacité de jouissance, d'une incapacité d'exercice ou d'une restriction de pouvoirs³⁰ », soit la « qualité d'un bien (ou d'un droit), qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition (aliénation, ou constitution d'hypothèque)³¹ ». C'est à partir de cette dernière définition que nous approchons cette notion. Au sein de l'indisponibilité, des nuances se révèlent quant à la « condition et la capacité de circulation juridique des choses ou des biens³² » : certains font l'objet d'une inaliénabilité radicale, tandis que d'autres sont appropriables. Ainsi, l'indisponibilité n'est pas toujours exclusive de la propriété³³.

Alors que l'affectation garantit l'usage auquel le bien sera dédié, le mécanisme d'indisponibilité extrait ce dernier de la sphère marchande. Celui-ci permet de pérenniser l'affectation par delà l'existence ou de la volonté de la communauté originelle³⁴. L'indisponibilité constitue donc « un élément essentiel pour caractériser les communs » : ces derniers se rattachent moins à la « communauté » qu'à l'affectation qui leur a été conférée³⁵.

²⁸ CASSAGNABERE Caroline, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », in *Revue juridique de l'Ouest*, n° 2, vol. 26, 2013, p. 179.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ « Indisponibilité », CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1160.

³¹ *Ibid.*

³² CORNU Marie, « Inappropriabilité (approche juridique), in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 1390.

³³ *Ibid.*

³⁴ CONTE Emanuele, « Comune proprietario o comune rappresentante? La titolarità dei beni collettivi tra dogmatica e storiografia », in *Mélanges de l'école française de Rome*, n° 1, vol. 114, 2002, p. 73-94, souligné par INGOLD Alice, « Ostrom (Elinor) (approche historique) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 1858.

³⁵ NAPOLI Paolo, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs » », in *Tracés*, n° 27, 24 novembre 2014, p. 211-233, souligné par INGOLD Alice, « Ostrom (Elinor) (approche historique) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 1858.

Par-delà le public et le privé ? Ces mécanismes historiquement pétris par le droit public, s'imbriquent aujourd'hui avec les institutions de droit privé mobilisées par les pratiques de commun. En effet, celles-ci se nichent majoritairement dans les techniques de droit privé (associations, coopératives, contrat, etc.), du fait de leur plus grande souplesse et de la possibilité pour des communautés de s'en emparer aisément. Les communs bousculent la *summa divisio* déjà fragilisée par la logique propriétaire qui imprègne le droit public. Considérés comme un tiers-espace, ils se situeraient entre ou au-delà du privé et du public, ou voire comme un « méta-régime juridique »³⁶. En ce sens, ils libèrent, selon le juriste Michele Spanò, à la fois le droit privé et le droit public des rôles que la *summa divisio* leur a attribué : le droit public perd sa logique souveraine et étatique et sa forme universelle, tandis que le droit privé perd sa logique économique et sa forme individuelle³⁷.

Il n'en reste qu'en droit interne, les ressources constituant les communs sont détenues par des personnes publiques ou privées. Ce constat nous amène donc à comprendre comment les pratiques de commun piochent au sein d'institutions juridiques privées comme publiques, et mobilisent une variété de disciplines juridiques, du droit de l'environnement au droit des sociétés³⁸. À partir de deux instruments juridiques relevant du droit privé, nous montrerons comment le double mouvement d'*indisponibilisation* et d'affectation se présente comme une base juridique pour les pratiques de communs.

Le premier est la mise en œuvre de la « propriété d'usage », définie comme l'attachement d'une personne à un bien, reconnu par un collectif sur la base de son usage et non de la détention d'un titre de propriété³⁹.

Le second cas est celui du dispositif de l'obligation réelle environnementale, entré à l'article L.132-3 du Code de l'environnement par la loi du 8 août 2016. Celui-ci permet d'affecter une propriété foncière à la protection de l'environnement, par un mécanisme contractuel liant le propriétaire avec

³⁶ OST François, MISONNE Delphine et CLIPPELE Marie-Sophie DE, « Propriété et biens communs », *art. cit.*, p. 131-172.

³⁷ SPANÒ Michele, *Instituer le commun. Les biens communs et l'expérience communale entre droit public et droit privé*, Collège de France, s.n., 2018.

³⁸ VANUXEM Sarah et SIZAIRE Vincent, « Protéger la diversité juridique pour préserver le projet politique des communs », in *Délibérée*, n° 2, vol. 10, 16 juillet 2020, p. 12-18.

³⁹ *Politiques des communs - Cahier de propositions en contexte municipal N°1*, <https://politiquesdescommuns.cc/outils/propriete-d-usage>, consulté le 17 décembre 2021.

des personnes publiques ou des personnes morales de droit privé agissant pour la protection de l'environnement. De manière complémentaire, ces deux cas d'étude constituent le terrain de recherche à partir duquel nous pourrions aborder une lecture juridique des pratiques de commun.

En partant des expériences concrètes des communs, par l'analyse de leurs usages du droit de propriété (Partie I), il sera possible de dessiner les approches du droit de propriété susceptibles d'instituer le commun (Partie II).

PREMIÈRE PARTIE

USAGES CHOISIS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LES PRATIQUES DE COMMUN

« Le droit de propriété de l'article 544 du Code civil n'est pas mort, il se métamorphose, se décline en de multiples variations, de fortes amplitudes, tel le 'reflet du monde bigarré des choses'⁴⁰ ». Cette malléabilité du droit de propriété que décrit Benoît Grimonprez, chercheur en droit rural et de l'environnement, résonne avec les techniques juridiques expérimentales que mettent en place les *commoners*⁴¹. Empreintes d'une volonté de renouvellement du rapport des humains aux choses, les pratiques de commun cherchent d'autres expressions juridiques de la propriété.

Il s'agit de montrer que le bien n'est ou ne devient pas commun de par sa nature, mais que le commun se construit par le rapport juridique. C'est par la description, la traduction juridique des pratiques de communs, que nous approchons d'une part les montages de « propriété d'usage », et d'autre part, les obligations réelles environnementales. Nous saisissons donc, au sein de cette entreprise de dévoilement juridique du commun⁴², les techniques d'affectation et d'indisponibilité.

À partir de ces deux illustrations d'usages contemporains du droit de propriété, nous montrerons comment le tandem indisponibilité - affectation peut être présenté comme un dénominateur commun, permettant l'institution du commun. Nous nous intéresserons spécifiquement aux

⁴⁰ GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », in *RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 3, 2015, p. 539-550.

⁴¹ Terme anglo-saxon qui désigne les acteurs et actrices qui participent à la communauté autour du commun.

⁴² WAGENER Noé, Notes conclusives du colloque "Les biens communs saisis par le droit : quelles perspectives", le 11 & 12 avril 2022, Université Paris Nanterre.

techniques émergentes qui témoignent d'une affectation sociale, c'est-à-dire « liée aux intérêts collectifs d'une communauté⁴³ », et volontaire.

Le couple indisponibilité - affectation se manifeste pour l'un par l'étude de l'architecture juridique qui construit le régime d'indisponibilité du bien, et pour l'autre, par l'étude de l'acte juridique créateur d'affectation (statuts, contrat, bail...) qui matérialise l'utilité sociale donnée à la propriété. Des spécificités permettent cependant de discriminer les cas étudiés selon la nature de l'indisponibilité, et la fonction de l'affectation. Ainsi, les montages juridiques de « propriété d'usage » se caractérisent par une indisponibilité totale et une affectation sociale du bien (chapitre I), alors que les obligations réelles environnementales se définissent par une indisponibilité partielle et une affectation environnementale (chapitre II).

⁴³ GIDROL-MISTRAL Gaële, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », in *Revue générale de droit*, n° 1, vol. 46, 2016, p. 95-140.

Chapitre I - Indisponibilité totale et affectation sociale : les montages juridiques de « propriété d'usage »

En France, des collectifs d'habitants, d'occupants ou d'usagers tentent d'acquérir des lieux en commun, par des interprétations et usages contemporains du droit de propriété. En contrepoint d'un droit de propriété absolu et exclusif, ceux-ci développent et mettent en pratique la notion de la « propriété d'usage⁴⁴ ». Cette formule, qui n'a pas de résonance juridique dans les sources du droit français, renvoie à la volonté politique de faire primer l'usage sur la titularité du bien, en confiant les prérogatives du droit de propriété aux usagers des lieux. Suivant un double objectif de mise « hors commerce » du bien, et d'une mise à disposition pérenne à un usage collectif déterminé, ces collectifs se saisissent du droit de propriété et le modèlent selon leurs intentions.

C'est par le biais de montages juridiques « bricolés » qui sanctuarisent le titre de propriété au sein d'une « coquille vide », que le bien devient alors indisponible, c'est-à-dire extrait de la sphère des biens marchands. Les statuts qui composent l'architecture de ce montage conditionnent l'exercice des prérogatives sur le bien à des usages définis, respectant l'utilité sociale souhaitée par le collectif.

Ainsi, en garantissant à la fois l'indisponibilité totale du bien (section I), et son affectation sociale (section II), ces montages dits « de propriété d'usage » participent de l'institution du commun.

⁴⁴ Qu'est ce que le CLIP, <https://clip.ouvaton.org/quest-ce-que-le-clip/>, consulté le 17 novembre 2021 : « la propriété d'usage caractérise l'attachement d'une personne à un bien, reconnu par un collectif sur la base d'un usage et non de la détention d'un titre de propriété. » .

Section 1 - Rendre indisponible : la séparation de la propriété et de l'usage

Si la « propriété d'usage » ne renvoie à aucune définition juridique en droit français, elle correspond néanmoins à un ensemble de pratiques, d'usages sociaux du droit qui contribuent à dessiner un autre rapport à la propriété. Il convient cependant de lire en juriste, ce que révèle cette formule.

L'expérience du *Mietshäuser Syndikat* (I), qui a mis en place dès les années 1970 « une propriété d'usage immobilière » par le biais de la société à responsabilité limitée, a été fondatrice dans son contournement de la propriété privée absolue. Elle a ouvert la voie à des pratiques émergentes en France, qui ont transposé ce montage juridique novateur en droit français (II). Deux véhicules ont été mobilisés à cette fin : celui de l'association, que propose par exemple l'association CLIP, et celui plus récent du fonds de dotation, dont la foncière Antidote est un exemple éloquent. Tous tendent vers un même objectif, celui d'extraire une propriété foncière de la sphère marchande, et l'affecter à un usage social déterminé : l'habitat.

L'affectation est certes volontaire, mais la dissociation de la structure propriétaire de la structure gestionnaire agit comme un puissant verrou contre une potentielle appropriation du bien par les bénéficiaires.

I - Le *Mietshäuser Syndikat*, une expérience pionnière

« Les maisons doivent appartenir à celles et ceux y vivent⁴⁵ » : tel est le principe fondateur de l'action du *Mietshäuser Syndikat*. Mus par un désir d'autonomie, d'auto-organisation et de vie collective, des individus expérimentent depuis quelques décennies d'autres façons d'habiter et de posséder ensemble.

A. La « propriété immobilière d'usage » : l'ingénierie juridique au service d'une mise en commun foncière

⁴⁵ « *Die Häuser denen, die drin wohnen* », extrait de l'interview de Stefan Rost in GRIESSENAUER *Burkhard*, KUNLE *Daniel* et LAUNGER *Holger*, « *Das ist unser Haus - Räume aneignen mit dem Mietshäuser Syndikat* », SEELAND Medienkooperative, 65 Min., 16:9, 2016, <https://vimeo.com/193034732>.

1. L'héritage du mouvement squat.

C'est dans la recherche de freins à la propriété privée absolue, que se sont développés en Allemagne des modèles d'habitat et d'acquisition d'immeubles alternatifs.

De telles initiatives sont souvent déclenchées par la menace de délogement qui se présente lorsque les propriétaires tentent de rentabiliser leurs investissements en vendant un immeuble, en le divisant en copropriétés ou en le démolissant pour en construire un nouveau à la place⁴⁶.

Face à la dépossession et au déracinement que provoquent ces logiques spéculatives, des organisations luttent pour un droit au logement, en redonnant une utilité sociale aux propriétés foncières. Le *Miethäuser Syndikat* (littéralement « syndicat des locataires ») en fait partie. Créée par d'anciens squatteurs et squatteuses, cette association allemande défend depuis les années 1980 une « propriété immobilière d'usage ». L'idée est de sortir des biens immobiliers du marché spéculatif, d'en faire une propriété commune et de les affecter définitivement à un usage d'habitation. Pour ce faire, le juriste Matthias Neuling décide alors de mobiliser le droit des affaires entrepreneurial allemand pour imaginer un montage juridique durable et solide face à de potentielles tentatives de revente des biens.

2. Une propriété « bicamérale ».

Ce montage se compose de trois structures disposant de droits délimités sur le bien, pour en garantir l'indisponibilité. Chaque immeuble est détenu par une société anonyme à responsabilité limitée (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* - GmbH) qui compte deux associés, l'association des habitants, et le *Miethäuser Syndikat*.

D'une part, l'association des habitants, avec une détention de 51% du capital de la SARL (*Haus GmbH*), représente les usagers de l'immeuble. Ainsi, chaque bien immobilier est géré à l'image d'une coopérative d'habitation : l'assemblée des membres, organe démocratique de l'association, décide seule de la gestion du lieu⁴⁷. Les projets de logement demeurent autonomes pour toutes les

⁴⁶ ROST Stefan, « Das Miethäuser Syndikat » in *Commons*, Silke Helfrich et Heinrich-Böll-Stiftung (éd.), transcript Verlag, 2014, p. 285-287 : « The trigger for such initiatives is often the threat of displacement that arises when landlords attempt to maximize their incomes by selling a building, splitting it up into condominiums or tearing it down and building a new one in its place » (notre traduction ainsi que toutes les fois où il n'est pas fait mention de la traduction).

⁴⁷ ROST Stefan, « Das Miethäuser Syndikat » in *Commons*, Silke Helfrich et Heinrich-Böll-Stiftung (éd.), s.l., transcript Verlag, 2014, p. 285-287.

questions relatives à la rénovation, à la location et aux décisions internes. Les locataires paient un loyer bien inférieur au prix du marché, dont ils fixent eux-mêmes le montant. Le loyer est destiné à titre principal, à assurer l'entretien et les charges du lieu, et à titre accessoire à rembourser progressivement les emprunts et/ou contribuer au fonds de solidarité commun.

D'autre part, le *Mietshäuser Syndikat* agit comme une sorte d'organisation de surveillance dans la pérennité des projets. Il s'agit d'une association à but non lucratif qui compte environ 300 membres, pour la plupart des particuliers. Véritable colonne vertébrale de l'organisation du réseau de lieux, elle dispose également d'une SARL (la *Mietshäuser Syndikat GmbH*) dont elle est unique associée et qui est membre de chacune des sociétés à responsabilité limitée qui portent les projets. En cette qualité, le *Syndikat* représente, par les membres personnes physiques et les lieux qui le composent, une instance de contrôle externe garante de l'indisponibilité des biens immobiliers sur le marché. Toutefois, le droit de vote du *Mietshäuser Syndikat* se limite aux questions fondamentales concernant les lieux, afin de se préserver de tout contrôle fédéral sur la gestion de l'immeuble et favoriser l'auto-organisation des habitants.

La propriété de l'immeuble se trouve alors dans les mains de la SARL (*Haus GmbH*), et non dans celles des habitants qui l'occupent. Cette séparation de la titularité de la propriété et de l'usage du bien est rendue possible grâce aux mécanismes de vote mentionnés au sein des statuts de la structure propriétaire.

B. Des garanties de l'indisponibilité du bien

Les projets soutenus par le *Mietshäuser Syndikat* se caractérisent certes par leur diversité et leur nombre, mais cela n'empêche que leurs structures soient liées entre elles par deux principes de solidarité fondamentaux.

1. Un droit de veto réciproque

En premier lieu, il doit figurer au sein des statuts de la SARL un droit de veto réciproque, de l'association des habitants et du *Mietshäuser Syndikat GmbH*, en ce qui concerne les décisions fondamentales qui pourraient porter atteinte au projet collectif et anti-spéculatif porté par le

Mietshäuser Syndikat. Ainsi, pour revendre les locaux, les transformer en propriétés individuelles ou opérer le moindre changement de statuts, les voix des deux actionnaires de la SARL sont nécessaires. Ainsi, plus le syndicat se dote d'une gouvernance démocratique et plus il compte de membres ; moins il semble vraisemblable que les deux associés s'accordent sur la vente du lieu.

2. *Un fonds de solidarité*

En second lieu, les habitants doivent alimenter un fonds de solidarité soutenant la viabilité économique des maisons existantes, le développement des nouveaux projets d'habitat et la pérennité du réseau. Le *Mietshäuser Syndikat*, en tant que point central du réseau, supervise ces « transferts de solidarité » des projets établis vers les projets naissants. Dès le départ, chaque projet verse ainsi des cotisations à ce fonds de solidarité commun. Afin que l'achat d'un nouveau lieu soit facilité, ces cotisations augmentent au fur et à mesure que les emprunts se remboursent et que les intérêts des prêts d'achat diminuent⁴⁸. Celle-ci s'élève actuellement à 10 centimes par m²/mois et augmente de 0,5 % du loyer de base de l'année précédente⁴⁹.

À cela, s'ajoutent des dispositions statutaires qui permettent de limiter les incitations à la revente. En effet, lorsque l'un des deux associés de la SARL (*Haus GmbH*) décide de céder ou résilier leur participation au capital, aucun versement du capital social ou des bénéfices ne sera effectué. Les associés ne retirent donc aucune éventuelle plus-value lors de leur retrait du projet⁵⁰. En cas de dissolution, les statuts prévoient que le patrimoine sera dévolu à un bénéficiaire poursuivant une finalité similaire, et qui accepte de se doter des mêmes principes de solidarité susmentionnés.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ MIETSHÄUSER SYNDIKAT, *Solidarity Transfer*, <https://www.syndikat.org/en/solidarity-transfer/>, consulté le 7 avril 2022.

⁵⁰ BARTHEL Bettina, « Legal hacking und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats », in *Zeitschrift für kritik - recht - gesellschaft*, n° 3, 2020, p. 366.

C. Le *GmbH* : un outil « archi-capitaliste » pour démarchandiser

Si le but du *Mietshäuser Syndikat* est de soustraire durablement des immeubles du marché, il peut sembler étonnant que l'association ait privilégié un montage à partir de la forme juridique « archi-capitaliste⁵¹ » de la société à responsabilité limitée (*GmbH*).

Comment la *GmbH*, initialement pensée pour l'entrepreneuriat et la recherche de profit peut-elle porter des démarches de « démarchandisation⁵² » des biens immobiliers ?

1. À la recherche d'un véhicule juridique opportun.

Au cours de ses recherches, Neuling a d'abord écarté les coopératives d'habitation, ces structures qui avaient historiquement pensé l'accès à un logement abordable dès le début du XX^e siècle en se basant sur l'analyse de l'économiste Franz Oppenheimer⁵³. Ce véhicule lui semblait certes vertueux, mais trop fragile pour garantir la sauvegarde des biens hors du marché. En effet, s'il l'on pouvait aisément inclure les principes de neutralisation du capital et d'autogestion au sein des statuts, ces clauses pouvaient être facilement annulées⁵⁴, et le risque de revente semblait élevé.

Le juriste allemand s'est donc intéressé aux structures juridiques issues de l'économie traditionnelle - capitaliste - qui favoriseraient l'affectation des biens immobiliers à l'habitation, et auxquelles pourraient être statutairement greffées des principes de solidarité⁵⁵.

2. Le choix « pragmatique » de la SARL.

C'est suite à une analyse des structures juridiques existantes que Neuling a conclu que la SARL (*GmbH*) nouvellement créée⁵⁶, était la plus pertinente et efficace pour mettre en œuvre les

⁵¹ MIETSHÄUSER SYNDIKAT, « Der Ausgangspunkt liegt in der Zukunft », in *Contraste - Zeitung für Selbst-organisation*, nov. 2003 p. 7-8. : « Erzkapitalistischen ».

⁵² BARTHEL Bettina, « Legal hacking und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats », *art. cit.*, p. 366. : « Dekommodifizierung » dans le texte que nous avons librement traduit par « démarchandisation ».

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ OPPENHEIMER Franz, *Die Siedlungsgenossenschaft. Versuch einer positiven Überwindung des Kommunismus durch Lösung des Genossenschaftsproblems und der Agrarfrage*, 1896, Duncker & Humblot, Leipzig, p. 117.

⁵⁵ NEULING Mathias, « Rechtsformen für alternative Betriebe », in *Kritische Justiz*, 1986, 19, N.3, p. 309-326.

⁵⁶ La société à responsabilité limitée (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) a été créée en droit des affaires allemand en 1992, suite à de nouvelles contraintes visant les sociétés anonymes. Son fonctionnement est détaillé dans la Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).

aspirations du *Syndikat*. Bien qu'il se soit posé la question de savoir s'il est nécessaire, et souhaitable, de créer des formes juridiques plus adaptées à ces exigences économiques et philosophiques, il admet que « les entreprises alternatives peuvent s'organiser juridiquement conformément à leurs intérêts dans le cadre du droit civil des sociétés en vigueur, sans faire de concessions⁵⁷ ».

En ce qu'elle se caractérise par une grande liberté dans la rédaction des statuts, et un contrôle étatique plus léger, la SARL se démarque par sa souplesse, voire sa versatilité : Neuling considère celle-ci comme « la forme juridique la plus flexible et donc facilement (ré)utilisable⁵⁸ ». Selon la juriste Bettina Barthel, cette forme juridique « permet au *Mietshäuser Syndikat* d'atteindre un haut degré d'autodétermination des différents projets tout en offrant une protection maximale contre la reprivatisation⁵⁹ ». Ce modèle de société à responsabilité limitée bicéphale, ou à « deux chambres », qui répartit le pouvoir entre l'association des résidents et le *Mietshäuser Syndikat*, a effectivement démontré son efficacité pour préserver cette forme de propriété en commun des logements. Après à peine cinquante ans d'existence de la structure, c'est aujourd'hui plus de 150 bâtiments d'habitation qui ont été acquis par ce biais.

L'usage détourné de la technique du droit des affaires allemande a donc permis de retirer définitivement des immeubles du marché spéculatif et à promouvoir un accès au logement par la « propriété d'usage ». Le succès de cette expérience allemande a inspiré des initiatives en France pour sortir de la précarité administrative des squats, ou de la précarité économique des loyers.

II. Lectures juridiques du concept de « propriété d'usage » en droit français

En prenant appui sur le modèle du *Mietshäuser Syndikat*, d'autres initiatives ont cherché à reproduire en droit français, une acquisition « en commun » de lieux d'habitation, avec ce même double objectif : sortir des biens du marché, et les affecter à une fonction sociale.

⁵⁷ NEULING Mathias, « Rechtsformen für alternative Betriebe », *art. cit.*, p. 324.

⁵⁸ *Ibid.* p. 322.

⁵⁹ BARTHEL Bettina, « Legal hacking und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats », *art. cit.*, p. 366.

Si le droit français regorge de ressources pour établir une propriété collective (SCI par des parts de propriété, association par apports avec droit de reprise), il convient d'écarter celle-ci, en ce qu'elle reste attachée à une conception étroite de la propriété, incompatible avec une économie politique des communs.

Il s'agit, ici aussi, de recycler les outils de la propriété privée en les neutralisant, à la fois par la répartition des pouvoirs entre les structures, et par des clauses statutaires spécifiques.

A. Le CLIP, à la recherche d'une indisponibilité pérenne des lieux en droit français

1. Un montage tripartite

L'association CLIP, créée en 2006, fédère différents projets immobiliers collectifs d'habitation ou d'activité qui souhaitent acquérir des lieux en « propriété d'usage »⁶⁰. Le CLIP reprend l'idée d'un montage juridique tripartite avec : une personne morale gestionnaire du lieu, une personne morale propriétaire, et une instance de contrôle qui veille à empêcher la revente du lieu.

L'association propriétaire. Ainsi, chaque bien immobilier est détenu par une association, une « coquille vide » dont l'objet est de « se rendre propriétaire d'immeubles en vue de les affecter à la constitution de lieux solidaires, autogérés et destinés à l'habitation ou à l'exercice de professions, en “propriété d'usage” ». Cette association propriétaire est composée d'exactement deux membres : l'association gestionnaire et le CLIP.

L'association gestionnaire. L'association gestionnaire représente les habitants et usagers réguliers du lieu, et a pour objet de gérer et d'administrer l'immeuble. Si les bénéficiaires du lieu jouissent de prérogatives similaires à celles d'un propriétaire, elles ne détiennent aucun titre de propriété en personne, restant simplement locataires de la structure propriétaire.

Le CLIP. Le CLIP a pour objet de promouvoir la « propriété d'usage » et d'assurer un rôle d'instance de veille sur la revente d'un lieu en empêchant cette opération. Il assure aussi un rôle de fédération entre les différents lieux en propriété d'usage et contribue à dépasser l'action individuelle

⁶⁰ Qu'est ce que le CLIP, <https://clip.ouvaton.org/quest-ce-que-le-clip/>, consulté le 17 novembre 2021.

de rachat de lieux en tissant un réseau d'entraide et de solidarité. Afin de faciliter la mise en place du montage tripartite, le CLIP fournit des statuts juridiques adéquats, à la fois pour la création de l'association gestionnaire et de l'association propriétaire. Le rôle de ces statuts est crucial pour la réalisation de l'indisponibilité du bien. C'est en effet par ceux-ci que le CLIP et l'association des usagers disposent toutes deux d'un veto relatif aux questions fondamentales de l'association propriétaire, notamment vis-à-vis d'une éventuelle remise du bien immobilier sur le marché⁶¹.

2. *Le choix de l'association*

Le contrat d'association est défini à l'article 1 de la loi de 1901 comme une « convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices⁶² ». Celui-ci apparaît comme la structure juridique la plus adéquate à une transposition du modèle du *Mietsbauäuser Syndikat*, et ce pour plusieurs raisons.

Premièrement, faisant écho à la flexibilité qui caractérise la *GmbH* allemande, le véhicule associatif français se distingue par la grande liberté dans la rédaction de ses statuts.

Deuxièmement, conformément à sa capacité juridique, l'association qui détient les titres de propriété peut acquérir à titre onéreux, posséder, administrer des « immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose⁶³ », mais aussi percevoir des dons manuels, des dons d'établissements d'utilité publique, recevoir des subventions de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics. Le capital qu'elle détient est ainsi inappropriable par ses membres et uniquement destiné à la réalisation de son objet. Tout partage des bénéfices est également exclu.

Enfin, son régime fiscal, particulièrement avantageux, prévoit une exonération d'impôt sur les sociétés, de TVA et de contribution économique territoriale, sous réserve que l'association respecte

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, Titre I, article 1.

⁶³ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, Titre I, article 6.

les conditions de gestion désintéressée, d'exercice d'une activité non lucrative et d'absence de complémentarité économique avec des entreprises du secteur lucratif⁶⁴.

Du reste, du fait de sa « petite capacité » juridique, l'association ne peut recevoir ni de legs ou ni de donations. Le véhicule associatif, en raison de l'absence de capital social, présente aussi un frein dans les demandes de financements : les banques sont plus frileuses à soutenir les projets, ce qui contraint au développement de micro-crédits pour l'acquisition des lieux⁶⁵.

Au-delà des finalités communes du CLIP et la foncière Antidote, quelques différences illustrent les subtilités dans le choix dans l'accompagnement des collectifs d'habitants. Alors que le modèle associatif propose une décentralisation plus aboutie, engendrant une autonomie financière des lieux, le fonds de dotation offre un outil de collecte qui centralise les flux financiers, gère le fonds de solidarité et permet de défiscaliser les dons reçus.

B. La Foncière Antidote : une pratique renouvelée par le fonds de dotation

1. L'innovation du fonds de dotation

La Foncière Antidote a repris le même montage tripartite en renouvelant cette pratique avec l'outil du fonds de dotation. Cette nouvelle forme juridique a été inauguré en droit français par l'article 140 de la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, selon lequel :

Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général.

Cette double capacité, à recueillir des libéralités et à détenir des propriétés foncières, permet à la Foncière de porter la propriété des lieux à usages collectifs. Le fonds de dotation se révèle être ici un

⁶⁴ BOI-IS-CHAMP-10-50-10-10.

⁶⁵ *Juristes Embarqués - La créativité réglementaire pour les tiers-lieux créateurs de communs*, Rapport de recherche, La 27^e Région, ANCT, France Tiers Lieux, 2021.

outil de collecte financière et de gestion immobilière⁶⁶, au service d'une mise en commun de ressources foncières.

Inspiré des « *endowment funds* », structures anglosaxonnes au service de la philanthropie et du mécénat privé⁶⁷, le fonds de dotation s'est inscrit dans le paysage juridique français comme un outil de mécénat supplémentaire, caractérisé par une plus grande souplesse contractuelle que la fondation. Largement adopté par les grandes entreprises à des fins de défiscalisation et de communication marketing (dont Danone, L'Oréal ou Sanofi), le fonds de dotation se caractérise par une versatilité de ses usages.

En effet, le fonds de dotation permet par l'irrévocabilité des dons, de sortir d'une logique de propriété collective et ainsi de décorrélérer le pouvoir de l'argent apporté au fonds. C'est aussi un outil plus efficace que l'association dans la collecte de fonds en ce qu'il dispose d'une capacité juridique l'habilitant à accepter tous types de dons, et de défiscaliser ceux-ci. À cela s'ajoutent des enjeux de crédibilité selon lesquels le fonds de dotation paraît plus sérieux et solide face aux institutions publiques et privées⁶⁸.

2. *Le fonctionnement de la Foncière Antidote*

La Foncière est pilotée par l'association fondatrice du fonds, Les Passagères de l'Usage, qui nomme les membres du conseil d'administration, et qui définit ses orientations et principes généraux. L'association Les Passagères de l'Usage a aussi pour rôle de fédérer les « associations de lieux » qui représentent les différents collectifs d'habitants. Chaque association usagère dispose d'un pouvoir de décision au sein de son instance décisionnaire, le Conseil Communal, par l'intermédiaire de ses deux délégués qui rapportent les avis des usagers de leur lieu.

Ces associations loi 1901 assurent la gestion du bien immobilier, composées de l'ensemble des personnes physiques ou morales, qui habitent, soutiennent ou prennent soin du lieu. Le titre de

⁶⁶ *Notre fonctionnement*, <https://lafonciereantidote.org/comment-ca-marche/notre-fonctionnement/>, 2021, consulté le 2 mai 2022.

⁶⁷ BARON Éric, TARON David, « Les fonds de dotation, une opportunité au service de la philanthropie ? », *L'Observatoire*, 2009/1 (N° 35), p. 39-41.

⁶⁸ Radio Galoche, « DESPÉCULER ! Pour en finir collectivement avec la propriété privée », émission de radio diffusée le 25 avril 2021, 1h30.

propriété du lieu étant confié à la Foncière Antidote, celle-ci contracte avec chacune d'elles un bail emphytéotique de 99 ans, en échange d'une redevance locative. Chaque lieu bénéficie donc d'une existence juridique autonome, l'habilitant à trancher indépendamment les décisions concernant les usagers, par les usagers : « en résumé, l'association des lieux est une assemblée d'usager-ères qui déterminent ensemble les modalités de ces usages communs, dans le respect des valeurs qui animent La Foncière Antidote⁶⁹ ».

Les objectifs politiques de la Foncière sont déterminés dans le Manifeste d'Antidote, et tiennent lieu de pré-requis dans l'admission de nouveaux membres. Horizontalité de la gouvernance, lutte contre les dominations, organisation autogestionnaire, autonomie dans la gestion du lieu : autant de principes qui constituent les fondations de l'architecture du montage juridique⁷⁰. En établissant un socle de valeurs communes, l'adhésion des associations d'usagers à ce Manifeste leur confère une certaine liberté et autonomie dans la gestion des lieux. « La propriété collective n'est pas seulement un instrument juridique ou économique ; c'est quelque chose en plus, car elle a besoin de puiser dans un monde de valeurs, de s'enraciner dans une certaine façon de percevoir, de concevoir, de vivre la vie associative⁷¹ », disait le professeur italien Paolo Grossi. C'est ce même souci de cohérence entre le « vivre ensemble » et le « posséder ensemble » qui imprègne le montage proposé par la Foncière.

Par la séparation de la titularité de la propriété et de son usage, ces différents montages juridiques assurent une indisponibilité totale du bien à l'égard des prédatons à la fois externes et internes. À cela se superpose une affectation sociale, garantie par les statuts qui constituent les structures juridiques.

⁶⁹ *Notre fonctionnement*, <https://lafonciereantidote.org/comment-ca-marche/notre-fonctionnement/>, 2021, consulté le 2 mai 2022.

⁷⁰ *Nos valeurs*, <https://lafonciereantidote.org/qui-sommes-nous/nos-valeurs/>, 2021, consulté le 3 mai 2022.

⁷¹ GROSSI Paolo, *Il problema storico-giuridico della proprietà collettiva in Italia*, in Franco Carletti (a cura di) *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993.

Section 2 - Garantir l'affectation : les garde-fous statutaires

L'acte juridique créateur de l'affectation porte en lui un projet politique, voire un récit de luttes qui se poursuit par la mobilisation du droit. Comme l'a exposé le professeur Silvio Normand lors du colloque « Les communs urbains saisis par le droit », il faut cependant sacrifier une partie de la narration dont témoignent les initiateurs du projet. L'affectation apparaît comme une technique qui transpose juridiquement la finalité recherchée par la communauté usagère du bien⁷².

L'écriture de l'affectation suppose selon lui de considérer un certain nombre d'éléments, tels que la participation des différents initiateurs, l'établissement de la finalité poursuivie et leur adhésion à cette finalité, le financement du projet, la question de la transmission des droits attachés aux initiateurs ou encore le maintien d'un équilibre entre l'intérêt des bénéficiaires de l'affectation, et l'intérêt commun⁷³. Ces éléments seront autant de pistes que nous explorerons pour analyser les statuts qui portent l'affectation du bien.

Nous analyserons la manière dont se matérialise l'affectation, d'abord, au travers du modèle associatif (I), puis au travers de celui du fonds de dotation (II), pour enfin tisser des fils entre l'élaboration de statuts et l'institution du commun.

I - Par le modèle associatif : l'exemple des statuts de la Déviation

La Déviation, ancienne cimenterie au nord de l'Estaque (Marseille), devenue un espace artistique de création et de vie collective, géré par un collectif d'artistes, est l'une des structures fédérées au sein du CLIP⁷⁴.

L'initiative d'acquiescer un espace *en commun* grâce à la propriété d'usage est née de la nécessité de trouver un lieu fixe pour développer leurs activités artistiques, et disposer d'un espace de représentation pérenne. Cet espace de plus de 1000 m² peut assurer à la fois l'activité de résidence artistique et celle d'ouverture sur le public, par la médiation socioculturelle. Soucieux d'en faire un

⁷² NORMAND Silvio, « Affectation et biens communs urbains », Colloque *Les communs urbains saisis par le droit*, Partie II, en ligne, McGill University, 11 février 2022.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Juristes Embarqués - La créativité réglementaire pour les tiers-lieux créateurs de communs*, Rapport de recherche, La 27^e Région, ANCT, France Tiers Lieux, 2021, p. 123.

lieu de vie ouvert, le collectif à l'origine du projet a souhaité que tous les espaces (théâtre, cinéma, café, salle de danse...) soient accessibles à celles et ceux qui s'aventurent sur ce promontoire marseillais : « Nous travaillons à la Déviation contre une privatisation de l'espace : comment chacun peut-il devenir propriétaire d'usage de tous les outils de production de la Déviation ? Comment aucun espace n'est-il assigné à aucune personne, mais demeure utilisable par tout le monde ?⁷⁵ ».

On retrouve dans ce souhait, cette double volonté, à la fois de soustraction du marché, et d'affectation du bien à une utilité sociale. Comment cette volonté se manifeste-t-elle dans les statuts de l'association propriétaire et de l'association gestionnaire ? Autrement dit, comment les statuts permettent-ils de pérenniser juridiquement ce lieu comme commun, transcendant la communauté d'origine ?

Pour cela, on s'intéresse à la manière dont le mécanisme d'affectation se manifeste au sein des statuts de la structure qui porte la propriété du lieu, l'association « Parpaing Libre ».

A. La manifestation de l'affectation au sein des statuts de Parpaing Libre

L'établissement de la finalité poursuivie. Les statuts de l'association Parpaing Libre présentent au 2^e article, dédié à son objet, les principes fondamentaux du montage de « propriété d'usage ». La notion d'affectation y est présente dès les premières lignes : « L'association a pour objet : de se rendre propriétaire d'immeubles en vue de les affecter à la constitution de lieux solidaires, autogérés et destinés à l'habitation ou à l'exercice de professions, en 'propriété d'usage' ». Cet objet, inhabituellement long, montre la nécessité pour le collectif d'être le plus exhaustif possible sur les motivations et le fonctionnement qui fondent l'association. La dimension pédagogique n'est pas non plus à négliger, afin de clarifier le montage auprès de tout membre de l'association ou usager du lieu.

La transmission des droits attachés aux initiateurs. Aux articles 5 et 6, figurent la composition et l'admission des membres de l'association, au nombre exact de deux : l'association des usagers, En Devenir, « regroupant l'ensemble des usagers réguliers des immeubles de l'association et ayant pour objet de gérer lesdits immeubles », et l'association de veille, le CLIP, « ayant pour objet de

⁷⁵ *Ibid.*

promouvoir la propriété d'usage, comme définie à l'article 2 ». Les membres sont nommément désignés et leur objet est précisé, témoignant d'une attention redoublée à l'attribution des rôles des structures protectrices de l'indisponibilité de l'immeuble. Les conditions de l'admission ne sont cependant pas précisées, l'article 6 se contentant de signaler que l'association de veille et l'association des usagers sont membres de droit de l'association. Ce manque de précision risque d'être préjudiciable en cas de dissolution de l'une des deux structures. Si l'autre structure n'est pas remplacée, l'association restante se retrouve seule membre décisionnaire des assemblées générales ordinaires et extraordinaires, lui accordant ainsi un pouvoir arbitraire et total.

On peut également s'interroger sur le faible développement de l'article 7, relatif à la radiation des membres. Celui-ci prévoit la perte de qualité de membre de droit, si dissolution, retrait ou défaut de paiement de cotisation. En ne prévoyant ni le remplacement, ni la sortie d'une des deux structures de l'association propriétaire, la vacance laissée par la structure partante risque de désactiver les garde-fous mis en place pour empêcher la revente du bien. En raison de l'architecture juridique du montage, qui fait tenir l'association sur deux piliers, l'association des usagers et l'association de veille (dont la mention inonde les statuts), il semble risqué voire dangereux de ne pas solidifier ces dispositions statutaires.

À l'article 9, les statuts de Parpaing Libre assurent la limitation des pouvoirs et des responsabilités des gérants de la structure propriétaire par le jeu du mandat impératif, défini comme « un ordre de mission précis donné à un membre pour une période donnée ». Ainsi, pour toute opération entraînant une modification substantielle des immeubles, l'association des usagers devra recevoir un mandat impératif de la part de l'assemblée générale ou extraordinaire de ses membres.

Mesure supplémentaire de dissuasion à la revente du bien, l'article 14 prévoit qu'en cas de dissolution, les apports effectués à l'association sont incessibles, les actifs restants étant obligatoirement dévolus à une personne morale qui porte « un projet d'habitat solidaire ou autogéré ».

Par ailleurs, il est étonnant de voir comment la notion de « propriété d'usage » se déploie dans les statuts, en dépit de l'absence de valeur juridique ou définition acceptée en droit français. Si la formule permet de nourrir une nouvelle représentation de la propriété, son absence de contours statutaires en fait davantage une déclaration politique, qu'un régime juridique contraignant.

B. De l'affectation au commun

L'équilibre entre l'intérêt des bénéficiaires de l'affectation et l'intérêt commun⁷⁶.

L'échelle de communalité, a été théorisée dans le rapport de recherche éponyme, à partir de l'identification des différentes instances de pouvoir qui contribuent au commun⁷⁷. On peut appliquer le triptyque communauté attributaire, communauté délibérative et communauté de contrôle, aux instances de pouvoir prévues par les statuts⁷⁸.

Primo, la communauté attributaire du bien se compose de toutes les personnes qui peuvent accéder au lieu, et qui pourront en bénéficier à l'avenir. Elle se traduit juridiquement par le conseil d'administration de l'association des usagers, qui inclut non seulement les habitants mais aussi les usagers ponctuels.

Secundo, la communauté délibérative se divise en deux cercles. Celui du noyau, qui s'intéresse aux décisions relatives à la gestion du lieu, se recoupe avec la communauté d'usage selon le principe d'autonomie et d'autogestion des lieux. Autour de ce cercle, un second tranche les décisions importantes relatives au bien, représenté par Parpaing Libre, l'association propriétaire du lieu.

Tertio, la communauté de contrôle est considérée comme l'ensemble des « personnes habilitées à défendre un droit d'usage ou plus largement à contrôler que l'affectation à un intérêt commun est respectée⁷⁹ ». L'affectation étant garantie par l'objet statutaire de l'association, la communauté de contrôle comprend en premier chef les membres de l'association⁸⁰. En effet, les associations, de par leur nature conventionnelle, sont régies par les principes généraux du droit des contrats : il est possible pour les membres de mettre en cause la responsabilité de l'association, si l'objet statutaire (donc l'affectation) n'est pas respecté. Par ailleurs, il serait possible d'interpréter l'administration

⁷⁶ L'intérêt commun est défini dans le rapport sur les éléments de définition de la servitude collective, théorisé par Hansenne comme l'« intérêt propre d'une collectivité, considérée non comme une entité juridique effective, du moins comme une réalité sociologique distincte de la simple somme des intérêts individuels », cf. La servitude collective, modalité du service foncier ou concept original ?, Faculté de droit de Liège, Martinus Nijhof, La Haye, 1969, p. 515.

⁷⁷ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021 : instance entendue comme dans le sens d'un « lien de manifestation ou d'expression de la communalité », p. 80.

⁷⁸ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, p. 80.

⁷⁹ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, p. 81.

⁸⁰ Code civil, art. 1145 : « La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles. ».

fiscale comme faisant partie la communauté de contrôle en ce qu'elle veille au bon usage des ressources à l'objet social de l'association.

Ces trois instances de communalité tirent ainsi une photographie du commun. Cette analyse donne à voir l'articulation entre l'intérêt commun et l'intérêt des bénéficiaires de l'affectation, par une meilleure compréhension de l'inclusivité des règles qui régissent la gestion du bien. C'est en ce sens un outil intéressant pour « dévoiler les failles ou les faiblesses de certaines techniques juridiques existantes⁸¹ », ici, les montages juridiques de « propriété d'usage ».

II - Par le modèle du fonds de dotation : l'exemple de « Cinéma revival : pour un cinéma associatif »

Cinéma historique au cœur du quartier latin, La Clef s'est distingué depuis les années 70 par sa programmation éclectique et ses séances à bas prix. Après cinquante ans d'activité, la Caisse d'épargne Île-de-France, actuel propriétaire du bâtiment, cherche à revendre le bâtiment. Le 20 septembre 2019, un groupe de collectifs réunis sous l'association *Home Cinema*, décide d'occuper le cinéma pour continuer à proposer des projections au public. S'en suit alors une mobilisation de deux ans et demi, pour préserver cet espace devenu le dernier cinéma associatif de Paris⁸². Tous les soirs, jusqu'à l'expulsion début mars 2022, un film différent est diffusé à prix libre. Face à la question : « comment préserver la liberté de ton du collectif dans l'hypothèse où nos actions se poursuivraient dans un cadre légal ?⁸³ », se construit progressivement l'idée de racheter le lieu, via un fonds de dotation dédié au soutien du cinéma indépendant.

Les fondateurs du fonds prennent appui sur le modèle de la Foncière Antidote, en substituant à l'affectation sociale de bâtiments d'habitation, une affectation à visée culturelle et artistique.

⁸¹ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, op. cit., p. 81.

⁸² DELILLE Benjamin, « Au cinéma la Clef à Paris: 'Si ça disparaît, il ne restera plus d'endroit pour présenter des choses expérimentales' », in *Libération*, 27 janv. 2022.

⁸³ *Rachat du cinéma La Clef - Des nouvelles !*, Communiqué de Cinéma Revival, Avril 2022.

A. La manifestation de l'affectation dans les statuts du fonds de dotation Cinéma revival

Établissement de la finalité poursuivie par le fonds. Là encore, l'affectation s'exprime dans l'objet même du fonds, à l'article 2 bis⁸⁴ :

Le Fonds agit dans le milieu du cinéma indépendant, il a pour objet : la préservation et le développement de cinémas sous forme associative à but non lucratif ; le soutien à la création indépendante et/militante, la favorisation de l'entraide, du partage des expériences et de la mise en réseau, l'accompagnement à la professionnalisation, la facilitation de l'accès des œuvres cinématographiques indépendantes aux plus précaires.

Remarquable par sa longueur et les valeurs politiques qu'il développe, cet objet aux allures de manifeste, pose d'emblée une affectation non seulement culturelle mais aussi sociale.

L'article suivant détaille les moyens mis en œuvre pour réaliser l'affectation, parmi lesquels figurent : « la collecte de dons, donations et legs de particuliers et d'entreprises », « l'acquisition, la réhabilitation et la préservation des cinémas de quartiers pour créer des lieux culturels et du lien social » ou encore « la mise à disposition de locaux pour des collectifs de gestionnaires, programmeurs, d'artistes, de cinéastes ». L'affectation est protégée par la précision de ces énoncés, laissant *de facto* peu de marge de manœuvre à d'autres finalités.

B. De l'affectation au commun ?

L'équilibre entre l'intérêt des bénéficiaires de l'affectation et l'intérêt commun. L'article 10.1 prévoit une « instance décisionnelle unique », celle du conseil d'administration. Il est par conséquent investi des pouvoirs les plus étendus concernant la gestion du fonds. Si l'on reprend la grille de lecture des instances de communalité, on constate que le conseil d'administration représente à la fois à la communauté délibérative et à la communauté de contrôle, sans y inclure explicitement les usagers. Ce déséquilibre et cette concentration des pouvoirs au sein de la même instance met en lumière la faiblesse du montage.

⁸⁴ Il s'agit en réalité de l'article 4, mais la numérotation des articles est erronée.

En pratique, depuis sa création, le fonds de dotation a mis en place trois collèges : le premier réunissant les représentants des associations usagères des lieux, le second composé de professionnels du cinéma, et le troisième dédié à veiller à la pérennité des biens⁸⁵. Il est cependant nécessaire d'instituer juridiquement ces pratiques au sein des statuts en détaillant précisément les rôles de chaque collège et les droits de vote qui leur sont accordés dans la gestion et l'administration du fonds.

La transmission des droits attachés aux initiateurs. L'article 16 qui régit la dissolution mentionne la liquidation des biens du fonds, et l'attribution du boni de liquidation à « un autre fonds de dotation ou fondation reconnue d'utilité publique ayant un objet similaire à celui du fonds ». Cette clause statutaire va à l'encontre de l'objectif de pérennisation des biens hors du marché, en ne prévoyant que la revente de ceux-ci en cas de dissolution. Par ailleurs, l'absence de précisions quant au fonctionnement des structures attributaires du boni de liquidation présente un risque de fragilisation du montage de « propriété d'usage ».

Ces deux modèles illustrent à quel point la rédaction des clauses statutaires peut être décisive pour la garantie de l'affectation du bien et la solidité du régime d'indisponibilité. Au cœur de l'architecture, les statuts instituent juridiquement le commun.

⁸⁵ *Rachat du cinéma La Clef - Des nouvelles !*, Communiqué de Cinéma Revival, Avril 2022.

Conclusion du chapitre

En tension entre une volonté de pérennisation de la « propriété d'usage » par la technique juridique, et une adhésion contrainte à la logique propriétaire du droit positif, se pose la question de la démarche instituante du droit⁸⁶. En effet, depuis la volonté exprimée par le collectif usager et les règles décidées collectivement en assemblée, le juriste institue et légitime ces pratiques dans l'ordre juridique. Les statuts deviennent la règle souveraine, qui régit et encadre la répartition du pouvoir, et des droits de propriété sur la chose.

L'alliance de mécanismes d'acquisition privée avec la mise en place de garde-fous statutaires permet d'utiliser la contrainte du droit de propriété privée contre l'idéologie même qui la fonde. Cette démarche répond aux besoins, d'une part de pérenniser le commun, et d'autre part, de le défendre face aux menaces d'enclosures à la fois internes (de la part d'habitants ou usagers du lieu) qu'externes (de la part de personnes publiques ou privées). L'institution du commun, par la garantie de l'indisponibilité et par l'affectation du bien à une utilité sociale collective, participe ainsi à lutter contre les dominations qui pourraient se jouer contre le collectif ou au sein du collectif.

⁸⁶ DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Éditions La Découverte, 2014, p. 405-410.

Chapitre II - Indisponibilité relative et affectation écologique : les obligations réelles environnementales

L'obligation réelle environnementale, l'une des mesures phares de la loi du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, constitue une seconde illustration des usages contemporains du droit de propriété pour les pratiques de commun. Elle figure désormais à l'article L.132-3 du Code de l'environnement⁸⁷, aux termes suivants :

Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques. Ces obligations peuvent être utilisées à des fins de compensation.

La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. La durée prévue au contrat ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans.

Établi en la forme authentique, le contrat faisant naître l'obligation réelle n'est pas passible de droits d'enregistrement et ne donne pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière prévus, respectivement, aux articles 662 et 663 du code général des impôts. Il ne donne pas lieu non plus au paiement de la contribution prévue à l'article 879 du même code.

Le propriétaire qui a consenti un bail rural sur son fonds ne peut, à peine de nullité absolue, mettre en œuvre une obligation réelle environnementale qu'avec l'accord préalable du preneur et sous réserve des droits des tiers. L'absence de réponse à une demande d'accord dans le délai de deux mois vaut acceptation. Tout refus doit être motivé. La mise en œuvre d'une obligation réelle environnementale ne peut en aucune manière remettre en cause ni les droits liés à l'exercice de la chasse, ni ceux relatifs aux réserves cynégétiques.

Ce nouveau mécanisme permet au propriétaire de renoncer à certaines prérogatives de son droit de propriété, en les confiant à des personnes publiques ou privées qui œuvrent pour la protection de l'environnement. La liberté contractuelle étant au centre de cette affectation écologique du bien, elle

⁸⁷ Code de l'environnement, article L. 132-3, version en vigueur depuis le 23 février 2022. L'article a subi depuis son entrée en vigueur deux modifications : la première, issue de l'article 26 de la Loi n°2020-1721 du 29 décembre 2020, y ajoute l'exonération de la contribution de sécurité immobilière ; la seconde, issue de l'article 191 de la Loi n°2022-217 du 21 février 2022, précise que la durée des obligations réelles environnementales ne peut excéder les 99 ans.

fait de l'obligation réelle environnementale une seconde technique d'affectation volontaire à étudier⁸⁸.

L'obligation *propter rem*⁸⁹, ressort fondamental du dispositif, conditionne la disponibilité du bien au respect de l'affectation, empêchant ainsi une revente dans laquelle les intérêts économiques supplanteraient les intérêts écologiques garantis par le contrat.

C'est ainsi que l'obligation réelle environnementale, à la fois grâce à l'indisponibilité partielle et versatile, que produit l'obligation *propter rem* (I), et grâce à l'affectation écologique que protège le contrat (II), devient un terrain fertile à l'institution du commun.

Cependant, la participation de l'obligation réelle environnementale (ORE) à l'institution du commun reste, en l'état de la législation, de l'ordre de la potentialité. Vulnérable aux dynamiques de marchandisation de la biodiversité⁹⁰, l'affectation du bien à la protection de l'environnement risque d'être mise en balance avec les intérêts du propriétaire et ceux du territoire⁹¹.

⁸⁸ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021, p. 275.

⁸⁹ Littéralement : « à cause de la chose ».

⁹⁰ L'article L.110-1 du code de l'environnement définit la biodiversité comme « la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants. ».

⁹¹ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, *op. cit.*, p. 300.

Section 1 - Limiter la disponibilité : l'obligation *propter rem*

Si les premières réflexions relatives à la création d'une obligation réelle environnementale émergent dans les années 90, ce n'est que plus de vingt ans plus tard, au terme de trois rapports successifs, que celle-ci est finalement consacrée. Elle figure alors à l'article 72 de la loi du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages en 2016, aujourd'hui codifié à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement.

Fondée sur le mécanisme d'obligation *propter rem*, l'ORE créé un régime d'indisponibilité dont les limites se rencontrent à la fois dans sa partialité (I) et dans sa relativité (II).

I - Une indisponibilité partielle

A. La liberté contractuelle comme fondement théorique de l'obligation réelle environnementale

1. Une inspiration anglosaxonne.

C'est de l'autre côté de l'Atlantique, depuis les systèmes de *common law*, que provient l'inspiration des obligations réelles environnementales⁹². Mises en place aux Etats-Unis depuis les années 1960⁹³, puis au Canada, et en Australie, les *conservation easements* (« servitudes de conservation » ou « servitude environnementale volontaire ») sont aujourd'hui une pratique établie. Il s'agit pour des propriétaires fonciers de concéder une partie de leurs prérogatives à un organisme de conservation (*landtrust*), qui assure la conservation des qualités environnementales du fonds. Le mécanisme de servitude volontaire restreint les activités sur la terre concernée (ou une partie de celle-ci), selon les exigences fixées par le propriétaire lui-même. À mi-chemin entre le mécanisme de droits réels et les obligations personnelles, la servitude de conservation est attachée au bien (« *runs with the land* »), mais produit des obligations vis-à-vis du propriétaire lui-même.

⁹² MARTIN Gilles J., « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », in *Droit de l'environnement*, n° 249, octobre 2016, Victoires édition, p. 334-340.

⁹³ CHEEVER Federico et McLAUGHLIN Nancy A., *An Introduction to Conservation Easements in the United States: A Simple Concept and a Complicated Mosaic of Law*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015.

2. *Rupture politique.*

Depuis la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976, la protection du patrimoine naturel s'est avant tout exprimée par des mesures de police administrative qui conditionnent les prérogatives des propriétaires sur leurs biens fonciers à des objectifs de préservation environnementale. En effet, le droit français dispose de plusieurs outils à cet égard : les zonages environnementaux, les espaces naturels sensibles, ou encore le bail rural environnemental. L'ORE s'inscrit en contre-courant de cet héritage normatif, en privilégiant le choix volontaire et conscient des propriétaires : « à la logique autoritaire et descendante publique, elle substitue une démarche ascendante et négociée, où les propriétaires, au lieu d'en être la cible, deviennent les auteurs de la norme écologique créée⁹⁴ ».

La puissance publique conserve malgré tout un rôle de taille dans le bon fonctionnement du dispositif. Elle se pose d'abord en « gardien principal des biens communs⁹⁵ », par la position privilégiée des personnes publiques dans le texte législatif, figurant en première position parmi les différents cocontractants énumérés à l'article 132-3. Elle peut ensuite contracter elle-même des obligations réelles environnementales, avec d'autres personnes publiques ou des personnes privées œuvrant pour la protection de l'environnement.

L'ORE rompt ainsi avec une politique réglementaire des usages dictée par l'Etat, pour privilégier une protection volontaire et singulière qui, selon l'analyse de Benoît Grimonprez, « redonne à l'individu sa liberté et sa dignité, en même temps qu'elle retisse du lien social (par le fil du contrat)⁹⁶ ».

3. *Le fil du contrat.*

L'ORE a été originellement pensée comme une démarche volontaire du propriétaire de mettre à sa charge, et à la charge de tous les propriétaires successifs pendant la durée de la convention, une affectation écologique du bien, entraînant par conséquent son indisponibilité

⁹⁴ REBOUL-MAUPIN Nadège et GRIMONPREZ Benoît, « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », in *Dalloz*, 2016, « Recueil Dalloz », p. 2074.

⁹⁵ BOUL Maxime, « Réflexions d'un publiciste sur les droits réels. À propos de leur constitution sur les biens communs », in *Droit et Ville*, n° 2, vol. 86, 2018, p. 229-240.

⁹⁶ GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », in *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 3, 2015, p. 539-550.

partielle. Le législateur a décidé de donner à l'acte constitutif de l'ORE, une forme contractuelle : « les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure [...] en vue de faire naître à leur charge [...] les obligations réelles que bon leur semble⁹⁷ ». Il s'agit donc d'une « auto-limitation des droits souverains du propriétaire sur sa chose⁹⁸ », dont les contours et les modalités ont été entièrement souhaités ou acceptés par ce dernier.

La liberté contractuelle qui caractérise l'ORE permet d'illustrer comment la propriété peut être volontairement grevée au profit du commun. C'est donc par le contrat que le bien devient partiellement indisponible, selon l'exigence des obligations contractées et l'étendue de celles-ci sur le bien. Cette méthode de « production du droit écologique⁹⁹ » soumet ainsi l'indisponibilité du bien à la bonne volonté du propriétaire.

B. L'obligation *propter rem* comme fondement technique de l'ORE¹⁰⁰

1. Une qualification ambiguë, entre droit réel et droit personnel

Si le chemin de l'obligation réelle environnementale a été sinueux, c'est sans doute en raison de ses contours flous, empruntant autant au droit réel qu'au droit personnel.

La qualification juridique de l'ORE ne fait pas consensus au sein de la doctrine. Malgré des similitudes avec les mécanismes de servitudes et de droit réel de jouissance, l'ORE se singularise par son hybridité. D'abord, la qualification de servitude a été théoriquement écartée, considérant que les servitudes conventionnelles à finalités environnementales ne puissent être constituées au profit de certaines personnes (le cocontractant en l'espèce) et qu'elles ne puissent comporter des obligations *in faciendo* (obligation de faire)¹⁰¹. Cependant, en ce que le cocontractant dispose d'un droit d'accès sur le bien du propriétaire, le mécanisme peut s'assimiler en pratique à une servitude d'un « fonds dominant » au « fonds servant ».

⁹⁷ Code de l'environnement, art. L. 132-3 du code de l'environnement, version en vigueur depuis le 23 février 2022.

⁹⁸ CROZES Amelia, « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrements et obligations consenties », in *Droit et Ville*, n° 2, vol. 86, 2018, p. 183-204.

⁹⁹ GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », *art. cit.*

¹⁰⁰ CROZES Amelia, « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrements et obligations consenties », *art. cit.*

¹⁰¹ REBOUL-MAUPIN Nadège et GRIMONPREZ Benoît, « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », *art. cit.*

Ensuite, le droit réel de jouissance spéciale, s'il présente des similitudes fortes avec le dispositif d'ORE, n'instaure aucun rapport d'obligation entre son titulaire et le propriétaire du bien concerné : il n'est donc pas pertinent, selon la doctrine, de reprendre cette qualification¹⁰².

L'ORE se rattache finalement à l'obligation *propter rem*, définie par le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu comme une :

*obligation liée à une chose, qui pèse, non sur un débiteur personnellement mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement)*¹⁰³.

En effet, l'ORE est liée à la chose, de sorte qu'elle se transmette au travers des propriétaires successifs, mais la réalisation de l'affectation écologique dépend de la bonne exécution du contrat par le propriétaire. Celui-ci accepte volontairement « pour lui-même et tous ses successeurs pendant la durée de la convention, de partager les utilités de l'immeuble avec des personnes choisies pour leur engagement au service de la protection de l'environnement¹⁰⁴ ».

Comme le souligne l'exposé des motifs de la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, l'obligation *propter rem* constitue la raison d'être du dispositif :

*Le fait que les obligations affectent la propriété elle-même évite les contingences liées au devenir des personnes parties prenantes, et permet d'assurer une réelle pérennité des mesures mises en œuvre qui, sans cela, perdraient une bonne partie de leur pertinence (prévention de l'artificialisation, mise en place de pratiques durables restaurant la qualité des sols, aménagements arborés nécessitant une durée de mise en œuvre...)*¹⁰⁵.

C'est donc par l'octroi volontaire de certaines prérogatives de l'immeuble, que le bien devient partiellement indisponible, ou du moins qu'il voit sa disponibilité conditionnée. En effet, la revente du bien sera conditionnée à l'usage qu'en fera le futur propriétaire, limitant ainsi son retour sur le marché.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ « Obligation réelle », CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2022, p. 1489.

¹⁰⁴ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021, p. 303.

¹⁰⁵ Loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité.

Cette indisponibilité est garantie par le contrat selon lequel le cocontractant peut contester une cession du bien qui empêcherait la bonne réalisation de l'ORE.

2. Démembrer pour rendre indisponible ?

L'ORE serait-elle un droit réel d'un genre nouveau ? C'est ce qu'affirme la professeure Mathilde Hautereau-Boutonnet, qui analyse l'ORE non pas comme une soustraction de certaines prérogatives appartenant au propriétaire du bien, mais comme leur circonscription dans les limites du respect de la biodiversité et de ses fonctions¹⁰⁶. Il s'agit ainsi d'un démembrement du droit de propriété conférant au titulaire du droit réel, un intérêt à la préservation de la biodiversité. Cet intérêt, porté par le cocontractant, fait alors naître « un droit démembré en faveur du droit de chacun à l'environnement », ou « droit réel collectif à l'environnement¹⁰⁷ » consenti par le propriétaire sur son bien.

Cette interprétation, en ce qu'elle révèle une utilité du bien au bénéfice d'une communauté, permet donc d'imaginer le rattachement de cette obligation « d'un genre nouveau¹⁰⁸ » à une forme d'institution du commun. C'est ici l'intérêt de tous, (c'est à dire la protection de l'environnement) qui contraint la disponibilité du bien. À contre-courant de l'approche classique du droit des biens, l'obligation *propter rem* au cœur des ORE ouvre la porte à un régime d'indisponibilité partielle du bien, dont l'utilité conditionnera le retour sur le marché.

Par la restriction des usages du bien foncier, l'obligation *propter rem* qui caractérise ce dispositif produit une indisponibilité partielle. La revente du bien serait ainsi conditionnée à des usages particuliers, ce qui le sort - théoriquement du moins - du marché immobilier classique. Cependant cette indisponibilité tend, en pratique, à être remise en cause, voire renversée.

¹⁰⁶ HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil... À propos de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », in *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 37, 12 septembre 2016, « Environnement », p. 1624-1628.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ CROZES Amelia, « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrements et obligations consenties », *art. cit.*

II - Une indisponibilité versatile

Le caractère synallagmatique du contrat et les usages à des fins de compensation prévus par l'article L132-1 du code de l'environnement, relativisent le régime d'indisponibilité qu'il est possible d'accorder aux ORE. Les usages actuels des mesures de conservation volontaire de la biodiversité, en France et au Québec, laissent présager une potentielle entrée des ORE sur un « marché de la biodiversité ».

A. Un contrat synallagmatique

À contre-courant de l'esprit des promoteurs initiaux de l'ORE, le législateur a voulu instaurer des obligations réciproques entre le propriétaire et le cocontractant¹⁰⁹. Une partie de la doctrine regrette cette exigence, d'une part, parce qu'elle exclut l'hypothèse d'une ORE établie par acte unilatéral de volonté, et d'autre part, parce qu'elle fait « nécessairement » de toute ORE, un contrat à titre onéreux.¹¹⁰

1. Deux parties au minimum.

Le contrat engage donc *a minima* deux parties : le propriétaire, personne privée ou publique, qui soumet tout ou partie de son bien immobilier aux obligations contractuelles qu'il se donne lui-même, et le cocontractant. Celui-ci doit, selon l'article L.132-3 du code de l'environnement, agir « pour la protection de l'environnement » : toute personne publique (collectivité publique, établissement public) ou personne morale de droit privé dont les statuts prévoient ce but, peut en faire partie. Le cocontractant peut aussi décider de se porter « tiers

¹⁰⁹ Projet de loi relatif à la biodiversité, n° 1847, déposé le mercredi 26 mars 2014 : le texte initial des obligations réelles environnementales était formulé de la sorte : « Art. L. 132-3. – Il est permis aux propriétaires de biens immobiliers de contracter avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires successifs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de services écosystémiques dans un espace naturel, agricole ou forestier.

La durée de l'obligation et les possibilités de résiliation doivent figurer dans le contrat conclu entre les parties.

Le propriétaire ne peut, à peine de nullité absolue, accepter de telles obligations réelles environnementales qu'avec l'accord préalable et écrit du preneur. »

¹¹⁰ MARTIN Gilles, « Les obligations réelles environnementales au service d'une protection des zones humides », in *Cahiers de Droit*, n° 4, vol. 62, 2021, p. 1091-1132.

garant » en confiant la réalisation de ses obligations à une tierce personne, dont le rôle se résume à la simple exécution des « services écologiques ».

L'une des principales difficultés réside dans l'imprécision de la nature des cocontractants. Si les organismes à but non-lucratif, tels que les Conservatoires régionaux d'espaces naturels ou les associations de protection de la diversité, apparaissent comme les interlocuteurs privés privilégiés, la doctrine semble peu favorable d'y inclure les personnes morales de droit privé à but lucratif. Dans la mesure où il est possible d'avoir recours à des obligations réelles environnementales à des fins de compensation, les maîtres d'ouvrage peuvent donc conclure eux-mêmes avec des propriétaires pour mettre en œuvre les mesures compensatoires qui leur incombent. En effet, le contrat d'ORE peut servir à réaliser les mesures compensatoires imposées à un maître d'ouvrage, soit par l'administration dans le cadre d'un projet d'aménagement, soit par un juge dans le cadre d'une condamnation à réparer par une compensation en nature un préjudice écologique¹¹¹.

Selon le professeur de droit Gilles Martin, la liste des cocontractants énumérés par le législateur n'a vocation à inclure des personnes morales de droit privé à but lucratif, *a fortiori*, des maîtres d'ouvrages ou aménageurs visées du fait de leur activité, par les mesures de compensation¹¹². Il s'inquiète particulièrement des entreprises d'aménagement du territoire qui participeraient de manière accessoire à la préservation de l'environnement (une entreprise de production d'énergie renouvelable, par exemple).

2. *Un contrat à titre onéreux.*

Rejetant l'idée d'un contrat unilatéral, le législateur a contraint un rapport d'échange entre le propriétaire et son cocontractant, au grand dam des promoteurs historiques de l'ORE¹¹³.

Toutefois, les contreparties offertes par le cocontractant n'ont vocation ni à être uniquement financières, ni à être équilibrées entre les parties. Bien que l'on puisse trouver des contreparties pécuniaires ou des avantages fiscaux, elles peuvent aussi s'attacher à garantir une assistance

¹¹¹ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, *op. cit.*, p. 308-309.

¹¹² MARTIN Gilles, « Les obligations réelles environnementales au service d'une protection des zones humides », *art. cit.*

¹¹³ *Ibid.*

technique, dans la gestion et l'entretien du terrain. Le contrat pourra donc aisément inclure pour le cocontractant, une contrepartie peu contraignante. Il n'en reste que l'esprit de « gratuité » avec lequel a été imaginé le dispositif disparaît, au profit d'un contrat à titre onéreux.

Comment interpréter l'insistance du législateur à rendre obligatoire la réciprocité de l'ORE ? Faut-il y voir un cadre favorisant l'ORE « à compensation » à l'ORE « patrimoniale », en rappelant la nécessité de fonder le contrat sur un rapport et une valeur d'échange ? C'est en contextualisant la création du dispositif étudié que nous pouvons former et éprouver ces hypothèses.

B. De l'indisponibilité à la marchandisation de la biodiversité

L'ORE a été pensée dans une optique de sanctuarisation du patrimoine naturel, en mobilisant un nouvel outil pour rendre partiellement indisponibles des biens fonciers. Cependant, l'usage de ce dispositif questionne le régime d'indisponibilité qui entoure ces biens. Par le recours à l'ORE à des fins de compensation, et les incitations fiscales, se profile la création d'un marché de la biodiversité.

1. *Le recours à l'obligation réelle environnementale à des fins de compensation.*

L'article L.132-3 al.2 dispose que « les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation ». Cette démarche s'inscrit fidèlement dans la séquence *Éviter, Réduire, Compenser* (ERC) qui guide les politiques environnementales de l'Etat français depuis les années 1970¹¹⁴. L'ancrage juridique de ce principe directeur s'est consolidé par la loi du 8 août 2016. On le trouve aujourd'hui à l'article L.110-1 du code de l'environnement :

*Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement (...) implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées.*¹¹⁵

¹¹⁴ Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

¹¹⁵ Code de l'environnement, art. L110-1.

Si l'on peine à trouver des résonances législatives pour l' « Éviter » et le « Réduire » de la séquence ERC, les mesures de compensations sont, elles, ostensibles dans la loi du 8 août 2016. Décrites à l'article L. 163-1 du code de l'environnement, elles sont mobilisables pour compenser « les atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification ».

Absente du texte original, cette disposition est ajoutée en seconde lecture du texte à l'Assemblée nationale¹¹⁶, et entérine la volonté du législateur de rendre plus opérationnelles ces mesures de compensation à la biodiversité.

Tandis que cet ajout à l'article initial semblait ouvrir marginalement les ORE à des fins de compensation, le dernier bilan sur les ORE¹¹⁷ démontre l'inverse. Constituant près de 30% des contrats d'ORE signés (5 sur 17), et plus de 75% des promesses d'ORE (118 promesses pour 137 projets), leur proportion amène jusqu'à distinguer les obligations à des fins de compensation, des obligations « à visée patrimoniale »¹¹⁸. Bien que la liberté contractuelle proposée dans l'article initial n'interdisait pas l'usage de cette nouvelle obligation à des fins de compensation, on peut supposer que la mention directe au second alinéa a orienté les pratiques juridiques de l'ORE davantage vers un outil de valorisation de la biodiversité que vers un outil de « sanctuarisation » volontaire de celle-ci.

2. « Commodification de la biodiversité » : vers un marché des ORE ?

Pour analyser la portée et les possibles interprétations de la loi créant l'ORE, l'étude de l'exposé des motifs de la loi est éclairante :

¹¹⁶ Séance publique du 17 mars 2016, Seconde lecture du texte à l'Assemblée nationale.

¹¹⁷ PREMIER MINISTRE, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité*, Secrétariat général du Gouvernement, 2021.

¹¹⁸ Les chiffres sur lesquels se basent le rapport, sont le fruit d'un bilan non-exhaustif arrêté au 31 décembre 2019. Il n'existe pas (encore ?) d'outil pour répertorier les obligations réelles environnementales de manière systématique, donc exhaustive, cf. PREMIER MINISTRE, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité*, Secrétariat général du Gouvernement, 2021.

La biodiversité est aussi une force économique pour la France. D'une part, elle assure des services qui contribuent aux activités humaines, dit services écosystémiques. Si l'évaluation complète des services rendus et donc le coût de leur disparition ne sont pas encore connus, plusieurs études ont montré l'importance de la biodiversité en tant que capital économique extrêmement important. D'autre part, la biodiversité est une source d'innovation (biomimétisme, substances actives ...) et représente dès lors une valeur potentielle importante.¹¹⁹

Ce discours témoigne d'une certaine « commodification de la biodiversité¹²⁰ », comme le décrit la philosophe Virginie Maris, une approche selon laquelle la biodiversité est appréhendée par sa valeur d'échange, et non pour elle-même. Sa protection est ainsi justifiée par les coûts que pourrait engendrer sa perte. L'utilisation du terme « services écosystémiques » renvoie, là aussi, à une représentation des écosystèmes comme un « capital naturel produisant des flux de services¹²¹ ».

Une valorisation économique de la biodiversité, façonnée par une approche utilitariste et néolibérale des politiques environnementales¹²², imprègne et colore les mesures adoptées dans le cadre de la loi du 8 août 2016. Entre autres, les mécanismes de compensation témoignent d'une manifestation juridique de la *commodification* de la biodiversité.

Les mécanismes de compensation insérées au cours de la procédure législative dans le texte régissant les ORE mettent-ils à mal le régime d'indisponibilité souhaitée à l'origine ? Alors que les ORE ont été façonnées pour restreindre les utilités d'un bien, enveloppant le bien dans un régime d'indisponibilité à certains usages, le texte voté à l'issue de la navette parlementaire laisse entrevoir des effets contradictoires. La sénatrice Mme Évelyne Didier, du groupe communiste, républicain et citoyen, fait part de ses craintes sur les conséquences des mécanismes de compensation prévues dans le texte : ils « ouvrent » selon elle, « la voie à la création d'un véritable marché de la compensation s'appuyant sur des opérateurs, voire des unités de compensation au sein de réserves d'actifs¹²³ ».

Le risque d'apparition d'un marché des ORE à des fins de compensation fragilise donc l'établissement d'un régime d'indisponibilité à leur égard. Les obligations qui sont attachées au bien

¹¹⁹ Exposé des motifs de la Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, adoptée le 8 août 2016.

¹²⁰ MARIS Virginie, *Philosophie de la biodiversité: petite éthique pour une nature en péril*, Paris, Buchet-Chastel, « La verte », 2015, p. 200.

¹²¹ BOISVERT Valérie, « Des limites de la mise en marché de l'environnement: Des services écosystémiques aux "banques de conservation" », in *Ecologie & politique*, n° 1, vol. 52, 2016, p. 63.

¹²² HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ-MARENGO Ève(dir), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité?*, Paris, Mare & Martin, « Droit, science & environnement », 2017, 325 p.

¹²³ Séance publique du 21 janvier 2016, 1^{ère} lecture du texte au Sénat.

ne permettent certes pas de les replacer sur le marché immobilier « classique », mais la création d'un sous-marché dans lequel les ORE deviennent un objet valorisable, met en péril une préservation de long terme des ressources naturelles.

Alors que l'ORE dite « patrimoniale » apparaît comme une obligation prometteuse pour l'institution et la protection pérenne du commun, l'ORE à des fins de compensation semble aller à contre-courant, répondant plutôt à l'entreprise de marchandisation de la biodiversité¹²⁴. C'est ainsi que se manifeste la versatilité du régime d'indisponibilité qui entoure l'ORE.

Considéré comme une potentielle technique juridique de mise en commun du foncier, le régime de ORE révèle ses faiblesses par une indisponibilité versatile, par conséquent fragile face aux *enclosures* qui menacent les terres. Cette indisponibilité repose sur l'affectation écologique du bien, garantie par le rapport contractuel qui oblige le propriétaire et le cocontractant.

¹²⁴ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, op. cit., p. 308-309.

Section 2 - Garantir l'affectation : les garde-fous contractuels

L'affectation écologique constitue l'essence même de l'obligation réelle environnementale. Le contrat qui lie le propriétaire et le co-contractant « ne saurait dès lors être conclue et valide si elle n'a pas vocation à protéger la biodiversité et les fonctions écologiques d'un terrain donné¹²⁵ ». Le contrat d'ORE matérialise une affectation individuelle et volontaire, donc « auto-contrainte¹²⁶ » pour reprendre la formule de Blandine Mallet-Bricout. Cette « auto-contrainte » a d'abord des effets immédiats dans l'*usus* et le *fructus* attachés à la propriété. L'affectation produit une limitation de l'usage du bien non seulement à l'égard du propriétaire, mais aussi à l'égard des éventuels usagers du bien. En outre, elle produit des effets, à long terme, dans l'exercice de l'*abusus*, le droit de disposition : tant que court l'obligation, le propriétaire ne pourra céder son bien qu'à un tiers qui s'engagerait à respecter la même affectation.

Nous analyserons, par l'exemple du contrat d'ORE entre M. Duffau et le département de Gironde, comment l'affectation écologique est protégée par le contrat (I), et comment celle-ci promet une institution du commun (II).

I - Description et analyse du contrat d'ORE entre M. Jacques-Eloi Duffau et le département de Gironde

M. Jacques-Eloi Duffau, à l'annonce d'une coupe massive d'arbres dans la réserve de Larouquey, décide d'acheter une parcelle sur la commune d'Aubiac en Sud Gironde, et de signer un contrat d'obligation réelle environnementale pour 99 ans, renouvelable par tacite reconduction avec le Département de la Gironde¹²⁷. Il est d'ailleurs l'un des premiers particuliers, en décembre 2020, à contractualiser ce type d'obligation avec des institutions publiques.

¹²⁵ CROZES Amelia, « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrements et obligations consenties », in *Droit et Ville*, n° 2, vol. 86, 2018, p. 183-204.

¹²⁶ MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014, p. 537.

¹²⁷ Dossier de presse « La Gironde 1^{er} département de France à s'engager par contrat avec un particulier pour la biodiversité », 18 décembre 2020.

Sa démarche s'inscrit dans une perspective de préservation d'une biodiversité en danger, menacée par l'artificialisation des sols et l'étalement urbain. Face à la disparition du vivant, il est pour lui « nécessaire, dans un premier temps, de créer un réseau de réserves naturelles, un couloir vert¹²⁸ ».

Le contrat entre M. Jacques-Eloi Duffau et le département de Gironde, soumis à délibération du Conseil départemental de la Gironde¹²⁹ se présente comme un contrat administratif, contenant à la fois des clauses contractuelles spécifiques, et d'autres propres à la théorie générale des contrats.

A. Des clauses contractuelles spécifiques

Le contrat se base sur deux fondements juridiques majeurs : l'article 132-3 du code de l'environnement, qui détaille le fonctionnement et la forme contractuelle de l'obligation réelle environnementale, et l'article 1103 du code civil selon lequel : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

À cela, s'ajoute la mention de l'article L.113-8 du code de l'urbanisme, qui attribue au département la compétence l'élaboration et la mise en œuvre d'une « une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles¹³⁰ ». Le département de Gironde rappelle ainsi qu'il entre dans le champ des cocontractants listés à l'article 132-1 du code de l'environnement, en tant que collectivité publique agissant pour la protection de l'environnement.

1. Finalité de l'ORE.

La finalité écologique constitue l'originalité de cette obligation, conformément à la volonté du législateur d'en faire une « obligation réelle spéciale¹³¹ ». L'objet du contrat doit ainsi, selon

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Délibération Conseil Départemental, Commission permanente, réunion du 5 octobre 2020, « Schéma départemental des espaces naturels sensibles : Contrat "Obligations Réelles Environnementales" (ORE) entre le Département de la Gironde et Monsieur Jacques-Eloi Duffau sur la commune d'Aubiac - canton du Sud Gironde » (annexe 4)

¹³⁰ Le département est compétent pour élaborer et mettre en œuvre une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, boisés ou non, destinée à préserver la qualité des sites, des paysages, des milieux naturels et des champs naturels d'expansion des crues et d'assurer la sauvegarde des habitats naturels selon les principes posés à l'article L. 101-2.

¹³¹ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021, p. 308-309.

l'article 132-3 du code de l'environnement, avoir pour « finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ».

Le respect de cette finalité nécessite au préalable une compréhension fine de l'écosystème à protéger. C'est par une description détaillée des espèces présentes sur et autour des parcelles et des fonctions écologiques de celles-ci, que le contrat définit le cadre dans lequel s'établit cette obligation.

L'article 4 du contrat décrit l'intérêt écologique qui caractérisent les terrains concernés :

Ces parcelles sont constituées de zones de bas-fonds abritant des aulnaies-frênaies alluviales et la strate herbacée associée, ainsi que de zones de talus constituées de chênaies-charmaies. Un groupe de châtaigniers et un second groupe de peupliers remarquables occupent aussi le talus. Ces parcelles sont bordées de 2 ruisseaux, le Marquet et le Galland, constituant des milieux d'intérêt écologique.

Peu importe si le terrain concerné présente une haute valeur patrimoniale ou non, l'ORE aussi est conçue pour protéger la biodiversité dite « ordinaire ». Celle-ci joue un rôle essentiel pour accueillir les espèces dont l'habitat est détérioré ou détruit par les activités humaines.

C'est ce que met en valeur l'article 5, qui établit un état des lieux de l'intérêt des parcelles pour la biodiversité. Y est listé les espèces qui habitent ces endroits, à la fois végétales (chênaies-charmaies subatlantiques et médio-européennes, forêts alluviales à *Alnus glutinosa* et *Fraxinus excelsior*) et animales (Grenouille agile, Salamandre Tachetée). L'article mentionne en outre la présence de loutres et d'écrevisses à pied blanc en aval du site.

La prise en compte du contexte spatial des parcelles témoigne d'une approche systémique, fertile pour comprendre l'importance de la biodiversité ordinaire. Celles-ci, entourées de prairies et cultures céréalières, ont été identifiées comme un « lieu de refuge et de quiétude pour de nombreuses espèces, notamment d'amphibiens pour l'hivernage ».

2. Obligations des parties.

Une fois le cadre posé, l'article 9.1 définit les obligations de faire et de ne pas faire du propriétaire. Celles-ci tendent à réduire au maximum l'action de l'humain sur l'environnement, pour y laisser s'épanouir le plus librement possible les espèces animales et végétales présentes. Y

figurent notamment, l'interdiction de fertiliser les sols, d'irriguer, de planter ou de chasser. Cette dernière restriction appelle une précision car l'article 132-3 dans son dernier alinéa, exclut expressément les restrictions vis-à-vis de la chasse : « La mise en œuvre d'une obligation réelle environnementale ne peut en aucune manière remettre en cause ni les droits liés à l'exercice de la chasse, ni ceux relatifs aux réserves cynégétiques. ». Cette disposition votée sans discussion au cours des travaux de commission de 2^e lecture du Sénat, a été proposée par le rapporteur et fervent défenseur des intérêts de la chasse Jérôme Bignon¹³². Il est intéressant de voir comment le contrat détourne cette restriction (voire contredit la loi).

Ainsi, la seule obligation de faire qui revient au propriétaire, est celle d'informer et d'accueillir le public à des fins de sensibilisation à la biodiversité. Le terrain doit donc rester ouvert aux promeneurs dans une visée éducative, expérimentale ou de recherche.

En miroir, les obligations du cocontractant, précisées à l'article 9.2, se concentrent sur des actions positives sur les parcelles. Il s'agit en l'espèce, de « mettre en œuvre un plan de gestion des espaces naturels » sur celles-ci, rédigé en accord avec le propriétaire, communiquer sur le contrat ORE, et intégrer le terrain au réseau des Espaces Naturels Sensibles de Gironde. Il est précisé que le plan de gestion peut être réalisé soit par le département, soit en passant par un tiers.

3. *Durée.*

Pour déterminer la durée de l'ORE, la doctrine reprend la solution de l'arrêt *Maison de la Poésie*, pour lequel la Cour de cassation a considéré qu'un droit de jouissance spéciale ne peut être

¹³² Travaux de commission de 2^e lecture du Sénat : « Mon amendement n° 317 ajuste le processus de création des obligations réelles environnementales en prévoyant que le propriétaire s'assure de l'accord préalable et écrit de tout preneur à bail, en particulier pour les baux ruraux, de pêche et de chasse. Un accord verbal ne suffit pas, ceci afin de protéger le propriétaire. Cet amendement, contrairement à ce que vous pourriez penser, ne provient pas des chasseurs et je suis étonné que les associations de chasseurs n'y aient pas pensé.

Le propriétaire doit également s'assurer d'un accord écrit de la commune, dans les départements de droit local - en Alsace et en Lorraine - où la commune administre ce droit pour les propriétés de moins de 25 hectares, et de l'association communale de chasse agréée, lorsque le propriétaire y a adhéré. L'exercice de la chasse est ainsi protégé. »

perpétuel, et la fixe à la durée de la structure qui détient ce droit, c'est à dire 99 ans¹³³. La perpétuité de l'ORE a ainsi été exclue par capillarité. Sous réserve de ce seuil temporel, sa durée peut être librement choisie par les parties, en composant avec la finalité écologique qui l'anime. Celle-ci appelle une durée la plus longue possible, dans l'idée de conserver une « réserve naturelle¹³⁴ ».

Rien n'empêche cependant le propriétaire de renouveler le contrat à son terme. Un premier bilan réalisé en 2021 montre que la durée moyenne des contrats est de 65 ans, témoignant ainsi d'une volonté générale d'établir des ORE de long-terme¹³⁵. M. Duffau a choisi de s'engager pour la durée maximale, 99 ans, avec un renouvellement tacite du contrat. Cette modalité permet de donner au contrat une impression d'éternité, tout en respectant le texte législatif.

B. Des clauses contractuelles générales

L'article 132-3 précise que le contrat d'ORE doit comprendre un certain nombre de clauses contractuelles de droit commun. Parmi celles-ci, la révision et la résiliation du contrat sont particulièrement intéressantes car c'est à cet endroit que se joue la garantie de l'affectation sur le long-terme.

1. Révision.

En raison de la potentielle longévité de l'ORE, il est nécessaire d'y inclure des modalités de révision : elles se présentent en l'espèce à l'article 15 du contrat. Après avoir rappelé « qu'aucune révision ne peut avoir pour effet de vider le contrat initial de sa substance », il est prévu deux situations pour lesquelles l'une des parties peut demander une révision : lorsqu'elle « rencontre une difficulté économique l'empêchant d'exécuter durablement ses obligations » et lorsqu'elle « constate

¹³³ Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304 : « (...) ayant relevé que les parties avaient entendu instituer, par l'acte de vente des 7 avril et 30 juin 1932, un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le code civil, la cour d'appel, qui a constaté que ce droit avait été concédé pour la durée de la Fondation, et non à perpétuité, en a exactement déduit, répondant aux conclusions dont elle était saisie, que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du code civil, n'était pas expiré et qu'aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de trente ans ».

¹³⁴ CROZES Amelia, « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrements et obligations consenties », *art. cit.*

¹³⁵ PREMIER MINISTRE, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité*, Secrétariat général du Gouvernement, 2021.

l'inefficacité des prescriptions et/ou la présence d'un nouvel élément de biodiversité ou fonctionnalité écologique devant faire l'objet d'une action visant à la maintenir, conserver, gérer ou restaurer, cette dernière ».

La première semble laisser une importante marge de manœuvre dans la diminution des exigences contractuelles, du fait d'une justification économique peu caractérisée. Celle-ci laisse poindre le risque d'un contournement du contrat par l'utilisation de cette clause comme mise en balance de finalités économiques et écologiques liées au terrain.

La seconde permet à chaque partie d'adapter le contrat aux circonstances, et aux exigences que requièrent la protection de la biodiversité et la « fonctionnalité écologique ». Il s'agit de laisser la porte ouverte aux évolutions des obligations réciproques en fonction des résultats obtenus lors du suivi du site, mais aussi du contexte écologique local et global. Ces situations nécessitent un ajustement régulier de l'action menée sur le territoire, tenant compte de la variation des besoins et des ambitions¹³⁶.

2. Résiliation.

Si la nature synallagmatique du contrat, prévue par le législateur, entraîne une résiliation en cas de non-exécution des engagements de l'une des parties, le contrat étudié prévoit deux types de procédures avant d'acter la résiliation. En cas de force majeure qui rendrait impossible les obligations définies dans le contrat, l'article 16.1 prévoit qu'une révision ou un règlement amiable devront être privilégiés. En cas de non-respect des engagements par l'une des parties (16.2), la partie défaillante pourra se voir appliquer des mesures d'exécution forcée en nature.

Ici se manifeste un élément clef du droit réel : l'opposabilité *erga omnes*. Lorsque le propriétaire faillit à respecter les engagements auxquels il a consenti, il porte atteinte au droit réel du cocontractant¹³⁷. Les prérogatives dont dispose celui-ci, lui permettent de contraindre le propriétaire à se plier aux règles contractuelles.

¹³⁶ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, op. cit., p. 312 : « À cet égard, on insistera aussi sur l'utilité d'établir un « état zéro » du site qui permettra d'en évaluer l'évolution. La révision sera également utilement prévue pour l'hypothèse où un bail à ferme viendrait à être conclu postérieurement à la création de l'obligation réelle environnementale ».

¹³⁷ DROSS William, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », in *Energie - Environnement - Infrastructures*, juin 2017, p. 53-59.

La résiliation pour faute n'est caractérisée qu'après l'échec de ces procédures préalables. Selon l'article 16.3, si l'une des parties « commet un manquement grave compromettant définitivement et irrémédiablement la biodiversité / ou les fonctions écologiques du site », le contrat pourra être résilié de plein droit et sans formalité judiciaire par l'autre partie. À plusieurs endroits, est mentionnée la possibilité pour la partie « lésée » de demander des dommages et intérêts à cet égard. On peut cependant noter que le contrat ne définit pas « les modalités de contrôle du respect des engagements » : il est imaginable que ce soit la jurisprudence qui définira peu à peu les critères caractérisant le non-respect des obligations ou en l'espèce « le manquement grave » mentionné.

En veillant à distinguer la description du régime actuel de l'ORE et la pratique qui en est faite, d'un modèle souhaité aux fins d'institution du commun, il convient, après une analyse d'un contrat d'ORE « patrimoniale », de dessiner à partir de là, une proposition de rédaction d'une ORE favorable à l'institution du commun. Si notre démarche méthodologique a consisté lors du chapitre I dans la description et l'analyse de statuts favorables à l'institution du commun, puis dans la critique des failles d'autres statuts selon cette même finalité, il s'agit ici, faute d'exemples probants, d'inverser ce raisonnement, depuis un modèle existant vers un modèle souhaitable.

II - Prescription : à la recherche d'un contrat d'ORE au service des communs

Comment situer l'acte d'affectation, c'est-à-dire le contrat d'ORE, dans une potentielle dynamique de commun ? C'est en confrontant d'abord la promesse du commun avec les potentialités offertes par l'ORE (A) qu'il sera possible d'identifier les conditions nécessaires à l'institution du commun au sein de l'ORE (B).

A. La promesse du commun

1. *La recherche d'inclusivité*

Comme le rappelle le rapport *L'échelle de communalité*, le dispositif de l'ORE n'a pas été pensé pour une gestion en commun d'un bien : il n'a pas vocation à instituer des droits à l'égard

d'une communauté intéressée, ou substituer les prérogatives du propriétaire à une gouvernance collective du bien¹³⁸.

Parmi les trois propositions qui pourraient faire tendre l'ORE vers un modèle juridique favorable au commun, la réflexion portée sur les instances de communalité qui se manifestent dans la constitution et la modification de l'acte d'affectation nous intéresse particulièrement. Le triptyque communauté d'usage - communauté délibérative - communauté de contrôle¹³⁹ se révèle être, de nouveau, un outil d'analyse pertinent pour évaluer la communalité d'un contrat d'ORE. Variable selon les caractéristiques du bien, la communauté d'usage pourrait comprendre les habitants voisins, les promeneurs, les sportifs (course, VTT) ou encore les *générations futures*. La communauté délibérative serait celle constituée par les parties au contrat : le propriétaire et le cocontractant. Ce sont eux qui décident de la nature et des modalités de l'affectation du bien. Enfin, la communauté de contrôle, qui veille au respect de l'affectation à l'intérêt commun, incluerait à la fois la personne morale agissant pour la protection de l'environnement (à travers la force exécutoire de l'obligation contractuelle), mais aussi la communauté d'usage (à travers une action en justice). Ainsi, selon la place accordée aux différentes instances décrites, la technique juridique de l'ORE « peut être mobilisée en vue d'ouvrir à ses créanciers l'accès à une chose appropriée, le droit de concourir à sa gestion ainsi que des actions en justice pour défendre la vocation environnementale qui lui aura été assignée par le contrat constitutif¹⁴⁰ ». La potentialité de l'obligation réelle environnementale fait surgir la promesse du commun.

2. Au-delà d'une affectation écologique : le projet d'une obligation réelle d'intérêt commun.

Dans la proposition de réforme législative que les rédacteurs du rapport formulent, on retrouve une extension de l'affectation écologique initiale à d'autres finalités : culturelles, sociales ou scientifiques. Il s'agit d'aller au delà de la protection de l'environnement pour tendre vers la

¹³⁸ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, op. cit., p. 304.

¹³⁹ Cf. Chapitre I, 1^{ère} Partie.

¹⁴⁰ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, op. cit., p. 305.

protection d'un « intérêt commun »¹⁴¹. C'est par la création d'un titre XIV bis dans le Livre 3 du code civil « De l'obligation réelle d'intérêt commun », que le rapport imagine un nouvel article 2031 :

Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé à but non lucratif en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité la protection d'un intérêt commun, qui peut être environnemental, culturel, social ou scientifique. La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. Les obligations peuvent être prévues pour durer aussi longtemps que le requiert la réalisation de la finalité poursuivie.

¹⁴²

Cette proposition s'inscrit non seulement dans une approche téléologique du droit, où la technique juridique pourrait être mobilisée pour instituer et protéger les communs, mais aussi dans une approche extensive où l'indisponibilité d'un bien puisse être justifiée par une affectation autre qu'écologique.

Dans une démarche fonctionnelle du droit, et en reprenant les failles soulignées dans le texte législatif, nous voudrions tenter d'établir un contrat d'ORE « au service du commun ». Il ne s'agit pas de disqualifier l'entreprise de réforme législative du texte actuel, mais de modeler celui-ci aux fins d'une institution du commun.

B. Les conditions du commun : proposition de rédaction d'un contrat d'ORE au service du commun

La grande liberté contractuelle qui caractérise le dispositif permet d'éprouver la malléabilité de l'ORE. Une rédaction alternative du contrat d'ORE permet-elle de satisfaire les conditions nécessaires à l'institution du commun ?

1. Naissance du contrat.

¹⁴¹ MEKKI Mustapha, « Intérêt commun », CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021, p. 1483 : l'auteur propose de définir l'intérêt commun comme « un intérêt immanent qui ne se réduit pas à une addition d'intérêts individuels et s'oppose à l'idée d'un intérêt transcendant ».

¹⁴² ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, op. cit., p. 430.

Afin de satisfaire l'exigence d'inclusivité de l'acte d'affectation du bien, le contrat peut ouvrir la possibilité de prévoir l'hypothèse d'une communauté locale de propriétaires, et d'une communauté locale de bénéficiaires du bien.

L'hypothèse d'une communauté locale de propriétaires. Si chaque propriétaire peut contracter une ORE similaire à celles des autres propriétaires, ils et elles peuvent aussi constituer conjointement une même obligation réelle environnementale dans un contrat unique, afin de joindre les efforts sur des terrains voisins¹⁴³.

Article 1 : Présence - Représentation

« PROPRIETAIRES »
« COCONTRACTANT »

Article 2 : Exposé préalable

En conséquence, les « PROPRIÉTAIRES » entendent utiliser la faculté qui leur est offerte par l'application des dispositions de l'article L.132-3 du code de l'environnement et ainsi constituer sur leurs propriétés une même obligation réelle environnementale.

Cette obligation a pour finalité le maintien, la conservation, la gestion et/ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques.

Cette obligation, dont la consistance est définie par les stipulations du présent acte, est consentie au « COCONTRACTANT » qui accepte, sur les biens désignés à l'article 3.

Cette démarche collective qui prend racine à l'échelle locale, permettrait de penser la protection du vivant à l'échelle de l'écosystème, et de rendre plus cohérentes les actions de préservation de la biodiversité.

L'hypothèse d'une communauté locale de bénéficiaires. Le cocontractant, en tant que personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement, peut représenter la communauté d'usage du bien : promeneurs, cueilleurs, voisinage, collectivités locales... Constituée

¹⁴³ *Ibid.*, p. 305.

en association, cette communauté pourra décider collectivement des usages permis ou non sur le bien, de leur réglementation, et les actions permettant d'observer l'affectation écologique¹⁴⁴ :

Article 6 - Jouissance des biens

Il est précisé que le site fait l'objet de divers usages (cueillette, marche, scoutisme), dont le cocontractant s'assure de leur compatibilité avec l'affectation et les obligations ci-avant définies.

Cette communauté créancière de l'ORE contrôle ainsi le bon accomplissement des obligations contractées, dans sa capacité à engager une action en responsabilité en cas de manquement.

Sont ainsi définies, lors de la constitution du contrat, la communauté d'usage et la communauté délibérative relatives au bien. C'est lors de l'exécution de la modification du contrat que sera mise en place les rapports entre ces communautés, ainsi que leurs droits vis-à-vis du bien.

2. Vie et mort du contrat.

L'hypothèse d'une communauté de contrôle élargie. Les tiers peuvent-ils contraindre l'exécution de l'ORE ? Contrebalançant l'effet relatif du contrat que prévoit l'article 1999 du code civil¹⁴⁵, la réforme des contrats de 2016 explicite et encadre la double dimension de l'opposabilité du contrat : aux tiers et par les tiers¹⁴⁶. Si le nouvel article 2000 du code civil n'ouvre qu'une mince fenêtre dans la possibilité de rendre le contrat opposable par les tiers - par l'emploi du « notamment » -, le célèbre arrêt du 6 octobre 2006¹⁴⁷ avait, avant la réforme, interprété l'ancien texte en statuant que « toute faute contractuelle constitue une faute délictuelle susceptible d'emporter réparation au profit du tiers qui en a souffert¹⁴⁸ ». Bien que la jurisprudence soit encore inexistante en matière d'ORE, il serait intéressant d'inclure cette opposabilité par les tiers au sein même du contrat.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Code civil, art. 1999 nouv.

¹⁴⁶ Code civil, art. 1200 nouv : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. ».

¹⁴⁷ Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255.

¹⁴⁸ *Ibid.*

L'idée de donner à chaque personne le pouvoir de contrôle des obligations du contrat d'ORE renvoie d'une certaine manière au « droit réel à vocation collective sur le bien¹⁴⁹ » avancé par Mathilde Hautereau-Boutonnet. Les tiers, dont l'existence est conditionnée à la sauvegarde de la biodiversité, pourraient constituer une communauté de contrôle élargie, susceptible de se porter garant du respect de l'affectation à long terme.

¹⁴⁹ HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil... À propos de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages » », in *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 37, 12 septembre 2016, « Environnement », p. 1624-1628.

Conclusion du chapitre

Suivant notre démonstration, les obligations réelles environnementales proposent, par la technique d'affectation, un nouveau rapport à la propriété. M. Jacques-Eloi Duffau témoigne de ce changement de paradigme qui s'opère à travers ce contrat : « il faut tout remettre en question, revisiter ce qu'on nous a mis dans la tête : la notion de propriété, la notion de rentabilité et la notion d'héritage¹⁵⁰ ». C'est ainsi, par le « fil du contrat »¹⁵¹, que la promesse du commun surgit. En effet, le contrat sert ici de support à l'établissement de règles communes. Il encadre les usages en vertu d'une affectation écologique, et conditionne la disponibilité du bien au respect de celle-ci.

L'alliance de l'obligation *propter rem* et des clauses contractuelles spécifiques qui composent l'ORE permet d'envisager ce dispositif comme un terrain fertile à la construction d'un droit au service des communs.

Il n'en reste que l'ORE est un mécanisme doublement limité. L'affectation de l'ORE entraîne une contrainte relative¹⁵², le contrat restant soumis aux exigences du propriétaire. À cela s'ajoute une indisponibilité partielle, qui restreint sans l'empêcher la revente du bien au respect des obligations ; et versatile, en ce que l'ORE n'exclut pas nécessairement le bien de la sphère marchande.

Si les applications récentes de l'ORE se caractérisent par une communalité imparfaite, la souplesse de l'instrument laisse une certaine marge de manœuvre pour l'incliner en ce sens. La technique juridique se révèle une fois de plus un instrument à mobiliser en application de certains principes et valeurs, selon la finalité que nous souhaitons donner au droit.

¹⁵⁰ Note de synthèse du groupe des JNE-NA Branche régionale (Nouvelle Aquitaine) de l'association des Journalistes et écrivains pour la Nature et l'Écologie (JNE), mai 2021.

¹⁵¹ GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », in *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 3, 2015, p. 539-550.

¹⁵² MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014, p. 537.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Ces deux cas d'étude illustrent différentes stratégies juridiques qu'il est possible de mobiliser pour instituer le commun.¹⁵³

D'une part, les montages de « propriété d'usage » prennent leur source dans un droit positif, dont la torsion soutient la finalité recherchée par la communauté d'usage. Cet équilibre « bricolé » à partir de mécanismes juridiques usuels donne aux habitants d'obtenir un régime d'indisponibilité totale des biens et de l'affecter pour une durée indéfinie à l'utilité sociale choisie. Cette technique juridique, si solide soit-elle, reste cependant dépendante des usages dominants du droit ou de réformes législatives relatives aux outils employés.

D'autre part, les obligations réelles environnementales, fruit d'un processus législatif ordinaire, ont germé depuis une finalité déterminée. La forme suivant la fonction, la technique juridique a essayé, en imprégnant le droit des biens de considérations environnementales, de se mouler pour accueillir cette innovation juridique destinée à encourager et faciliter la protection de l'environnement. Pourtant, les ORE ne promettent pour l'instant qu'une indisponibilité partielle et versatile, donc une indisponibilité relative du bien. Non seulement leur finalité est contrainte à la seule affectation écologique, mais le dispositif reste surtout empreint d'une doctrine classique de la propriété privée. La souplesse de l'ORE laisse entrevoir une promesse du commun, bien que la mise en pratique ne permet pas aujourd'hui d'en tirer ces conclusions.

Cela n'est pas sans rappeler la mise en garde de Sarah Vanuxem sur la nécessaire diversité des mécanismes juridiques employés pour l'institution du commun. La force de cette résistance juridique à l'accaparement privé ou public du monde doit puiser dans des formes et stratégies diverses.¹⁵⁴ À travers la mobilisation de « patchworks » ou « bricolages » issues d'institutions juridiques privées ou publiques, d'innovations législatives, d'interprétations nouvelles du droit

¹⁵³ GUTWIRTH Serge, « Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ? », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2, vol. 81, 2018, p. 83-107.

¹⁵⁴ VANUXEM Sarah et SIZAIRE Vincent, « Protéger la diversité juridique pour préserver le projet politique des communs », in *Délibérée*, n° 2, vol. 10, 16 juillet 2020, p. 12-18.

positif ou de réactualisation de dispositifs anciens, se tisse une variété d'usages contemporains du droit de propriété au service des communs¹⁵⁵.

Cette technique du droit, portant une volonté collective via le double visage de l'indisponibilité et de l'affectation, trace un chemin sinueux entre l'usage politique du droit, et la recherche de moyens juridiques effectifs et pragmatiques.

¹⁵⁵ *Ibid.*

SECONDE PARTIE

APPROCHES CONTEMPORAINES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ POUR L'INSTITUTION DU COMMUN

Comme illustré précédemment, les pratiques de communs s'emparent du droit de propriété en le manipulant à leurs propres fins. Bien que marginaux, et éminemment récents, ces usages ne constituent pas des cas isolés. Ils participent, au contraire, d'un renouvellement des approches et interprétations contemporaines du droit de propriété fondées sur le couple affectation-indisponibilité. En retour, comme une brèche dans ce droit monolithique, celles-ci ouvrent un espace pour l'institution juridique du commun. C'est donc depuis les pratiques observées, et par le prisme du tandem indisponibilité-affectation, que nous souhaitons identifier la relation entre l'institution juridique et l'institution du commun.

Nous questionnerons d'une part comment le commun (re)façonne le droit de propriété (Chapitre I) et d'autre part, de quelle manière la technique du droit (dé)forme le commun (Chapitre II).

Chapitre I - L'empreinte du commun sur le droit de propriété

Les cas d'étude précédemment exposés ont démontré que la propriété pouvait côtoyer et même supporter le commun. Pourtant, le rapport de propriété qui lie le propriétaire à son bien porte aujourd'hui l'héritage d'une conception absolutiste et exclusive d'un droit de propriété répondant à ses propres fins. Celle-ci s'ancre dans et encourage les processus de privatisation et de marchandisation, qui privent les communautés du libre accès et de la jouissance des communs¹⁵⁶.

À contre-courant de ces dynamiques, un autre visage de la propriété semble se dessiner. Le couple indisponibilité-affectation se déploie pour proposer un rapport aux biens renouvelé. Le professeur de droit Alberto Lucarelli, fort de son implication dans le mouvement italien des *beni comuni* auquel il a participé en tant que membre de la Commission Rodotà¹⁵⁷, défend une analyse du régime juridique des biens communs qui se situerait entre la propriété formelle (c'est à dire la titularité du bien) et la propriété substantielle (dont les bénéficiaires seraient les usagers)¹⁵⁸. C'est ainsi que Maria Marella définit les biens communs, « comme le lieu où se disjoignent propriété d'un bien et accès à sa jouissance¹⁵⁹ ». Cette analyse crée alors une rupture avec le « rapport classique qui lie le *dominus* au bien¹⁶⁰ ».

Le commun altère le droit de propriété, en redéfinissant un rapport au bien non plus fondé sur la valeur « d'échange », mais sur une valeur « d'usage », basée sur l'utilité sociale ou environnementale du bien. Selon l'économiste Jean-Marie Harribey, « l'institution de biens communs parachève l'éclatement du concept de valeur¹⁶¹ » : lorsqu'une communauté décide de gérer en commun une ressource, celle-ci ne peut être réduite à sa seule valeur marchande. Elle n'est plus seulement un objet économique, dont la valeur repose sur une somme de coûts et de profits, mais devient un objet politique institué juridiquement, par des règles collectives élaborées et reconnues par les membres de cette communauté. Ces règles permettent de médiatiser

¹⁵⁶ LUCARELLI Alberto, MERCIER Jérémy, PERROUD Thomas, et al., « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », in *Droit et société*, n° 1, vol. 98, 2 mai 2018, p. 141-157.

¹⁵⁷ La Commission Rodotà a été mise en place entre 2007 et 2008 par le ministère de la Justice italien pour réformer le Code civil italien. Elle a été nommée d'après le professeur Stefano Rodotà, qui l'a présidée.

¹⁵⁸ LUCARELLI Alberto, MERCIER Jérémy, PERROUD Thomas, et al., *art. cit.*

¹⁵⁹ MARELLA Maria Rosella éd., 2012, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Vérone, Ombre Corte.

¹⁶⁰ LUCARELLI Alberto, MERCIER Jérémy, PERROUD Thomas, et al., *art. cit.*

¹⁶¹ HARRIBEY Jean-Marie, "Valeur" in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021, p. 2560.

juridiquement l'utilisation du bien selon les exigences de préservation et d'accessibilité du bien : « le concept de valeur doit être compris comme un rapport social, dans le sens où il résulte d'un rapport des hommes entre eux et du rapport qu'ils décident ensemble d'entretenir avec les êtres et les choses qui les entourent¹⁶² ».

Le commun produit un double mouvement de « dévalorisation » du bien, par la sortie du rapport marchand de capital par l'indisponibilité, et de « revalorisation », par la fabrique d'un nouveau rapport aux choses par le lien d'affectation. Le couple indisponibilité-affectation se manifeste à la fois dans le remodelage du rapport de propriété (section 1) et dans l'expression d'une conception téléologique du droit (section 2).

¹⁶² *Ibid.*

Section 1 - La valeur du commun : l'indisponibilité comme remodelage du rapport de propriété

Si la valeur est un construit social¹⁶³, l'analyse de la valeur du commun nous informe irrémédiablement sur le rapport de propriété qu'il véhicule. Ainsi, en s'éloignant de la valeur marchande du bien, l'institution du commun rompt par le prisme de l'indisponibilité, avec le rapport de propriété moderne tel qu'il a été élaboré à l'issue de la Révolution française. C'est donc en retraçant la construction du rapport de propriété moderne autour de l'attribut de disponibilité du bien (I), qu'il est possible de dégager la condition de sortie d'un rapport marchand au bien, à travers la notion d'extracommercialité (II).

I - Rendre disponible, condition du rapport de propriété moderne

La figure de la propriété moderne s'est construite autour du concept de « disponibilité » qui suppose un rapport destructeur, mais résolutoire aux choses. Derrière la disponibilité, en effet, on exalte généralement la prééminence du sujet dans son pouvoir – il serait plus juste de dire « sa puissance », étant donné sa portée tendanciellement illimitée – d'user comme il l'entend des biens, tandis que l'indisponibilité est, elle, perçue comme un obstacle à la liberté de l'individu.¹⁶⁴

L'historien du droit Paolo Napoli retrace la construction du rapport de propriété moderne à partir des valeurs libérales qui imprègnent la période de la Révolution française. La conception d'une propriété qui serait à la fois condition et conséquence de la liberté individuelle fait progressivement disparaître le faisceau de droits, issu du système féodal, dont pouvait disposer la population sur ces certains biens : la propriété absolue s'instaure comme seul rapport légitime de l'objet au monde (A). Pourtant, l'ambivalence des textes qui instaurent le droit de propriété ouvre une brèche à des limitations croissantes à partir de la fin du XIX^{ème} siècle (B).

¹⁶³ HARRIBÉY Jean-Marie, « Valeur » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 2560.

¹⁶⁴ NAPOLI Paolo, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs » », in *Tracés*, n° 27, 24 novembre 2014, p. 211-233.

A - L'instauration de la propriété absolue comme seul rapport légitime de l'objet au monde

1. *La naturalisation d'un rapport de propriété privée, individuelle et absolue*

L'histoire du rapport de propriété moderne se fonde sur une généalogie théorique à laquelle contribua l'école du droit naturel moderne. Les constituants de la Révolution française s'appuient notamment sur les travaux du philosophe John Locke, qui cherchait à justifier philosophiquement la propriété en tant que droit naturel propre à chacun. Face à l'instabilité politique, l'institution d'une définition dogmatique de la propriété permet d'assurer une certaine continuité de la Nation, au point où : « en 1850, un vieillard aura connu trois Révolutions, un Empire et deux Restaurations, mais un seul Code civil, une seule définition de la propriété¹⁶⁵ ».

Le philosophe Mikhaïl Xifaras retrace cette entreprise d'essentialisation du droit de propriété en prenant appui sur l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Lors de sa première rédaction, en 1789, le texte commence par « les propriétés étant un droit inviolable et sacré ». L'utilisation du pluriel rappelle selon lui une certaine continuité avec « l'enchevêtrement des maîtrises foncières de l'Ancien Régime¹⁶⁶ ». Une correction du texte est votée lors de la séance du 8 août 1791¹⁶⁷ : le texte protège désormais « la propriété »¹⁶⁸.

L'article 544 du Code civil, adopté en 1804, entérine l'idée d'une définition unique du rapport de propriété, celle d'un « droit le plus absolu de jouir et de disposer ». Cette volonté d'uniformité enveloppe la multiplicité des relations d'appartenance sous le chapeau de la propriété privée exclusive. « Les formes juridiques du commun¹⁶⁹ », issues du faisceau d'obligations personnelles complexes propre à l'Ancien Régime, disparaissent alors du champ possible des rapports juridiques d'appropriation.

¹⁶⁵ XIFARAS Mikhaïl, *La propriété - Étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ PUTFIN Guy, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Recensement et variantes des textes (août 1789 - septembre 1791) », in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 1, vol. 232, 1978, p. 180-200.

¹⁶⁸ SUEL Marc, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir », *Revue de droit public*, Paris, 1974, p. 1295-1318.

¹⁶⁹ MARELLA Maria Rosaria, « La propriété reconstruite : conflits sociaux et catégories juridiques », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Pierre Charbonnier et traduit par Daniela Festa, #16, 1 octobre 2016, p. 195-210.

La définition d'un droit de propriété individuel, privé et exclusif s'est ainsi instaurée de manière aussi hégémonique que dogmatique dans le système juridique français post-révolutionnaire. Au point d'en devenir selon Maria Marella, « la seule forme légitime possible des relations entre les personnes et les choses » : « c'est en cela qu'elle a été naturalisée, c'est-à-dire que son caractère historique a été nié¹⁷⁰ ». La naturalisation du rapport de propriété moderne a donc, du XVIII^e au XX^e siècle, exclu, marginalisé ou rendu peu désirables, toutes les autres relations d'appropriation : collectives, inclusives, publiques ou communes¹⁷¹.

2. De l'enfer jusqu'aux étoiles¹⁷²

L'absolutisme qui caractérise ce rapport de propriété moderne offre une prérogative singulière : celle de l'*abusus*. Ce droit de disposer se distingue des autres droits sur le bien, en ce qu'il permet d'agir « contre la nature de la chose¹⁷³ », pour reprendre les mots du jurisconsulte Charles Bonaventure Marie Toullier qui définit l'*abusus* comme le droit de « dénaturer la chose, d'en changer la forme, la surface, la substance même, en tant qu'il est possible ; en un mot, de la consumer¹⁷⁴ ». Xifaras reprend l'analyse de Charles Demolombe, qui qualifie l'« *abusus* moderne » comme le pouvoir de « mésuser » du bien, et le présente comme la substantifique moëlle de la propriété : selon lui, le mésusage est, par son caractère définitif, l'attribut essentiel du droit de propriété, son « seul élément véritablement indivisible »¹⁷⁵.

Ces deux formules, de la dénaturation et du mésusage, manifestent l'expression de la souveraineté du propriétaire, et par ce truchement, le rapport unilatéral qui le lie aux biens. Toullier le résume alors : « le lien de la propriété attache les biens à l'homme, mais il n'attache pas l'homme aux

¹⁷⁰ MARELLA Maria Rosaria, « La propriété reconstruite : conflits sociaux et catégories juridiques », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Pierre Charbonnier et traduit par Daniela Festa, #16, 1 octobre 2016, p. 195-210.

¹⁷¹ ROCHFELD Judith, Quel modèle pour construire des « communs » ?, in PARANCE Béatrice et DE SAINT VICTOR Jacques, *Repenser les biens communs*, CNRS éd., 2014, p. 91-114.

¹⁷² Traduction de la formule latine “*usque at inferos et usque at caelum*”, cité par RÉMOND-GOULLAUD Martine, « Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement », PUF, Paris, 1989, p. 109.

¹⁷³ GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », in *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 3, 2015, p. 539-550.

¹⁷⁴ TOULLIER Charles Bonaventure Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, 2^e éd., vol.3, Paris, Warée Oncle, 1819-1823, p. 216. cité par GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », in *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 3, 2015, p. 539-550.

¹⁷⁵ XIFARAS Mikhaïl, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004, p. 116.

biens¹⁷⁶ ». L'absence de responsabilités du propriétaire vis à vis des biens qu'il possède conduit certains auteurs à qualifier le régime de propriété du code civil de « despotisme entier¹⁷⁷ », voire de « dictature¹⁷⁸ ». La souveraineté du propriétaire se définit donc autant par la faculté de produire infiniment de la valeur, « en commandant la matière et le travail¹⁷⁹ », que par le pouvoir d'anéantir infiniment cette valeur, par la *derelectio*¹⁸⁰.

Ce droit de propriété absolu produit donc, de par sa nature, un rapport essentiellement marchand, donc potentiellement destructeur aux choses. Réduites à une valeur d'échange, les ressources naturelles subissent les conséquences d'un droit sacralisé, sans entraves vis-à-vis des excès des propriétaires. En réaction, face à la prise de conscience du désastre écologique et l'émergence d'un droit de l'environnement au début des années 70, la critique a dénoncé un « droit à détruire »¹⁸¹.

Bouleversant les rapports des communautés humaines avec leur milieu, la Révolution française institue « le triomphe de la circulation juridique des biens et de l'individu, de cet individu doté de la puissance d'un monarque absolu sur ses biens, d'un "pouvoir souverain"¹⁸² ». En faisant disparaître juridiquement les biens de mainmorte, la propriété commune, l'usage de ressources naturelles ou foncières communes, « et de manière générale tout ce qui a pour effet d'entraver la libre circulation juridique des biens¹⁸³ », la propriété absolue s'est imposée comme le seul rapport légitime de l'objet au monde. Pourtant, l'absolutisme se craquèle dès la mise en vigueur de la DDHC puis du Code civil, dont les textes prévoient dès leur origine les conditions de sa remise en cause.

¹⁷⁶ TOULLIER Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, 2 e éd., vol.3, Paris, Warée Oncle, 1819-1823, p. 216. cité par XIFARAS Mikhaïl, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004, p. 121.

¹⁷⁷ MARCADÉ Victor, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 5 e éd., Paris, Cotillon, 1859, t. II, no 578, p. 445, cité par XIFARAS Mikhaïl, *La propriété - Etude de philosophie du droit, op. cit.*

¹⁷⁸ LERMINIER Eugène, *Philosophie du droit*, Paris, Guillaumin, 3^e éd., 1853, p. 75.

¹⁷⁹ XIFARAS Mikhaïl, *La propriété - Etude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ RÉMOND-GUILLOUD Martine, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, 1. éd., Paris, Presses universitaires de France, « Les Voies du droit », 1989, p. 25 : L'autrice illustre notamment son propos avec le principe du pollueur-payeur qui met en lumière la marchandisation des rapports de l'humain avec son milieu.

¹⁸² *Ibid.* p. 20.

¹⁸³ DE GAUDEMAR Hervé, « Inaliénabilité » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021, p. 1389.

B. Les remises en cause contemporaines de l'absolutisme propriétaire

L'article 17 de la DDHC et l'article 544 du Code civil constituent les fondements du rapport de propriété moderne. On retrouve cependant dans ces deux textes, une certaine ambivalence. Dans une même phrase, tiennent à la fois l'affirmation d'un droit de propriété absolu, et ses conditions de limitations.

1. *L'ambivalence de l'article 17 de la DDHC*

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.¹⁸⁴ » : l'article 17 se caractérise par une structure grammaticale binaire, dont les deux faces s'articulent grâce au « si ce n'est » central. L'énoncé affirme d'abord un principe général, celui du « droit inviolable et sacré » de la propriété, et dans une seconde proposition, l'exception à laquelle ce droit peut être sujet, c'est à dire sa limitation par et pour l'Etat. L'ambivalence du texte se matérialise particulièrement dans l'interprétation qu'en fait la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

La décision « Nationalisations ». Au début des années 80, le Conseil constitutionnel met en œuvre son contrôle de constitutionnalité, étendu à la sphère économique, pour évaluer la conformité des nationalisations au regard de certains principes économiques constitutionnalisés. Il consacre lors d'une décision DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation I, la pleine valeur constitutionnelle de l'article 17 de la DDHC¹⁸⁵, et reconnaît dans le même temps la liberté d'entreprendre¹⁸⁶.

Si le principe des nationalisations est alors validé par le Conseil, l'argumentation déployée pour censurer le montant des indemnités compensatoires par interprétation de l'article 17 sert à la fois de

¹⁸⁴ Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen, art. 17.

¹⁸⁵ DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation I, considérant 16 : « (...) les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique (...) ».

¹⁸⁶ La liberté d'entreprendre est dégagée par le Conseil constitutionnel au regard de la formulation générale de la liberté individuelle tirée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

dissuasion pour de nouvelles nationalisations¹⁸⁷, et d'une affirmation d'une « vision idéologique propre¹⁸⁸ ». Fruit de la naturalisation du rapport de propriété moderne, « l'interprétation et le raisonnement adoptés par le Conseil sont bien le produit d'un choix idéologique exaltant les bases libérales de l'ordre économique¹⁸⁹ ».

Bien que le Rapporteur Vedel exprime clairement l'incompatibilité du cadre constitutionnel à permettre la collectivisation¹⁹⁰, la facilité avec laquelle le Conseil évacue l'application de l'article 9 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁹¹ est éloquente dans sa volonté de restreindre la marge de manœuvre économique du législateur. Il rejette d'abord l'idée selon laquelle le préambule de la Constitution de 1946 ait eu pour effet d'atténuer l'absolutisme posé par l'article 17 de la DDHC :

Le Gouvernement ne soutient pas cette thèse selon laquelle la révolution de 1789 serait une révolution libérale alors que la Constitution de 1946 et son préambule établiraient une république socialisante. Le droit de propriété serait donc de moins en moins inviolable et sacré, ce serait un droit anémié.¹⁹²

Il assume ensuite la justification juridique nécessaire à l'action politique : « Mais il fallait, en raison du contrôle de constitutionnalité, habiller juridiquement cette volonté politique¹⁹³ ». Pour que le gouvernement puisse réaliser son programme, l'invocation de l'article 17 semble donc un instrument plus favorable que celle de l'article 9 du préambule.

¹⁸⁷ LUCHAIRE François, « Doctrine, nécessité ou poésie », in FAVOREU Louis, Nationalisations et Constitution, Paris, Economica, 1982, p. 84., souligné par GRÉGOIRE Guillaume, « Naturalisme économique et suprématie du juge constitutionnel : un renforcement mutuel ? », Bordeaux, Association française de science politique, 15^e congrès, 2019 : « On est tenté de croire que le Conseil a voulu laisser passer la vague de nationalisation quitte à les rendre plus coûteuses encore en disant : oui mais n'allez pas plus loin ».

¹⁸⁸ GRÉGOIRE Guillaume, « Naturalisme économique et suprématie du juge constitutionnel : un renforcement mutuel ? », Bordeaux, Association française de science politique, 15^e congrès, 2019.

¹⁸⁹ JURION Roxane, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, Droit, Université de Lorraine, 2017, p. 74.

¹⁹⁰ DE MONTGOLFIER Jean-François, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, vol. 1, mars 2011, « Dossier : le droit des biens et des obligations ».

¹⁹¹ DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation I, considérant 17 : « Considérant que l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose : "Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité" ; que cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de rendre applicable aux opérations de nationalisation les dispositions générales précitées de la Déclaration de 1789. ».

¹⁹² Conseil constitutionnel, Compte rendu de séance du 12 décembre 1981, p. 2.

¹⁹³ *Ibid.* p. 3.

Le temps des privatisations. Quelques années plus tard, lors de la cohabitation de 1986-1988¹⁹⁴, le détricotage des nationalisations précédentes donne lieu à l'examen constitutionnel des lois de privatisations. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen est alors mobilisé par le Conseil constitutionnel, mais dans une tout autre finalité. C'est ce qu'illustre la décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, relative à la Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, dans son considérant 58 :

Considérant que la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ; que cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques¹⁹⁵

Si l'article 17 a été initialement pensé pour assurer la protection de la propriété privée, le Conseil constitutionnel étend alors son spectre pour l'utiliser comme un instrument de protection de la propriété publique : comme l'exprime le professeur de droit Hubert-Gérard Hubrecht, « le droit de propriété, affirmé d'abord au profit des particuliers contre l'Etat, se trouve aujourd'hui également défendu contre les particuliers au profit de l'Etat¹⁹⁶ ».

On peut donc voir à travers cette décision un renversement du droit de propriété absolue tel que protégé par l'article 17, en ce que le Conseil s'en sert tantôt pour défendre la propriété privée, tantôt la propriété publique. Cependant, si la mobilisation ambivalente de cette disposition peut être interprétée comme une brèche ouverte dans l'absolutisme du droit de propriété, n'est-elle pas aussi le signe d'un glissement du régime de la propriété publique vers celui de la propriété privée ? La protection constitutionnelle conditionnant la privation du droit de propriété à l'octroi d'une « juste et préalable indemnité » implique que la propriété publique est un objet valorisable et cessible.

¹⁹⁴ Alors que le socialiste François Mitterrand est élu président de la République depuis 1981, les élections législatives de mars 1986 sont remportées par une majorité de droite. Jacques Chirac, à la tête du RPR, devient alors Premier ministre, ce qui donne lieu à la première cohabitation de la Ve République.

¹⁹⁵ Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (Conformité).

¹⁹⁶ HUBRECHT Hubert-Gérald, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, « Cours Dalloz Série droit public - science politique », 1997, p. 99.

Ainsi, la limitation d'un droit de propriété absolue par la protection d'une propriété publique n'apporte pas d'atténuation ou de renouvellement du rapport de propriété moderne ; il l'élargit seulement à d'autres biens.

2. *L'ambivalence de l'article 544 du Code civil*

« 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 » : comme en miroir de l'article 17 de la DDHC, la rédaction de l'article 544 du Code civil se structure aussi grammaticalement par l'affirmation coordonnée de l'annonce d'un principe absolu, exprimée par un double superlatif, et sa soumission aux autres lois et règlements.

Lors de la présentation du projet de loi sur la propriété en 1804, le juriste Jean-Etienne-Marie Portalis, considéré comme le rédacteur du code civil, soulignait déjà cette nécessaire limitation :

Mais comme les hommes vivent en société et sous des lois, ils ne sauraient avoir le droit de contrevenir aux lois qui régissent la société. Il est d'une législation bien ordonnée de régler l'exercice du droit de propriété comme on règle l'exercice de tous les autres droits. [...] La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. [...] Il faut donc des lois pour diriger les actions relatives à l'usage des biens, comme il en est pour diriger celles qui sont relatives à l'usage des facultés personnelles. On doit être libre avec les lois, et jamais contre elles.¹⁹⁷

Dès sa promulgation, l'auteur du texte explicite son intention de faire primer l'intérêt général sur celui du propriétaire privé et se détourne par conséquent d'un caractère véritablement absolu du droit de propriété.

La doctrine contemporaine s'accorde pour confirmer les limitations effectives de ce droit¹⁹⁸. Son exercice étant restreint au respect des autres lois, tant par ses entraves (normes de sécurité, règles de voisinages, procédure d'alignement, permis de construire...), que par la sanction de son inutilisation

¹⁹⁷ Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété. Titre II, Livre II, du Code civil, présenté le 26 nivôse an XII, dans PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Publications du Centre de philosophie du droit, Aix-en-Provence, Éditions Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1988, pp. 111-127, spéc. pp. 114-115, cité par MILLET Laurent, *Contribution à l'étude des fonctions sociale et écologique du droit de propriété : enquête sur le caractère sacré de ce droit énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015.

¹⁹⁸ RUELE Annette et FABRI Éric, « Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2, vol. 81, 2018, p. 109-176.

ou sa mauvaise utilisation (prescription acquisitive, abus de droit), il est condamné, pour reprendre l'expression du juriste Romain Scoboro, à n'être qu' « absolument relatif¹⁹⁹ ». Cette disposition porte donc en elle à la fois la protection du droit de propriété, et son propre antidote. Elle apparaît selon Laurent Millet, moins comme un « absolu-mais-limité », que comme un « absolu-dans-les-limites-légales²⁰⁰ ». Ainsi, les rédacteurs du code civil et les producteurs de la doctrine juridique s'accordent pour remettre en cause au sein de l'article 544 du Code civil, l'idée d'un rapport de propriété hégémonique, construite sur un absolutisme naturel.

Le caractère absolutiste de la DDHC et du Code civil tient davantage de l'ordre du discours mythique²⁰¹, voire de la « légende²⁰² », que de la technique juridique. Comme l'indique Benoît Grimonprez, « la vérité léguée par l'histoire est que l'exclusivisme n'a jamais été qu'une courte parenthèse, fruit d'un individualisme idéologique²⁰³ ». C'est en effet grâce à la reconstruction mythologique du droit romain, au service d'une légitimation juridique, que la disponibilité absolue des biens s'est déployée comme le rapport de propriété par excellence. La décomposition de ce rapport nécessite donc de revenir à ses sources, c'est-à-dire le rapport des humains aux choses sous l'Empire romain.

II - Mettre « hors commerce » : vers un rapport juridique non marchand

L'indisponibilité, dans sa définition de « qualité d'un bien (ou d'un droit), qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition²⁰⁴ », renvoie au régime d'extracommercialité des biens²⁰⁵.

¹⁹⁹ SCABORO Romain, « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et Ville*, 2013/2 (N° 76), p. 237-255.

²⁰⁰ MILLET Laurent, Mieux comprendre la fonction sociale du droit de propriété : un enjeu pédagogique, p. 71-86, in CHAIGNEAU Aurore (dir.), *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, Société de législation comparée, « Droit comparé et européen », 2017, vol. 27.

²⁰¹ CLIPPELE, Marie-Sophie de. *Chapitre 1. Revisiter le droit de propriété absolu mais limité* In : *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2020 (généré le 09 juin 2022).

²⁰² MILLET Laurent, *Contribution à l'étude des fonctions sociale et écologique du droit de propriété : enquête sur le caractère sacré de ce droit énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015, p. 364.

²⁰³ GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », in *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 3, 2015, p. 539-550.

²⁰⁴ « Indisponibilité » in CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd. mise à jour, Paris, PUF, « Quadrige », 2022.

²⁰⁵ CORNU Marie, « Inappropriabilité (approche juridique) » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 1392.

Alors qu'on a imputé erronément au droit romain l'existence d'un droit naturel de propriété, les récentes recherches en histoire du droit nous informe que le droit de propriété privée est loin d'être le fondement du droit romain, puisque celui-ci ne se définit qu'en rapport avec le régime d'indisponibilité des biens (A). À Rome, la sphère marchande s'est ainsi construite négativement vis-à-vis de l'aire d'indisponibilité qui ceint les choses publiques, saintes ou sacrées. À l'époque moderne, marquée par une patrimonialisation quasi totale de nos vies²⁰⁶, cette démarche de « mise hors commerce » prend une autre dimension : celle d'entrevoir un rapport juridique hors du rapport d'échange (B).

A - La valeur des choses en droit romain : aux racines de l'indisponibilité

1. L'indisponibilité, négatif du rapport marchand

Dans son article *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*²⁰⁷, l'historien du droit Yan Thomas opère une analyse juridique de la valeur des choses et de leur qualification en droit romain, en s'intéressant à la jurisprudence impériale romaine. Il retrace la construction de la sphère marchande, et donc des choses à valeur marchande et patrimoniale, comme une définition et une délimitation en négatif de l'aire d'indisponibilité des choses affectés à la cité ou aux dieux :

*On ne voit s'affirmer en effet cette vocation premièrement patrimoniale des res que par contraste avec le régime d'indisponibilité dont elles sont exceptionnellement frappées en droit sacré. Pour que soit ouvertement exposée leur nature juridique de choses évaluables, appropriables et disponibles, il faut que certaines d'entre elles aient été retranchées de l'aire d'appropriation et d'échange, puis affectés aux dieux ou à la cité, selon un mode d'investissement et de thésaurisation commun au monde antique mais qui n'a trouvé sa véritable expression juridique, et peut être sa conceptualisation, qu'à Rome.*²⁰⁸

On retrouve dans sa description, un mouvement d'*indisponibilisation* suivi d'une affectation des biens, double visage d'une technique du droit qui prend la forme, dans le droit romain, d'une « sanctuarisation des choses inappropriables²⁰⁹ ».

²⁰⁶ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Thémis », 2013, p. 224-226.

²⁰⁷ THOMAS Yan, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », in *Annales*, n° 6, vol. 57, 2002, p. 1431-1462.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 1432.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 1433.

Cette sanctuarisation est décrite matériellement par Yan Thomas : les procédures judiciaires côtoient la délimitation physique de cette « aire d'indisponibilité ». Celle-ci est délimitée des « tracés où se conjuguèrent techniques du droit et de l'arpentage - techniques qui servaient à qualifier un bien, à instituer une affectation et à mesurer l'espace dans les limites duquel il était ainsi compris²¹⁰ ». L'approche quasi-géographique qui imprègne son analyse rend compte du rapport éminemment physique qu'entretenait la population romaine au droit. Il s'agissait alors non pas d'un discours ou principe théorique, mais d'une séparation spatiale, connue de toutes et tous, entre les choses patrimoniales et extrapatrimoniales. Avant d'agir comme l'« acte par excellence de la possession du monde²¹¹ », la cartographie est ici un outil de sanctuarisation, qui délimite d'abord ce qui ne peut être approprié.

Parmi ces choses extrapatrimoniales, se distinguait d'abord les choses « affectées à la cité ». Celles-ci constituaient au sein des choses publiques, non celles qui appartenaient à la cité (constituant la zone de domanialité publique), mais celles « destinées à l'usage public »²¹². Sans considération à leur éventuelle titularité étatique, c'était l'acte d'affectation qui rendait ces choses indisponibles, « librement accessibles à tous, comme si chacun des membres du *populus* eût sur elles un droit attaché à qualité de citoyen, imputé à ce qu'il y avait de public dans sa personne²¹³ ». La sanctuarisation extrapatrimoniale inclut aussi les choses « affectés aux dieux », c'est-à-dire les choses sacrées, religieuses et saintes.

Les procédures de droit public ou de droit sacré qui délimitent l'aire d'indisponibilité, produisent ce que le droit romain qualifie de *res nullius in bonis*, c'est à dire des choses qu'« une affectation à un sujet intemporel ou à un but intemporel, dieu ou cité, détournait des circuits de la propriété et de l'échange²¹⁴ ». Cette sacralisation des choses inappropriables pensée par les juristes romains permet,

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ CHESNEAUX Jean, Territoires à prendre, Hérodote, 1978, 2, n°10, p. 82, cité par RÉMOND-GUILLOUD Martine, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, 1. éd., Paris, Presses universitaires de France, « Les Voies du droit », 1989, p. 19.

²¹² THOMAS Yan, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *art. cit.*, p. 1433.

²¹³ *Ibid.* p. 1435 : « les choses publiques n'étaient pas inappropriables en raison d'une quelconque titularité étatique, mais à cause de leur affectation, comme le Champ de Mars ».

²¹⁴ *Ibid.* p. 1147.

selon Yan Thomas, de les rendre « juridiquement immortelle[s] », par l'institution de régimes juridiques « qui les protègent du temps et des aléas²¹⁵ ».

Le surgissement en négatif du rapport marchand des biens, autorisant leur libre circulation juridique, entraîne une différenciation dans le traitement juridique de la valeur des biens.

2. *L'inévaluabilité des res nullius in bonis*

Yan Thomas rend compte, par son analyse de la jurisprudence, des différents traitements de la valeur des choses selon leur régime juridique d'appropriation : « Autant et peut-être plus que dans l'échange, c'est là que s'établissent leur qualification juridique et leur valeur de choses, et que se comprend leur traitement de choses estimables et marchandes ou de choses inestimables et réservées²¹⁶ ». C'est par la constitution ou négation de la valeur de la chose au sein du procès, qu'il est possible de qualifier son régime. La question est alors de savoir, pour reprendre ses mots : « comment, dans ces procédures, se réalise pratiquement la différence entre la valeur de ce qui s'approprie et s'échange et la valeur de ce qui s'institue comme perpétuellement indisponible²¹⁷ » ?

D'une part se trouvent les choses susceptibles d'appropriation. Fixée par l'arbitrage d'un tiers ou lors d'un « jugement commun », c'est-à-dire un procès²¹⁸, leur valeur marchande est confondue avec les qualités propres, l'identité même de la chose. C'est leur disponibilité patrimoniale qui permet de les qualifier de biens à proprement parler. Réduisant la chose à son prix, le rapport du propriétaire romain aux biens qu'il possède, préfigure d'une certaine manière le rapport de propriété moderne qui s'instituera des siècles plus tard : un rapport juridique décorrélé de l'utilité du bien ou l'affectation qu'on y porte.

D'autre part, les choses inappropriables du fait de leur affectation aux dieux ou à la cité, « dont il n'y a pas commerce » peuvent aussi faire l'objet d'un procès. Toutefois, leur valeur n'y est pas discutée. Si une chose publique ou sacrée avait été détériorée, l'indemnisation des dommages subis s'évaluait uniquement sur le montant de la perte subie. En cas d'appropriation d'une *res nullius in bonis*, seule une restitution en nature était envisageable, car toute réparation pécuniaire aurait nécessité

²¹⁵ *Ibid.* p. 1440.

²¹⁶ *Ibid.* p. 1432.

²¹⁷ *Ibid.* p. 1450.

²¹⁸ *Ibid.* p. 1449-1450.

d'estimer la chose. Ainsi, « ces choses en elles-mêmes étant à proprement parler inestimables, ainsi que les textes l'indiquent explicitement, c'est de leur usage seul, et non de leur propriété, qu'il s'agissait dans ces procédures interdiciales²¹⁹ ». Ces choses inévaluables, échappant à toute réduction marchande, étaient saisies juridiquement pour elles-mêmes, pour leur « identité concrète²²⁰ ».

Comment cet héritage romain peut-il contribuer à penser dans un rapport juridique extrait du rapport d'échange dans notre système juridico-économique actuel ? Des *res extracommercium* aux choses hors commerce, se profile une certaine continuité des techniques de droit de l'indisponibilité.

B. Les choses hors commerce, expression d'un rapport juridique hors de l'échange

La notion d'extracommercialité contemporaine se construit à partir d'une laïcisation de la distinction romaine entre les *res in commercio* et les *res nullius in bonis*²²¹. Selon la professeur Marie Cornu, les choses hors commerce se distinguent des choses inappropriables en ce qu'elles « peuvent être appropriées, mais répugnent à être dans le commerce²²² ». Pour les appréhender comme l'expression d'un rapport juridique hors de l'échange, cela nécessite de distinguer le commerce marchand du commerce juridique, puis d'en observer les formes contemporaines en droit français.

1. Commerce juridique et commerce marchand

Le droit français a construit des régimes juridiques pour rendre des biens ou des choses naturellement indisponibles, dont l'exemple le plus notoire est le principe d'indisponibilité du corps humain²²³. Il existe pourtant d'autres techniques du droit qui excluent certaines choses ou biens du commerce.

²¹⁹ *Ibid.* p. 1461.

²²⁰ *Ibid.* p. 1462. : « l'irréductible ipséité reconnue aux choses avait conduit la cité, pour se fonder elle-même à les retrancher du monde et des procédures juridiques de la valeur ».

²²¹ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Thémis », 2013, p. 223-257.

²²² CORNU Marie, « Inappropriabilité (approche juridique) » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 1392.

²²³ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 224-226 : « La qualification de "chose hors commerce" a été concurrencée par celle d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, appliquée aussi à la clientèle civile ».

Il nous faut préalablement préciser la définition de choses « hors commerce » en distinguant l'exclusion d'une chose de tout commerce juridique (que certains qualifient d'extraconventionnalité), et l'exclusion d'une chose de tout commerce marchand (qui correspondrait à l'extracommercialité). Selon ces critères, si extracommercialité ne vaut pas extraconventionnalité, l'inverse ne peut se démontrer.

La professeure de droit Marie Cornu, dans l'entrée *Inappropriabilité* du Dictionnaire des biens communs²²⁴, propose une « échelle de commercialité », en référence à l'échelle de domanialité de Léon Duguit. Elle considère d'une part, que certaines choses excluent un commerce lucratif mais peuvent faire l'objet d'un contrat non onéreux, en prenant l'exemple du don d'organes, ce qui correspondrait à une extracommercialité *relative*. D'autre part, certains biens (comme ceux qui appartiennent au domaine public) sont non seulement soustrait du commerce marchand, mais aussi du commerce juridique, puisqu'ils ne peuvent quitter le patrimoine public : leur extracommercialité est alors doublée d'une inaliénabilité²²⁵, produisant ce que Sériaux qualifie d'« extracommercialité radicale²²⁶ ».

Le juriste Jean-Christophe Galloux met en lumière l'existence désorganisée de ces nuances sémantiques, et en déduit le caractère relatif de la notion d'extracommercialité, les restrictions n'étant spécifiques qu'à certaines personnes ou certains types de conventions. L'extracommercialité ne peut être selon lui que « temporairement absolue », dépendant de la durée de l'affectation : « tant qu'elle est affectée la chose est absolument hors du commerce mais la disparition de cette affectation l'y place de nouveau²²⁷ ».

²²⁴ CORNU Marie, « Inappropriabilité (approche juridique) » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 1392.

²²⁵ ROCHFELD Judith, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 351-369.

²²⁶ SÉRIAUX A., « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », dans J.-Y. Chérot et al., *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 23 cité par CORNU Marie, « Inappropriabilité (approche juridique) » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 1392.

²²⁷ GALLOUX J.-C. (1989). *Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français*. Les Cahiers de droit, 30(4), p. 1029.

2. Des rapports juridiques contemporains hors de l'échange

À partir des exemples analysés au cours de la partie I, il est possible de tracer des pistes pour identifier la manière dont se matérialisent des rapports juridiques hors de l'échange dans nos sociétés contemporaines.

D'abord, les montages de propriété d'usage se positionnent politiquement comme une résistance au rapport de propriété fondé sur l'échange. En se gardant d'une éventuelle spéculation immobilière du bien, la communauté d'habitants exclut tout rapport marchand au bien et procède à une véritable « dévalorisation » de celui-ci. Puisqu'il est impossible de le revendre, sa valeur d'échange disparaît. Seul un procès, en cas de liquidation ou d'expropriation, est susceptible de faire resurgir une estimation pécuniaire du bien.

Ensuite, les obligations réelles environnementales témoignent d'un attachement plus nuancé à la notion d'extracommercialité. Sous condition d'une absence de contrepartie pécuniaire, le rapport juridique que constitue le contrat se positionne hors d'un rapport marchand. Plus exactement, le rapport juridique conditionne et empêche éventuellement le rapport marchand, si celui-ci contrevient aux obligations établies.

Ces deux exemples témoignent d'une extracommercialité relative aux types de conventions qui contreviendraient à l'affectation donnée au lieu.

Depuis les *res nullius in bonis* sous l'Empire romain jusqu'aux pratiques contemporaines de « démarchandisation » et mise hors commerce des biens, la notion d'indisponibilité s'est illustrée à différentes échelles comme une remise en cause d'une valeur marchande dans la tradition civiliste.

« Brûler, jeter, tuer : en anéantissant sa chose, désormais indisponible pour quiconque, le propriétaire exerce sa maîtrise de la manière la plus absolue²²⁸ » : la disponibilité du bien, condition et conséquence du rapport de propriété moderne, risque d'entraîner une indisponibilité irréversible du bien. C'est ce que Pierre-Joseph Proudhon décrit par la célèbre formule « Qu'est-ce que la

²²⁸ RÉMOND-GUILLOUD Martine, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, 1. éd., Paris, Presses universitaires de France, « Les Voies du droit », 1989, p. 12.

propriété ? C'est le vol.²²⁹ », critiquant avant tout une propriété absolue qu'il juge délétère à la société²³⁰.

À l'inverse, le régime d'indisponibilité rend le bien disponible à l'usage de tous, déterminé par son affectation. C'est ainsi que le couple indisponibilité-affectation permet d'entrevoir un autre rapport de propriété, fondé sur la « dévalorisation » marchande du bien. La valeur marchande étant écartée, il est nécessaire d'opérer une « revalorisation » du bien, en s'intéressant aux fonctions auxquelles il permet de répondre. Ainsi, l'indisponibilité conditionne l'existence du commun à son absence de valeur au sens économique du terme, et l'affectation l'oriente vers la recherche d'une valeur écologique ou sociale.

²²⁹ PROUDHON Pierre-Joseph, *Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherches sur le principe du droit et du gouvernement* [1840, dit Premier mémoire sur la propriété], Paris, Garnier, 4 e éd., 1849, cité dans CRÉTOIS Pierre « Proudhon (Pierre-Joseph) » - in Cornu Marie, Orsi Fabienne et Rochfeld Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 2165.

²³⁰ CRÉTOIS Pierre, « Proudhon (Pierre-Joseph) » - in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 2165.

Section 2 - Les valeurs du commun : l'affectation comme expression d'une conception téléologique du droit

Puisque la constitution de la valeur dépend de choix politiques et moraux, la recherche d'un autre rapport aux choses implique de repenser la construction politique du bien. En ce qu'ils portent un projet politique fondé sur la préservation de la ressource, les communs ne peuvent se départir de considérations sociales et environnementales : cela nécessite qu'un consensus préalable soit acté sur « [l]es valeurs à protéger aux côtés ou en conflit avec la circulation marchande et la propriété privée²³¹ ».

La généalogie du concept de droit de propriété, que nous avons amorcé précédemment, amène à élargir l'horizon de ses usages et de ses conceptions théoriques :

[L]a propriété peut être privée ou publique, individuelle ou collective, relative ou absolue, exclusive d'usages concurrents ou ouverte à des usages co-existants. Il est donc parfaitement possible d'optimiser un droit de la propriété qui borne les pouvoirs du propriétaire avec l'intérêt général et l'intérêt d'autrui, un droit qui définit un mode de gouvernance de la propriété adapté à la spécificité et à la rareté des ressources naturelles concernées ou encore un droit qui assigne à la propriété une fonction sociale.²³²

Cette approche plastique du droit de propriété, décrite par François Collard-Dutilleul, donne une matière malléable pour penser un droit de propriété répondant aux ambitions sociales ou environnementales du commun.

L'affectation sociale (I) ou écologique (II) semble traduire juridiquement les choix politiques relatifs à l'institution du commun, appliquant ainsi une conception téléologique du droit de propriété. Par l'attribution d'une fonction sociale ou environnementale, l'affectation confère au bien une valeur sociale et/ou écologique.

²³¹ ROCHFELD Judith, Quel modèle pour construire des « communs » ?, in PARANCE Béatrice et DE SAINT VICTOR Jacques, *Repenser les biens communs*, CNRS éd., 2014, p. 91-114.

²³² COLLART- DUTILLEUL François, « La première étape d'une longue marche vers un droit spécial de la sécurité alimentaire », dans *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Éditions Frison- Roche, 2013, p. 131, cité dans MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014, p. 537.

I - Une valorisation sociale par l'affectation : l'exemple du bien immobilier

Le juriste Laurent Millet retrace la portée de la notion de fonction sociale du droit de propriété : à l'idée que celle-ci ne serait qu'une « simple “théorie” doctrinale » portée par Duguit et Josserand, il témoigne, au contraire, de l'existence d'une abondante littérature française sur ce sujet depuis le XIX^e siècle²³³. Bien que son usage rhétorique n'ait eu que peu de portée dans les différentes juridictions françaises, la fonction du droit de propriété doit être comprise selon lui comme une « limite interne, structurale à ce droit²³⁴ ».

Le mécanisme de l'affectation contient cette capacité à faire surgir la part fonctionnelle du droit de propriété, et à renouveler ainsi les discussions sur la fonction sociale de la propriété²³⁵. On le retrouve en effet mentionné dès le début du XX^e siècle dans les œuvres du jurisconsulte Léon Duguit, par lesquelles la professeure Blandine Mallet-Bricout souligne le lien entre propriété et affectation :

*La propriété ne serait pas un droit subjectif ; elle serait plutôt une « situation de droit objectif » (la détention de richesses), qui « se traduit juridiquement dans la possibilité de mettre en mouvement des voies de droit pour écarter tout acte émanant de qui que ce soit et venant entraver ou troubler l'affectation à un certain but de l'utilité totale d'une chose²³⁶ », but individuel ou collectif. (...) La loi « adresse à tous cet impératif prohibitif : ne pas porter atteinte à l'affectation d'une chose à un certain but²³⁷ ».*²³⁸

D'après elle, l'affectation constitue, « un outil de politique économique ou sociale des biens, qui participe sans doute de l'utilité sociale de la propriété » : « certains y voient une “érosion spectaculaire de l'absolutisme légendaire des droits individuels”, d'autres y voient, au contraire, l'occasion pour le propriétaire administré de participer à l'action de l'administration, alors sollicité pour passer “de la condition de sujet à celle d'acteur”²³⁹ ».

²³³ MILLET Laurent, Mieux comprendre la fonction sociale du droit de propriété : un enjeu pédagogique, p. 73, in CHAIGNEAU Aurore (dir.), *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, Société de législation comparée, « Droit comparé et européen », 2017, vol. 27.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014, p. 558-560.

²³⁶ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, T.1, La règle de droit - Le problème de l'Etat, 3^{ème} éd., 1927, p. 445.

²³⁷ *Ibid.* p. 446.

²³⁸ MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014, p. 558-560.

²³⁹ *Ibid.* p. 562.

Cette « érosion » d'un droit de propriété absolu se manifeste par l'affectation sociale du bien immobilier. Tant par les montages de « propriété d'usage » (A), que les usages civiques napolitains (B), l'affectation permet de revaloriser socialement les biens immobiliers.

A. La fonctionnalisation sociale des lieux en « propriété d'usage ».

L'affectation sociale exprime juridiquement l'ambition politique des montages de *propriété d'usage* étudiés, tant à travers la nature des structures qui les portent, que les statuts qui les régissent.

1. *Des structures à but non lucratif*

Comme nous l'avons étudié dans la partie précédente, les montages français de *propriété d'usage* procèdent à l'acquisition des biens mis en commun par le biais de structures à but non lucratif : associations ou fonds de dotation.

D'une part, l'association à but non lucratif ne peut acquérir que des immeubles « strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose²⁴⁰ », selon l'article 6 de la loi 1901. D'autre part, le fonds de dotation n'acquiert ou collecte des biens immobiliers qu' « en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général²⁴¹ », selon la nature redistributrice ou opératrice du fonds. Au sein de ces deux structures, l'acquisition de biens immobiliers se caractérise par une condition de fonction vis-à-vis de l'objet soit de l'association, soit du fonds de dotation. Les biens acquis doivent donc revêtir une fonction déterminée, sous peine que la structure en question renonce à son droit de propriété.

Ainsi, l'affectation sociale se concrétise en premier lieu par le cadre juridique dans lequel s'inscrit le droit de propriété. Par leur seule appartenance à une structure non lucrative dotée d'un objet déterminé, le bien immobilier se dote d'une valeur sociale indexée sur l'utilité qu'il aura dans la réalisation de l'objet de la structure.

²⁴⁰ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 6.

²⁴¹ Loi n°2008-776 du 4 août 2008, art. 140.

2. Des statuts spécifiques

Les statuts relatifs aux montages de « propriété d'usage » se distinguent par une attention portée à la fonction des immeubles acquis. La propriété des immeubles doit d'abord servir un usage déterminé, entre habitation partagée, résidence artistique et lieu de vie collectif. La structure propriétaire fait figurer dans son objet l'affectation sociale des lieux qu'elle détient. Par exemple, Parpaing Libre, association détenant la propriété du lieu de La Déviation, a pour objet : « de se rendre propriétaire d'immeubles en vue de les affecter à la constitution de lieux solidaires, autogérés et destinés à l'habitation ou à l'exercice de professions, en "propriété d'usage"²⁴² ».

À cela, s'ajoute une dimension sociale, par la mise en place, au sein des statuts ou du règlement intérieur, de mesures d'inclusivité dans l'accès à ces ressources (instauration de loyers accessibles, d'accès gratuit ou modique aux lieux) et par la gestion collective des lieux (autogestion des lieux par les collectifs qui en font usage, horizontalité dans les prises de décisions). L'instauration de ces règles d'usage du bien, guidées par des principes de solidarité et de coopération, sont au cœur de l'institution du commun.

Enfin, bien qu'il ne réponde pas à une qualification juridique précise, l'utilisation du terme de « propriété d'usage » au sein des statuts rend compte de l'importance donnée à la rhétorique de la fonction sociale de la propriété.

Le mécanisme d'affectation n'est pas sans rappeler l'approche téléologique qui imprègne la théorie italienne sur les communs. En effet, la lecture juridique des communs en France se nourrit fortement de l'héritage transalpin. Tant par les mouvements sociaux que par l'innovation juridique qui s'est développée depuis les années 2010, les expériences italiennes irriguent les pratiques et la recherche sur les communs. Le cas des *usi civici* à Naples illustre comment la primauté de la fonction sociale de la propriété permet de défendre les communs en Italie.

B. La fonction sociale des *usi civici* napolitains

²⁴² Extrait de l'article 2 des statuts de l'association Parpaing Libre.

1. *L'interprétation de la fonction sociale dans la notion juridique de biens communs en Italie*

La pensée de Léon Duguit a inspiré de nombreuses Constitutions, dont la Constitution italienne de 1948²⁴³. On retrouve aux articles 41 à 44 des dispositions relatives à la fonction sociale de la propriété publique et privée. L'alinéa 2 de l'article 42 dispose par exemple que : « La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d'acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous. ».

C'est dans cette même approche fonctionnelle que s'est développée la notion juridique de biens communs (*beni comuni*). Celle-ci a été introduite comme une nouvelle catégorie juridique de droit des biens au sein du rapport sur la « modification du Code civil en matière de biens publics », rendu par la « Commission Rodotà » en 2010. Les biens communs y sont définis comme « des choses fonctionnellement utiles à l'exercice des droits fondamentaux et au libre développement de la personne²⁴⁴ ». La titularité du bien (propriété publique ou propriété privée) est mise en retrait au profit d'une valorisation de la fonction sociale à laquelle répond le bien : « Les biens sont en effet définis comme “communs” en raison de la fonction qu'ils peuvent remplir »²⁴⁵. Ainsi, une partie de la doctrine italienne interprète la fonction sociale comme une limite inhérente au droit de propriété, et l'utilise comme un appui conceptuel pour penser juridiquement les communs²⁴⁶.

2. *L'incarnation de la fonction sociale par les usi civici*

L'une des expériences italiennes les plus significatives a porté sur la reconnaissance d'un usage civique et collectif à partir de l'occupation de l'*Ex Asilo Filangieri*²⁴⁷. Ce bâtiment, laissé à l'abandon, a été occupé et géré par un collectif depuis 2011, dans le but de l'affecter à un usage

²⁴³ ORSI Fabienne, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », in ALIX Nicole, BANCEL Jean-Louis, CORIAT Benjamin, et al. (éd.), *Vers une république des biens communs?*, Paris, Éditions Les liens qui libèrent, 2018, p. 247-257.

²⁴⁴ SPANÒ Michele, *Présentation*, in NAPOLI Paolo, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs » », in *Tracés*, no 27, 24 novembre 2014, p. 211-233.

²⁴⁵ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021, p. 505.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ FESTA Daniela, “Biens communs (mouvement social - Italie)”, in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021, p. 271-272.

commun. Après plusieurs années de réflexion et d'écriture collective, les occupants de l'*Asilo* ont proposé une Déclaration d'*uso civico* (usage civique) à la Ville de Naples. Cet OVNI juridique, prend racine à la fois sur les articles 42²⁴⁸ (qui institue la fonction sociale de la propriété) et 43²⁴⁹ (qui attribue aux communautés de citoyens un rôle actif dans la gestion des biens et des services publics) de la Constitution italienne, et sur une réinterprétation des « *usi civici*²⁵⁰ » ou « droits d'usage civique », une forme ancienne de propriété collective dont les biens sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. Ce document propose de reconnaître l'autogestion communautaire et citoyenne de certains biens publics, devenus biens communs du fait de leur affectation sociale. La municipalité conserve la propriété de l'immeuble ainsi que la charge de son entretien mais délègue la gestion à la communauté qui le gère²⁵¹.

Par une délibération du 27 décembre 2015, la Commune de Naples a enregistré la Déclaration d'*uso civico* : elle reconnaît ainsi l'« usage civique et collectif urbain » de l'*Asilo*²⁵², et par la même occasion, le collectif gestionnaire du lieu comme communauté informelle, légitime à utiliser l'espace gratuitement²⁵³.

Selon la chercheuse et militante Maria Francesca De Tullio, « à travers les outils juridiques inventés par la communauté, [l'administration] a appris qu'une valorisation non économique du patrimoine

²⁴⁸ Constitution de la République italienne, art. 42 : « La propriété est publique ou privée. Les biens économiques appartiennent à l'État, à des établissements ou à des particuliers. La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d'acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous. La propriété privée peut être expropriée, dans les cas prévus par la loi et sous réserve d'indemnisation, pour des motifs d'intérêt général. La loi fixe les règles et les limites de la succession légale et testamentaire ainsi que les droits de l'État sur les héritages. ».

²⁴⁹ Constitution de la République italienne, art. 43 : « Dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originellement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'État, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent ».

²⁵⁰ IANNELLO Carlo, « L'environnement en tant que bien commun », in *Droit et Ville*, n° 1, N° 83, 1 mars 2017, p. 59-85.

²⁵¹ CELATI Benedetta, « À Naples, l'expérimentation de nouveaux modèles administratifs pour relever le défi du municipalisme », *Mouvements*, 2020/1 (n° 101), p. 90-97.

²⁵² LUCARELLI Alberto « Naples (expérience de bien commun) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021, p. 1776-1782.

²⁵³ CELATI Benedetta, « À Naples, l'expérimentation de nouveaux modèles administratifs pour relever le défi du municipalisme », *art. cit.*

public et des biens communs était possible²⁵⁴ ». On retrouve en effet l'idée d'une valorisation sociale du lieu dans la délibération n°7 du 9 mars 2015, qui prévoit la prise en charge des frais de gestion par la Commune, sous condition que cette gestion soit « justifiée par une valeur sociale importante et sur la base de règlements pour un usage civique et d'autres modèles d'auto-organisation civique qui devront être reconnus dans des conventions spécifiques »²⁵⁵. La reconnaissance de l'usage civique et collectif repose donc sur une fonctionnalisation sociale du lieu.

Ainsi, comme le résume Daniela Festa, « les expériences telle que celle de l'*Ex-Asilo Filangieri* de Naples expriment bien l'utilisation de la rhétorique de la fonction sociale de la propriété pour faire éclater le paradigme de la propriété aussi bien publique que privée²⁵⁶ ».

Les fonctions sociales et écologiques s'entremêlent et se répondent la plupart du temps. Si Benoît Grimonprez invite à considérer que la fonction sociale de la propriété devient fonction environnementale²⁵⁷, l'inverse se vérifie également, à l'aune de la reconnaissance juridique des inégalités climatiques²⁵⁸.

II - Une valorisation écologique par l'affectation : à partir des obligations réelles environnementales

Au moment même où le biologiste Garrett Hardin théorise la tragédie des communs²⁵⁹ qui abreuvera par la suite la littérature néolibérale, le droit de l'environnement se construit en France sur une critique de l'absolutisme du droit de propriété, perçu comme un « droit de détruire²⁶⁰ ». La discipline y répond notamment par l'attribution d'une certaine valeur écologique des biens fonciers

²⁵⁴ DE TULLIO Maria Francesca, propos recueillis par DAU Elisabeth, et KRAUSZ Nicolas, « L'Ex-Asilo Filangieri à Naples : retour d'expérience sur un commun urbain de référence en Europe », in *Horizons publics*, n°21, Vers des partenariats publics-communs ?, mai-juin 2021.

²⁵⁵ LUCARELLI Alberto « Naples (expérience de bien commun) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 1776-1782.

²⁵⁶ FESTA Daniela, « La Critique des Communs Urbains aux Institutions de la Propriété : l'Insurrection qui Vient ? », in *Green European Journal*, Finding Common Ground, vol. 14, décembre 2016.

²⁵⁷ GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », *art. cit.*

²⁵⁸ *Un climat d'inégalités : Les impacts inégaux du dérèglement climatique en France*, Association Notre Affaire à tous, 2020.

²⁵⁹ HARDIN Garrett, « The Tragedy of the Commons », in *Science*, n° 3859, vol. 162, 1968, p. 1243-1248.

²⁶⁰ RÉMOND-GUILLOUD Martine, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, 1e. éd., Paris, Presses universitaires de France, « Les Voies du droit », 1989.

exploités, qui vise la conservation et la préservation des ressources environnementales via l'établissement de règles communes quant à son usage.

La manière dont l'obligation réelle environnementale traite les ressources naturelles, et en particulier la biodiversité, témoigne d'une approche fonctionnelle de la propriété (A), tournée vers la protection de l'environnement. Comment l'affectation qui garantit cette protection produit-elle une valorisation singulière de la biodiversité (B) ?

A. La fonctionnalisation écologique des terrains fonciers par l'obligation réelle environnementale

La technique d'affectation à laquelle répondent les obligations réelles environnementales, offre un cas d'étude intéressant pour penser la préservation des valeurs écologiques d'une propriété foncière. En détournant le rapport de propriété de ses propres fins, l'affectation volontaire contredit la lecture absolutiste qui a été faite du droit de propriété : elle module à la fois le caractère absolu de la propriété, et son caractère exclusif, « en incluant autrui dans le rapport d'appropriation »²⁶¹. Elle se manifeste comme une rupture avec la « propriété-pouvoir », qui caractérise le paradigme de la propriété absolue, pour tendre vers la « propriété-fonction »²⁶². Par l'affectation, ici écologique, la propriété ne poursuit plus ses propres fins, mais est mise au service de la préservation des valeurs écologiques de la ressource.

En ce qu'elle limite les pouvoirs des titulaires de droits sur le bien, l'affectation neutralise le caractère absolu du droit de propriété. Les titulaires ne pourront bénéficier de ce bien seulement dans les usages prescrits dans le cadre de l'affectation. La propriété se parerait alors, selon les mots de Benoît Grimonprez, d'une « fonction environnementale active »²⁶³.

L'approche fonctionnelle du droit de propriété que produit l'ORE se manifeste aussi dans la possibilité pour des personnes n'étant pas titulaires du bien, d'ester en justice pour faire respecter l'affectation écologique. D'abord, le contrat attribue aux créanciers le droit de contrôler et défendre

²⁶¹ ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles (dir.), *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021, p. 278.

²⁶² GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », *op. cit.*

²⁶³ *Ibid.*

en justice la fonction écologique assignée au bien. Ensuite, si son inexécution cause un préjudice à un tiers, ce dernier peut initier une action en responsabilité extracontractuelle contre le propriétaire²⁶⁴. Puisque le contrat a pour objet la préservation de l'environnement, la reconnaissance du préjudice écologique semble offrir une piste intéressante pour garantir l'affectation écologique de ces terres.

B. La valorisation écologique de la biodiversité à travers l'ORE

1. *Sortir du paradigme de la rareté*

À mesure que l'on attribue une valeur juridique à la préservation de l'environnement, fleurit un arsenal de lois et règlements visant la protection du patrimoine naturel²⁶⁵. Le droit cherche à s'interposer entre la sphère marchande et certaines ressources naturelles pour endiguer leur destruction²⁶⁶.

Martine Rémond-Gouilloud observe que c'est par la menace de sa disparition que se révèle la valeur de la nature. Cette valeur se retrouve ainsi indexée sur la rareté de la ressource : « Précieuse, elle suscite l'adoption de textes protecteurs. Sans utilité, ou en quantité suffisante pour tous, elle suscite aucun intérêt, et aucun texte n'empêche de la faire disparaître²⁶⁷ ». Le droit définit la valeur de la nature d'abord par son utilité, puis par sa rareté : le droit s'intéresse donc à l'urgence, à l'irréversible, et se désintéresse de la destruction d'une biodiversité commune, abondante.

Pourtant, le dispositif d'ORE semble sortir de ce paradigme de la rareté. Par sa très longue durée, et l'amplitude offerte à ses obligations, ce dispositif sert avant tout une biodiversité ordinaire, en planifiant la protection sur le long-terme. Comment cette obligation appréhende-t-elle la valeur donnée à la biodiversité ?

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ CROZES Amelia, « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrements et obligations consenties », in *Droit et Ville*, n° 2, vol. 86, 2018, p. 183-204.

²⁶⁶ On peut citer entre autres le Règlement (CE) n°338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce.

²⁶⁷ RÉMOND-GOUILLOUD Martine, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, 1. éd., Paris, Presses universitaires de France, « Les Voies du droit », 1989, p. 47-48.

2. *Entre valeur instrumentale et valeur intrinsèque de la biodiversité*

Selon Georges Ribière, les recherches relatives aux valeurs de la biodiversité distinguent d'une part sa valeur instrumentale, indexée sur la notion de « service rendu », et d'autre part sa valeur intrinsèque, définie comme une « fin en soi »²⁶⁸.

Dans la définition de l'ORE présente à l'article L.132-3 du code de l'environnement, le dispositif semble répondre autant à l'idée d'une valorisation instrumentale qu'une valorisation intrinsèque de la biodiversité : « de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques²⁶⁹ ».

Certains contrats, comme celui entre M. Jacques-Eloi Duffau et le département de Gironde (cf. Partie I, Chapitre II), cherchent en effet une valorisation intrinsèque de la biodiversité. Celui-ci liste les espèces animales et végétales présentes sur le terrain, ainsi que les types d'espaces favorisant le développement de la biodiversité. À l'inverse, notamment dans les ORE à compensation, la protection de la biodiversité est justifiée par les services écosystémiques ou environnementaux qu'elle génère. La fonction écologique du lieu est donc axée sur son utilité vis-à-vis des communautés humaines, produisant une valorisation instrumentale de la biodiversité.

Dans une perspective de communs, la valorisation intrinsèque paraît être la plus à même de renouveler le rapport de propriété. L'affectation d'un terrain à la protection de la biodiversité « en soi » lui confère une fonction « à elle-même, obligeant tous les usagers à respecter ses qualités²⁷⁰ ».

La définition des communs par leur valeur sociale et/ou écologique se heurte à quelques difficultés. D'abord, l'idée d'une « fonction sociale » de la propriété a été rejetée par la critique marxiste comme n'étant qu'un aménagement de surface, destinée à rendre plus tolérable et indirectement légitimer l'institution de la propriété²⁷¹. Cette critique renvoie à l'insuffisance d'une seule affectation sociale ou écologique, sans indisponibilité du bien. Si rien n'empêche

²⁶⁸ RIBIÈRE Georges, « Valeurs de la biodiversité, prix de la nature », in *Vraiment durable*, n° 2, vol. 4, 2013, p. 29-45.

²⁶⁹ Code de l'environnement, art. L.132-3.

²⁷⁰ GRIMONPREZ Benoît, « Ajuster nos rapports juridiques au vivant », *Agridroit*, Lexisnexus, 2021.

²⁷¹ RODOTÀ Stefano, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXIe siècle », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Guillaume Calafat, #16, 1 octobre 2016, p. 211-232.

juridiquement le bien d'être remis sur le marché, sa valeur sociale ou écologique sera écrasée par sa valeur marchande. La mise hors commerce est un outil puissant pour sortir du paradigme propriétaire, et se pose comme une condition nécessaire pour instituer le commun. Or, l'indisponibilité n'est aujourd'hui possible que par l'exercice du droit de propriété des titulaires sur leur bien. Le cas des *usi civici* italiens offre une issue intéressante à cette impasse juridique.

Ensuite, la notion de communs, a fortiori dans son approche fonctionnelle, peine à s'émanciper du paradigme de la ressource. Celui-ci est en effet fondamental dans la conception des droits des biens en France, et imprègne par conséquent la littérature juridique sur les communs. Par comparaison avec le système foncier traditionnel propre à l'Afrique de l'Ouest, l'anthropologue Danouta Liberski-Bagnoud questionne l'absence de remise en cause sur ce paradigme. Cela relève pour elle du choix épistémologique : « Envisager la terre comme une ressource ne relève pas toutefois, d'une approche plus objective que celle qui l'envisage comme un bien sur lequel des droits particuliers sont exercés de façon exclusive, individuellement ou collectivement²⁷² ». En définissant les communs par leurs utilités ou fonctions vis-à-vis de l'espèce humaine, le risque est de reproduire un droit anthropocentré, qui s'intéresse à la protection du vivant, en fonction de sa valeur sociale et/ou écologique.

²⁷² LIBERSKI-BAGNOUD Danouta, « La face inappropriable de la Terre. Une autre façon d'instituer le rapport au sol et aux choses (Afrique de l'ouest) », in *Revue juridique de l'environnement*, n° HS18, spécial, 2019, p. 47.

Conclusion du chapitre

Par l'attribution d'une valeur sociale ou écologique aux biens, l'institution du commun participe de l'« éclatement²⁷³ » de la notion de valeur (originellement entendue comme valeur d'échange), élément cardinal de la définition juridique de « bien »²⁷⁴. En rejetant une valorisation marchande du bien, le *monde bariolé des communs* abandonne ainsi l'« uniforme capuchon gris²⁷⁵ » sous lequel le Code civil de 1804 les avait étouffés²⁷⁶.

Daniela Festa démontre comment la valorisation sociale et écologique des biens permet d'altérer le droit de propriété, et de contribuer à la définition italienne des biens communs :

*Les biens appris comme « valeurs juridiques » à défendre et à protéger plutôt que comme idole de la chose appropriable (...) remanie[nt] l'unité artificielle du bien pour faire apparaître les multiples sujets porteurs d'intérêts concurrents autour d'une même chose et de la constellation d'utilités lui étant rattachées.*²⁷⁷

En droit français, la mise en réserve par l'indisponibilité et la fonctionnalisation sociale ou environnementale des biens par l'affectation, qui caractérisent les communs étudiés, produisent une « déconstruction du droit de propriété, de sa centralité et de son intangibilité²⁷⁸ ».

Si le commun ouvre de nouvelles pratiques et conceptions du droit de propriété, les techniques juridiques employées à cette fin méritent d'être questionnées. Dans quel cadre juridique le commun peut-il s'instituer ? Comment la technique du droit façonne-t-elle le commun ?

²⁷³ HARRIBÉY Jean-Marie, « Valeur » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 2560.

²⁷⁴ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Thémis », 2013, p. 257 : « La valeur, en tant que « critère actuel du bien » tisse des liens entre sa définition juridique et l'économie ».

²⁷⁵ CARBONNIER Jean, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, PUF, 2004, n° 707, p. 1592 : « Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de biens, cette abstraction ».

²⁷⁶ BOFFA Romain, « Biens destinés » in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 291.

²⁷⁷ FESTA Daniela, « VI. Biens communs et usages du droit » : in *L'alternative du commun*, Hermann, 2019, p. 103-114.

²⁷⁸ MARELLA Maria Rosaria, « La propriété reconstruite : conflits sociaux et catégories juridiques », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Pierre Charbonnier et traduit par Daniela Festa, #16, 1 octobre 2016, p. 195-210.

Chapitre II - L'empreinte du droit sur le commun

La technique du droit ne se contente pas de mettre en adéquation des moyens avec une fin. Comme le souligne le juriste Rafael Encinas de Munagorri, elle est aussi productrice de réalités, de transformations matérielles et sociales :

Le produit de la technique s'incorpore à la réalité sociale et perd son caractère d'objet. Il est à la fois artificiel (il a été produit) et réel (il prend place dans la réalité). À sa manière, la technique juridique est elle aussi productrice d'une réalité sociale, constituée d'un ensemble de représentations, qui n'est plus toujours en face de nous comme objet.²⁷⁹

Il importe ici de décomposer les relations tissées entre des pratiques sociales, celles des communs, et leur existence juridique. Ce rapport entre la *praxis* du commun et la *technè* du droit se retrouve dans la démarche de Yan Thomas, qui se situe selon Paolo Napoli, « entre la technique juridique, dans tout ce qu'elle a de fictif et d'ordonnateur, et sa prodigieuse capacité à transformer le social sur lequel elle opère et auquel elle renvoie indéfectiblement²⁸⁰ ». Ce double mouvement du droit forme et parfois déforme le commun. La lecture juridique des pratiques de commun se heurte à un potentiel appauvrissement de leur réalité sociale. En effet, le droit traduit l'expérience politique en la réduisant à un substrat qui ne circonscrit pas toute l'expérience du commun. En retour, les techniques juridiques participent en tant que telles à l'institution du commun.

Cela rejoint la démonstration de Silvia Federici, selon laquelle « il est impossible de défendre les droits communaux existants sans créer en même temps une nouvelle réalité, c'est à dire de nouvelles stratégies, de nouvelles alliances et de nouvelles formes d'organisation sociale²⁸¹ ».

Il s'agira donc d'examiner les stratégies juridiques déployées dans la lutte pour les communs (section 1), et de comprendre comment le langage juridique façonne les pratiques (section 2).

²⁷⁹ ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, Qu'est-ce que la technique juridique ? : Observations sur l'apport des juristes au lien social, Recueil Dalloz, Dalloz, 2004, p. 711-715.

²⁸⁰ NAPOLI Paolo, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs » », in *Tracés*, n° 27, 24 novembre 2014, p. 211-233.

²⁸¹ FEDERICI Silvia, *Réenchanter le monde - Féminisme et politique des communs*, Entremonde, « Rupture », 2022, p. 21.

Section 1 - Stratégies juridiques pour le commun

Droit et luttes sociales n'ont pas toujours fait bon ménage. Construit et accaparé par la classe bourgeoise, le savoir juridique a longtemps été considéré comme un instrument de domination au service de la classe dominante et de l'Etat²⁸².

La mobilisation du droit comme un « outil » de lutte demeure relativement récente. Elle prend son ancrage dans les années 1970, pendant lesquelles se développe parmi les juristes de gauche, une pratique militante du droit. L'avocat Henri Leclerc dit à ce propos : « Nous voulions être au service des luttes sociales, des militants, mais aussi développer, grâce à notre technique, à notre spécialisation et à notre imagination collective, un service de qualité pour tous ceux qui auraient besoin de nous²⁸³ ». Des « boutiques du droit »²⁸⁴ essaient alors pour diffuser le savoir juridique dans les quartiers populaires, et mettre le droit au service de l'émancipation sociale. Selon la sociologue Liora Israël, ces pratiques alternatives du droit contribuèrent non seulement à le désacraliser, mais aussi à le rendre accessible à des populations qui, pour des raisons sociales ou politiques, se tenaient loin du droit²⁸⁵.

La question des communs fait resurgir ces problématiques. Depuis la fin du Moyen-Âge, les communs ont été progressivement démantelés, écrasés par un système juridique qui n'a eu cesse de vouloir les clôturer²⁸⁶, les privatiser²⁸⁷ ou les publiciser²⁸⁸.

Pourtant, on assiste aujourd'hui à un regain d'intérêt pour le droit, comme moyen d'action au service de la lutte pour les communs. En se réappropriant le savoir juridique, et en ne craignant pas d'inventer montages et concepts juridiques, les *commoners* renouvellent les usages politiques du droit. Ils et elles réinvestissent l'« arme du droit »²⁸⁹, estimant que « le droit [n'est pas] seulement la

²⁸² BOURDIEU Pierre, La force du droit, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, septembre 1986, De quel droit ? p. 3-19.

²⁸³ LECLERC Henri, *Un combat pour la justice. Entretiens avec Marc Heurgon*, Paris, La Découverte, 1994, souligné par ISRAËL Liora, *L'arme du droit*, 2^e éd. actualisée., Paris, Presses de Sciences Po, « Contester », 2020.

²⁸⁴ Le terme de « boutique » s'oppose volontairement à celui de « cabinets » d'avocats, dans une volonté d'accessibilité et de déformalisation du travail juridique.

²⁸⁵ ISRAËL Liora, *L'arme du droit*, 2^e éd. actualisée., Paris, Presses de Sciences Po, « Contester », 2020.

²⁸⁶ THOMPSON Edward Palmer, *La guerre des forêts: luttes sociales dans l'Angleterre du XVIIIe siècle*, Paris, la Découverte, « Collection Futurs antérieurs », 2014.

²⁸⁷ DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXIe siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

²⁸⁸ BOYLE James, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », in *SSRN Electronic Journal*, 2003.

²⁸⁹ ISRAËL Liora, *L'arme du droit*, *op. cit.*

langue de l'État ou des dominants : il peut être parlé par d'autres et contraindre ceux qui prétendent en être les garants à y répondre²⁹⁰ ».

Depuis l'approche marxiste d'un droit en opposition avec les pratiques de commun (I), jusqu'aux mobilisations actuelles du droit (II), la technique juridique se déploie comme un outil, avec ses potentialités et ses limites.

I - La technique du droit, entre domination et riposte

La question de l'institution juridique du commun nécessite de se pencher sur les liens qui unissent l'économique et le juridique. Comment la technique utilisée façonne-t-elle le collectif, la communauté et ses pratiques dans des formes particulières ? Est-il possible d'en dévier ? C'est à travers l'analyse marxiste des interactions entre la superstructure juridique et l'infrastructure économique que se formule une critique de la « forme juridique » (A), agissant comme un moule créé par et pour le capitalisme.

L'historien Edward Palmer Thompson tente de dépasser cette approche en remettant en question la distinction superstructure et infrastructure : « Il ne s'agit pas de nier l'apport de la théorie marxiste sur le droit et des sciences sociales, dans son rôle d'ordonner les rapports sociaux, mais d'en tracer la réversibilité²⁹¹ ». Ce sont, selon lui, par les « formes du droit » que s'expriment les rapports de classe (B).

A. La « forme juridique », une critique marxiste de la technique du droit

En considérant le contexte politique dans lequel s'instaure le droit de propriété, le rapport aux biens est circonscrit, maîtrisé par les techniques juridiques du droit civil. De cette perspective tient la mise à distance originelle d'un marxisme qui ne voit dans le droit qu'un instrument au service de la classe dominante. Cette méfiance trouve une certaine continuité dans certaines pratiques de commun, qui cherchent au sein de leurs rapports, une juridicité hors du droit positif.

²⁹⁰ *Ibid.* p. 25.

²⁹¹ NAPOLI Paolo, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs » », *art. cit.*

L'historien Karl Marx développe, dans le Livre I du Capital, les imbrications entre l'infrastructure économique et la superstructure juridique, en prenant pour exemple la forme juridique du contrat :

*Pour mettre ces choses mutuellement en rapport comme marchandises, il faut que les gardiens des marchandises se comportent les uns envers les autres comme des personnes dont la volonté habite ces choses : si bien que chacun, en aliénant sa propre marchandise, ne s'approprie celle d'autrui que d'accord avec sa volonté, donc au moyen d'un acte de volonté commun à tous les deux. Ils doivent donc se reconnaître réciproquement comme propriétaires privés. Ce rapport juridique, qui a pour forme le contrat, développé ou non légalement, est un rapport de volontés dans lequel se reflète le rapport économique. Le contenu de ce rapport de droit ou de volonté est donné par le rapport économique proprement dit*²⁹².

Le droit ne sert ainsi qu'à instituer un rapport économique, et puisque celui-ci est fondé sur la disponibilité des biens, il institue la sphère marchande.

On retrouve cette critique de la « forme juridique » dans la série de cinq articles à propos des « débats sur la loi relative au vol de bois » que le jeune Marx écrit dans le *Rheinische Zeitung* en 1842. Il s'agit d'une critique de la nouvelle législation visant à criminaliser le ramassage de ramilles et brindilles mortes dans les forêts domaniales. Héritée du droit féodal, cette pratique dite du « vol de bois » est vitale pour les populations paupérisées. Face au droit positif, Marx cherche à légitimer le « droit coutumier de la pauvreté²⁹³ », qui dévie des rapports juridiques de propriété.

C'est donc la forme juridique qui permet au « droit bourgeois » de dominer sur les « droits des pauvres » en « privatis[ant] des communs²⁹⁴ ». La lutte pour défendre les communs, ici les ressources de bois mort des forêts domaniales, s'exprime chez Marx par la recherche d'une autre juridicité que le droit positif : « c'est dire qu'il existe des droits en dehors de ceux qui sont reconnus par la loi positive, le droit légal et le droit positif ne se superposent pas²⁹⁵ ». À travers la criminalisation des « vols de bois », Marx dénonce comment la « forme juridique » permet aux classes dominantes de légitimer leurs intérêts, au détriment de pratiques établies par la coutume.

²⁹² MARX Karl, *Le Capital. Livre premier*, Paris, PUF, 1993, p. 96-97, souligné par DOUET Yohan, « Le problème du dépérissement du droit chez Marx et Engels », in *Marx et le droit*, Institut Villey, Paris, Dalloz, « Droit et philosophie », 2019, vol. 10, p. 32.

²⁹³ DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 325-365.

²⁹⁴ M. H. MASCAT Jamila, « Marx et le vol de bois Du droit coutumier au droit de classe », in *Marx et le droit*, Institut Villey, Paris, Dalloz, « Droit et philosophie », 2019, vol. 10, p. 55-76.

²⁹⁵ XIFARAS Mikhail, « Marx, justice et jurisprudence une lecture des “vols de bois” », in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 1, vol. 15, 2002 p. 82.

Plus de soixante ans plus tard, le juriste soviétique Evgeny Pašukanis cherche à renouveler la théorie marxiste du droit en s'intéressant moins au contenu du droit, qu'à la forme du droit : « Marx montre (...) la condition fondamentale, enracinée dans la structure économique de la société même, de l'existence de la forme juridique²⁹⁶ ». Pašukanis identifie ainsi le droit comme un ensemble structurel, qui indépendamment des normes qu'il contient, produit et reproduit le système économique. En reprenant l'exemple du contrat, il réaffirme cette préexistence du rapport marchand sur le rapport juridique : « il faut que le rapport économique de l'échange existe pour que le rapport juridique du contrat d'achat et de vente puisse naître²⁹⁷ ». Or, l'abstraction découlant de ce rapport juridique considère les individus comme des sujets de droits « autonomes et responsables²⁹⁸ », et les extrait ainsi de leur condition sociale. Selon Pašukanis, la « forme juridique » masque et neutralise donc les rapports de pouvoir entre les individus. Ainsi, le droit est selon lui par essence un « droit bourgeois », dont les réformes sont insuffisantes pour en modifier ses fondements structurels²⁹⁹.

B. Les « outils du droit », un renouvellement de la théorie marxiste sur le droit

En France, le mouvement *Critique du droit*³⁰⁰ va aussi s'emparer de ces interactions entre forme économique et forme juridique. L'un de ses protagonistes, Antoine Jammaud, revient sur la distinction historique entre infrastructure économique et superstructure juridique héritée du marxisme. Selon lui, le droit n'agit pas comme une « sorte de “manteau” jeté sur des rapports “purement économiques” d'exploitation, mais plutôt comme “une forme de représentation et de médiation nécessaire des rapports sociaux de production (...) typiques du mode de production

²⁹⁶ PACHOUKANIS Evgueni Bronislavovitch, BROHM Jean-Marie et KORSCH Karl, *La théorie générale du droit et le marxisme, 1924*, Toulouse, l'Asymétrie, « Réverbération », 2018, p. 52.

²⁹⁷ *Ibid.* p. 82.

²⁹⁸ DOUET Yohan, « Le problème du dépérissement du droit chez Marx et Engels », in *Marx et le droit*, Institut Villey., Paris, Dalloz, « Droit et philosophie », 2019, vol. 10, p. 32.

²⁹⁹ PACHOUKANIS Evgueni Bronislavovitch, BROHM Jean-Marie et KORSCH Karl, *La théorie générale du droit et le marxisme, 1924, op. cit.*, p. 50.

³⁰⁰ Mouvement théorique et pédagogique animé par des juristes universitaires entre 1978 et 1987.

capitaliste” »³⁰¹. Ainsi, le droit serait moins un réceptacle, qu’un acteur puissant de la configuration des rapports économiques³⁰² : les « outils du droit » se révèlent comme des « instances d’institution du monde³⁰³ ».

À la même période, l’historien Edward Palmer Thompson entreprend une longue enquête sur les enclosures au XVIII^e siècle en Angleterre, dans laquelle il interroge la manière dont le droit a été utilisé pour criminaliser l’usage commun des terres domaniales. Par l’analyse du *Black Act*, cette loi de 1723 qui punit de pendaison le braconnage des cerfs, et démantèle progressivement tous les droits coutumiers sur les forêts royales et les parcs seigneuriaux, Thompson confirme que le droit est avant tout un instrument des classes dirigeantes (en l’occurrence les *Whigs*)³⁰⁴. Fort de l’héritage de Pašukanis, il souligne le phénomène de neutralisation des rapports sociaux que le *Black Act* établit en définissant le délit de braconnage « comme crime contre des choses, et non plus comme atteinte à des personnes³⁰⁵ » : « cela permettait à la loi de prendre, revêtue de sa robe de cérémonie, l’apparence de l’impartialité : elle était neutre quant à la position respective des individus et ne défendait que l’inviolabilité de la propriété des choses³⁰⁶ ».

Pourtant, il souhaite dépasser l’approche marxiste du droit, qu’il juge trop réductrice. Comme Jeammaud, il aborde le droit comme « une médiation spécifique et un terrain d’opposition de classes³⁰⁷ », et s’intéresse par conséquent à son instrumentalisation par les *Whigs*³⁰⁸.

Il met en évidence la part conflictuelle du droit, qui oppose les droits coutumiers hérités de l’époque médiévale, au droit de propriété absolu : « tout au long du XVIII^e siècle, les décisions judiciaires successives montrent que les juristes s’étaient convertis à l’idée de droit de propriété absolu, et que (là où il pouvait encore rester un doute) la loi abhorrait le désordre et les complexités du droit

³⁰¹ JEAMMAUD Antoine, Veinte años después : « Critique du droit » en Francia, *Crítica Jurídica*, n° 25, 2006, p. 115, souligné par JEAMMAUD Antoine, « Sur “Critique du droit” », Conférence Franco-American Legal Influences, Then and Now, 2011, Harvard Law School.

³⁰² LECLERC Olivier, « Matérialisme juridique et actes de langage », Journées d’étude *Autour des travaux d’Antoine Jeammaud*, juin 2010, Saint-Etienne, Lyon.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ THOMPSON Edward Palmer, *La guerre des forêts: luttes sociales dans l’Angleterre du XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 103.

³⁰⁵ *Ibid.* p. 87-88.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ THOMPSON Edward, « Modes de domination et révolutions en Angleterre », in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 2, vol. 2, 1976, p. 133-151.

³⁰⁸ Les Whigs désignent les militants qui s’opposaient à l’époque à l’absolutisme royal des Stuart, et prônaient un parlement fort. Ils incarnent selon Thompson « dans l’élite propriétaire, les intérêts marchands et financiers ».

d'usage³⁰⁹ ». Sur les terres royales, se confrontaient des définitions concurrentes du droit de propriété, une lutte pour laquelle les dominés se battaient « pour leurs droits et par le droit³¹⁰ ». Ils y défendaient par la coutume -et par l'action directe-, une « pratique agraire réelle, observée depuis des temps immémoriaux³¹¹ ». Ainsi, autant pour Jeammaud que pour Thompson, les rapports de classe s'expriment à travers les « formes du droit ». L'idée d'une réversibilité ou « indétermination du droit³¹² » se développe aussi outre-Atlantique dans le mouvement des *Critical Legal Studies* à partir des années 1970, qui défend la capacité du droit de se modeler à divers projets politiques. Ces perspectives ouvrent alors la possibilité pour les classes dominées, de pouvoir se saisir elles aussi des « outils du droit ».

Ce passage d'un droit *configuré* par les rapports économiques à un droit *configurant* les rapports économiques, relativise le déterminisme que la pensée marxiste traditionnelle attachait au droit. Le professeur Paolo Napoli poursuit cette réflexion sur les « outils du droit » en défendant leur autonomie idéologique : « les instruments du droit ne sont que des “armes” maniables dans des directions différentes, sans un telos intrinsèque qui les oriente vers un objectif exclusif. C'est leur force “technique” qui en favorise un usage potentiellement “apatride”³¹³ ». C'est à partir de ces nouvelles perspectives qu'il est possible de considérer une technique du droit politique, en faveur des communs.

II - La technique du droit, outil du commun

Par la lutte pour les communs, se développent différentes stratégies de mobilisation du droit. Si la voie de la réforme législative rencontre aujourd'hui principalement des échecs ou des avancées peu significatives en la matière, des usages du droit alternatifs se développent tant en sous-marin que par une mobilisation frontale. Modifier (A), hacker (B) ou encore déborder le droit (C) : la diversité de

³⁰⁹ THOMPSON Edward Palmer, *La guerre des forêts: luttes sociales dans l'Angleterre du XVIIIe siècle*, op. cit., p. 92.

³¹⁰ *Ibid.* p. 107.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² MARELLA Maria, « The constituent assembly of the commons (CAC) », Open Democracy, 2014, <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/mariarosaria-marella/constituent-assembly-of-commons-cac>.

³¹³ NAPOLI Paolo, « L'histoire du droit et le commun. Quelques éléments de réflexion », in *Du public au commun*, Paris, Collège International de Philosophie et l'Université de Paris 1 – Maison des Sciences Economiques, 2011.

stratégies rend compte de la réappropriation du savoir technique juridique comme une véritable arme pour le commun.

A. Modifier le droit

De nombreuses tentatives ont émergé en France pour faire reconnaître un statut particulier aux « biens communs » ou aux « communs », en vue de leur inférer une protection particulière. Inspirés des travaux italiens de la Commission Rodotà en 2007 qui ont essayé d'ériger les *beni comuni* en nouvelle catégorie juridique, le législateur français a voulu à plusieurs reprises faire évoluer le droit en ce sens.

Parmi ces tentatives, figurent d'abord celles qui ont voulu inclure au sein de projets de loi des dispositions propres à la protection des communs. Le premier projet de loi *Pour une République numérique*³¹⁴, promulguée le 7 octobre 2016, proposait notamment d'inscrire la notion de « biens communs informationnels », pour protéger les œuvres, créations et inventions susceptibles d'entrer dans le domaine public et permettre aux créateurs de s'émanciper du droit de propriété intellectuelle pour une circulation plus rapide ou large de ses œuvres. La disposition fut cependant retirée au cours des débats parlementaires, privilégiant les intérêts des industries culturelles et de la SACEM³¹⁵. La première rédaction de l'article sur les obligations réelles environnementales, au sein du *Projet de loi relatif à la biodiversité*³¹⁶, peut aussi être considérée, à la marge, comme une innovation juridique conçue pour s'approcher d'un modèle de gestion commune des terres.

D'autres projets et propositions de loi ont pour objectif principal d'inscrire la protection des communs, tant au niveau législatif que constitutionnel. Enregistrée le 5 mai 2020, la *Proposition de loi constitutionnelle visant, face à la crise actuelle à construire le monde d'après fondé sur la préservation des biens communs*³¹⁷, a souhaité constitutionnaliser l'engagement de l'État à protéger les « biens communs mondiaux ». Il s'agissait, en autres, de réviser l'article 1^{er} de la Constitution en y ajoutant : « Elle garantit la préservation de l'environnement, de la biodiversité, du climat, de l'eau,

³¹⁴ Loi n° 2016-1321, 7 octobre 2016, pour une République numérique.

³¹⁵ « Donner un statut juridique aux « communs » », *Multitudes*, vol. 66, no. 1, 2017, p. 53-55.

³¹⁶ Projet de loi n° 1847, 26 mars 2014, relatif à la biodiversité.

³¹⁷ Proposition de loi organique n° 4576, 18 octobre 2021, pour une protection des biens communs.

de la santé, des communs informationnels et de la connaissance et des autres biens communs mondiaux ».

Plus tard, la *Proposition de loi n° 4590 créant un statut juridique des biens communs*, enregistrée le 19 octobre 2021, souhaitait compléter l'article 714 pour y inclure un alinéa spécifique :

Le statut de bien commun peut être attribué à des biens matériels ou immatériels, quel que soit leur régime de propriété, au regard de leur destination commune, de l'usage collectif qui en est ou pourrait en être fait, de leur caractère de ressource nécessaire à toutes et tous, des droits fondamentaux qui peuvent s'y rattacher, de l'histoire collective qui a permis leur constitution ou encore, de leur caractère de rareté et de leur caractère patrimonial remarquable eu égard aux menaces qui pourraient les mettre en danger³¹⁸.

La doctrine a mis en évidence les faiblesses de cette proposition, qui déploie une liste de critères peu discriminants pour définir la qualification de bien commun³¹⁹. Une proposition de loi organique complémentaire précise que le CESE pourra être saisi, par une démarche citoyenne, par une résolution parlementaire, ou par lui-même, en vue reconnaître le statut à un type de bien : la qualification de bien commun dépendra donc, selon le professeur Benoît Grimonprez, de dispositions ultérieures, au cas par cas.

Aucune de ces tentatives n'ont encore porté leurs fruits dans le droit positif, mais les rapports des projets et propositions témoignent d'un intérêt sérieux et croissant pour la protection juridique des communs. Face à l'absence de « droit commun des biens communs³²⁰ », le détournement d'outils juridiques existants se manifeste comme une pratique du droit oeuvrant concrètement pour non seulement protéger mais aussi instituer le commun.

B. Détourner le droit

Le *Mietshäuser Syndikat*. Au travers de l'exemple du *Mietshäuser Syndikat*, la juriste Bettina Barthel développe la notion de *legal hacking* (ou « piratage juridique ») comme une forme d'usage tant stratégique que politique du droit³²¹.

³¹⁸ Proposition de loi n° 4590, 19 octobre 2021, créant un statut juridique des biens communs.

³¹⁹ GRIMONPREZ Benoît, « Les biens communs aux portes du Code civil », *Revue de Droit Rural*, Editions techniques et économiques, LexisNexis (en ligne), 2022.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ BARTHEL Bettina, « Legal hacking und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats », in *Zeitschrift für kritik - recht - gesellschaft*, n° 3, 2020.

Stratégique d'abord, car cette méthode permet de faire exister les communs, au sein même des structures marchande et étatique, comme une « pratique quotidienne résistante³²² ». Elle produit un effet immédiat, concret sur les conditions d'existence des collectifs d'habitants, qui disposent de loyers abordables, et d'un lien d'habitation pérenne.

Politique ensuite, car elle donne à voir un usage du droit émancipateur, qui privilégie le collectif et l'utilité sociale de la propriété, à contre-courant des usages dominants. Ici se dévoile le commun, dans la construction d'une organisation sociale basée sur l'autogestion des collectifs et d'une solidarité entre lieux.

Pourtant, dans la pratique, cette méthode de détournement légal n'est pas exempte de failles. L'usage singulier de certains mécanismes juridiques rend le montage vulnérable aux changements législatifs, qui pourraient fragiliser ou invalider ces pratiques marginales. Barthel prend l'exemple d'un projet de loi sur les placements financiers en 2014 et 2015, destiné à protéger les petits investisseurs en renforçant les obligations de publication. Ces formalités, lourdes et coûteuses, auraient empêché les micro-prêts dont dépendent l'économie de la structure. Après une mobilisation massive, le *Mietshäuser Syndikat*, aux côtés d'autres acteurs de l'économie « alternative » allemand, ont réussi à obtenir des dérogations spécifiques à leur statut, qui leur permettent de sortir du champ d'application de la loi.

Par ailleurs, la complexité des montages requiert un haut niveau d'expertise, ce qui concentre le savoir juridique dans les mains d'une poignée de personnes au sein de l'association. La plupart se forme seule sur ces enjeux juridiques, parfois en collaboration avec des juristes internes ou externes au *Mietshäuser Syndikat*. Le *legal hacking* nécessite en l'espèce une excellente maîtrise du droit des affaires, indispensable pour sécuriser et pérenniser le modèle.

Enfin, cet usage du droit reste une solution précaire. Il n'attaque pas « l'architecture du système », mais il en exploite les failles, tout en faisant entrevoir « la possibilité d'un ordre économique et de propriété dans lequel cela ne serait pas nécessaire³²³ ».

³²² *Ibid.*

³²³ BARTHEL Bettina, « Legal hacking und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats », in *Zeitschrift für kritik - recht - gesellschaft*, n° 3, 2020, p. 366.

La Foncière Antidote. Les intentions de « détournement du droit » se manifestent ouvertement dans l'usage que fait la Foncière Antidote du fonds de dotation. Initialement pensé pour la philanthropie à des fins d'utilité sociale, le fonds de dotation devient ici une technique permettant l'indisponibilité de certaines ressources, et favorise ainsi l'institution du commun.

C'est donc une solution opératoire et immédiate, préférant le *hic et nunc* qu'offre le droit positif dans la construction d'un droit au service des communs. « Utiliser les armes du capitalisme pour se les réapproprier³²⁴ », tel est le leitmotiv de la Foncière, reprenant ainsi l'héritage du *Mietsbauers Syndikat*. Pour Quentin, membre de la Foncière Antidote, la vraie subversion du fonds de dotation n'est pas le simple détournement de l'objet juridique à des usages militants, mais la prise de conscience « que la logique capitaliste est nuisible à nos constructions collectives et qu'il faut s'en défaire³²⁵ ». De nouveau, le projet politique du commun agit comme une brèche par laquelle imaginer un système économique et juridique alternatif.

Cet usage du fonds de dotation essaime à divers endroits, soutenant là, l'indépendance journalistique³²⁶, là, la préservation des terres de la ZAD (Zone à défendre) de Notre-Dame-des-Landes³²⁷. Dans ce dernier cas, le fonds de dotation a été évoqué en second temps de la lutte à la ZAD, dans un objectif de pérennisation de l'occupation des terres après 2018³²⁸. Après des années de luttes, ces démarches de légalisation, de jeu avec un système juridique modelé par le néolibéralisme, divisent. Les initiateurs du fonds de dotation *La terre en commun* défendent une recherche de réinterprétation de cet outil au service des communs : « Nous essayons de frayer un chemin qui ne soit ni celui de la propriété privée ni celui de la propriété publique : une forme de

³²⁴ « On aimerait inventer du droit mais pour l'instant on fait avec l'existant » : Radio Galoche, « DESPÉCULER ! Pour en finir collectivement avec la propriété privée », émission de radio diffusée le 25 avril 2021, 1h30.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ L'exemple est ici le fonds de dotation *Le Fonds pour une Presse Libre (FPL)* dont l'objet est « de défendre la liberté de l'information, le pluralisme de la presse et l'indépendance du journalisme ; contribuer à la protection du droit de savoir et de la liberté de dire à l'heure de la révolution numérique ; promouvoir un journalisme d'intérêt public, portant des valeurs humanistes, au service du bien commun et de l'égalité des droits, du rejet des discriminations et du refus des injustices ».

³²⁷ LAVOCAT Laurène, « Le fonds de dotation, une brèche dans la conception française de la propriété privée », in *Reporterre*, 25 oct. 2019.

³²⁸ Cette époque se caractérise par des négociations échouées avec l'Etat et les pouvoirs publics locaux, ainsi que la répression militaire au printemps 2018.

propriété commune, fruit d'une association inédite entre habitants, paysans, usagers, naturalistes, chercheurs³²⁹ ».

Ces détournements participent ainsi de la désacralisation du droit : les collectifs, comme celui de la Foncière Antidote, se forment en autodidactes sur le droit des affaires et n'hésitent pas à « bricoler » avec les techniques juridiques à leur disposition. Un *savoir-faire juridique* se construit petit à petit, loin de la doctrine et des spécialistes du droit.

C. Déborder le droit

La lutte pour les communs contient une part de friction avec le droit existant. Il n'est pas rare que les collectifs revendiquent un espace ou une ressource par des techniques d'occupation considérées comme illégales, sans attendre quelconque aval du droit sur les pratiques qui leur semblent légitimes pour protéger et instituer le commun. À Dijon, un collectif d'habitants se mobilise depuis 2011 contre un projet dit d'écoquartier, en occupant et cultivant des terres maraîchères. Après avoir mis de côté le terrain juridique pendant quelques années, ils et elles décident de se saisir des enjeux propres au droit de l'urbanisme, en s'intéressant spécifiquement au Plan Local d'Urbanisme (PLU)³³⁰, document de réglementation des sols. En définissant l'usage des sols, il répond d'une dynamique d'affectation des ressources à une fonction déterminée.

Le rapport au monde qu'institue le PLU, empreint d'une logique de disponibilité totale des terres et donc une valorisation marchande des zones, ne correspond pas aux aspirations du collectif des Lentillères. Celui dénonce « l'ultra-densification des zones urbaines, une exploitation sans limite des terres sur les zones agricoles et une mise sous cloche de la nature dans les zones naturelles » permis par le PLU. Il tente de dessiner par ce même outil juridique du zonage, un autre rapport entre les communautés humaines et leur environnement. Alors que le PLU voté en décembre 2019 classe les Lentillères en Zone À Urbaniser, les militantes et militants vont imaginer un nouveau type de zonage, la « Zone d'Ecologie Communale » (ZEC), qui favorise l'institution de communs sur le territoire. Le projet de « Zone d'Ecologie Communale » est développé dans *La ZEC - Tordre le*

³²⁹ LAVOCAT Laurène, « Le fonds de dotation, une brèche dans la conception française de la propriété privée », *art. cit.*

³³⁰ Code de l'urbanisme, art.L.123-1.

droit pour défendre les Lentillères, sous le format de « brochure », conçue pour être facilement répliquable et distribuable. Rédigées dans un langage accessible, qui rompt avec la rédaction habituelle des documents d'urbanisme, les premières lignes du projet rendent compte d'une approche sensible au zonage des terres :

Les Zones d'Écologies Communales (ZEC) regroupent des zones présentant un intérêt environnemental manifeste dans lesquelles sont développées des écologies multiples.

Ces écologies y sont caractérisées par la richesse des relations sensibles, culturelles, coutumières et sociales que les personnes usagères de ces zones entretiennent avec l'environnement présent, autant que par une volonté de préservation de la biodiversité.

Ces zones sont dites communales parce qu'elles pratiquent une forme de propriété qui n'est pas conçue comme une appropriation personnelle ou une privatisation mais comme un usage commun.

Les éléments naturels, les chemins, ainsi que certaines constructions ou certains usages sont considérés comme des « communs », dans le sens où ils concernent et ils responsabilisent l'ensemble des usagères.

Une pluralité de formes d'occupation des sols peut y exister car elles s'articulent et se nourrissent mutuellement pourvu que leurs usages soient durables. S'y entremêlent de l'habitat, des espaces cultivés, des espaces communs, des espaces de nature, etc.

Ces usages sont interdépendants et ne s'envisagent que comme tels, ce qui induit nécessairement des attentions réciproques aux besoins et conditions de vie de l'ensemble du milieu vivant.

On nomme « usagères » les personnes qui habitent, cultivent, prennent soin, donnent vie aux lieux et portent une attention accrue à ce qui compose ces Zones d'Écologies Communales. Ces personnes sont rassemblées en une Assemblée des usagères.

Cette lutte mobilise le droit de l'urbanisme autant comme une arme que pour produire une réalité à venir, qui ne peut exister dans le paysage juridique actuel. La technique du droit agit comme une vision prospective de nouveaux rapports juridiques à inventer : les habitants et habitantes du Quartier Libre des Lentillères défendent la ZEC comme « une case à créer pour arracher un peu d'espace au code de l'urbanisme³³¹ ». Pourtant, celle-ci n'est pas considérée comme une panacée : les militants et militantes des Lentillères sont conscients des limites du juridique. D'abord, ils et elles soulignent le caractère réversible de la technique du droit : « Est-ce qu'on ne risque pas, si on

³³¹ ZEC : *Tordre le droit pour défendre les Lentillères*, Dijon, Quartier libre des Lentillères, 2021.

invente des nouvelles formes de droit pour habiter ensemble, que cette forme soit utilisée par des groupes de gens dans d'autres buts, avec des idéologies qui ne nous conviennent pas ?³³² ».

Puis questionnent le potentiel de domination engendrée par le savoir juridique. Celui doit avant tout servir à « traduire dans le juridique ce qui existe³³³ ». Si la nécessité de disposer de compétences techniques appelle à constituer un groupe de travail spécifique, le collectif s'attache à favoriser la transmission de savoir et de ne pas faire du droit la seule boussole pour la lutte : « il faut penser des contre-pouvoirs pour faire que celles et ceux qui ont les compétences ne deviennent pas complètement centraux. La place du groupe juridique, c'est peut-être un peu celle de la médiation entre nos expériences de lutte et le monde des experts juridiques³³⁴ ».

De la même manière que la mobilisation juridique autour de l'*Ex Asilo Filangieri* a conduit à terme à faire reconnaître et légaliser, par l'*uso civico*³³⁵, une occupation considérée illégale au regard du droit italien de la propriété, l'occupation des Lentillères fait primer le combat politique avant le droit, dans une perspective d'« illégalité légitime³³⁶ » : « C'est pas la case juridique qui compte mais c'est la mobilisation. C'est le fait de déborder le droit qui fait qu'au final 'on a le droit'³³⁷ ».

Ces rapports complexes aux institutions juridiques renvoient à une mise en garde de Pierre Dardot sur les limites du juridique dans la lutte pour les communs³³⁸. Il rappelle d'abord que le droit ne peut embrasser et circonscrire la densité des « pratiques collectives de résistance » que constituent les communs. Puis ajoute qu'il faut reconnaître ces limites vis à vis de la politique entendue comme « comme activité de mise en commun »³³⁹. Une militante en témoigne : « Ce n'est pas le PLUi qui crée la pérennité de ce qui se passe ici, c'est le rapport de force politique, les liens entre nous³⁴⁰ ».

³³² Les propos cités proviennent d'une interview menée le 30 août 2020, dans le cadre des rencontres « ZADenVies » qui se sont tenues à Notre-Dame des Landes.

³³³ *Le droit et les territoires en lutte : quelques retours d'expériences*, <https://lentilleres.potager.org/le-droit-et-les-territoires-en-lutte-quelques-retours-dexperiences/>, consulté le 6 mai 2022 : les propos sont extraits d'une interview d'une adhérente de l'association Notre Affaire à Tous.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ cf. Chapitre I, Partie II.

³³⁶ MARELLA Maria Rosaria, « La propriété reconstruite : conflits sociaux et catégories juridiques », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Pierre Charbonnier et traduit par Daniela Festa, #16, 1 octobre 2016, p. 195-210.

³³⁷ *Le droit et les territoires en lutte : quelques retours d'expériences*, *op. cit.*

³³⁸ DARDOT Pierre, « Les limites du juridique », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, #16, 1 octobre 2016, p. 257-270.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Le droit et les territoires en lutte : quelques retours d'expériences*, *op. cit.*

En reconnaissant le droit comme terrain de luttes, Pierre Dardot et Christian Laval affirment la nécessité d'investir le juridique, car « rien ne serait pire que d'abandonner le droit à ceux qui font profession de l'édicter³⁴¹ ». Il s'agit désormais d'appréhender comment le langage juridique contraint, et produit à la fois, les pratiques de commun qu'il cherche à instituer. Au caractère « forcément fluide et expérimental de toute forme de mise en commun³⁴² », se dresse l'abstraction et la rigueur du droit et de ses techniques.

³⁴¹ DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXIe siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 23.

³⁴² FEDERICI Silvia, *Réenchanter le monde - Féminisme et politique des communs*, Entremonde, « Rupture », 2022, p. 25.

Section 2 - Vocabulaire juridique pour le commun

Traduire en droit, est-ce trahir la réalité de ce qui façonne le commun, ou s'agit-il de participer à produire de nouvelles réalités qui le construisent ? Le langage juridique, fort de son abstraction et des fictions qu'il construit, forme et déforme le commun. Par la réduction à des termes généraux et abstraits, il est susceptible d'appauvrir la réalité sociale des pratiques de commun. À l'inverse, ce substrat juridique permet d'inventer à partir du droit de nouvelles réalités. Selon la pensée de Yan Thomas, le juriste agirait comme « le détenteur d'un savoir-faire convoquant la richesse des sources textuelles, utilisant toutes les ressources de la praxis et de la technè³⁴³ ».

À travers l'étude du vocabulaire juridique qui accompagne les pratiques de commun précédemment exposées, nous pouvons distinguer deux postures distinctes. La première consiste à utiliser la fiction juridique au profit d'un nouvel usage politique, en vidant l'institution juridique de sa substance (I). La seconde consiste à traduire des pratiques de commun dans un langage juridique. Ainsi, au travers de néologismes juridiques, le droit invoque le commun (II).

I - Fictions juridiques : vider l'institution juridique de sa substance

La fiction juridique, définie comme un « artifice de technique juridique³⁴⁴ », permet de produire à partir du droit, une autre réalité sociale. « La personne juridique devient aussi réelle que l'être humain, la propriété que le rapport d'une personne à un bien, l'État que l'entité politique et administrative qu'il désigne³⁴⁵ » : Rafael Encinas de Munagorri met en évidence le lien que trace le droit entre le langage abstrait et son pouvoir de transformation du réel. À travers l'étude de la personne morale (A) et de la propriété au sein du tandem indisponibilité-affectation (B), nous montrerons comment l'usage fictionnel de certaines techniques du droit donne une existence juridique au commun.

³⁴³ THOMAS Yan, HERMITTE Marie-Angèle et NAPOLI Paolo, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard Seuil, « Hautes études », 2011, p. 12.

³⁴⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2022, p. 989.

³⁴⁵ MUNAGORRI Rafael Encinas de, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 711.

A. La personne morale

Largement employée au sein des pratiques de commun, la personne morale permet de donner forme, d'instituer juridiquement une communauté donnée. La privatiste Aurore Chaigneau décrit celle-ci comme une « technique de représentation qui consiste à consacrer la fiction d'un sujet porteur d'un intérêt autre que celui de ses membres fondateurs³⁴⁶ ». Grâce à sa personnalité juridique, elle porte une voix commune, transcendant les volontés et intérêts individuels. C'est à la fois un sujet de droit *ad hoc*, doté d'un objet social pérenne et d'un *affectio societatis* qui matérialise un objectif commun, mais aussi un espace de délibération, élaboré par les dispositions statutaires, qui formalise la gouvernance au sein de la communauté³⁴⁷. Elle offre aux *commoners* une organisation sociale (association, fonds de dotation, coopérative...) qui promet un cadre propice aux pratiques de commun.

Comme décrit dans les montages de « propriété d'usage » précédemment exposés, la personne morale peut détenir des biens, et les affecter à une fonction déterminée. En l'espèce, les structures propriétaires sont pensées comme des coquilles vides, uniquement destinées à porter la propriété du bien. L'usage qui est fait de la personne morale, apporte une nouvelle dimension à cette fiction juridique, puisqu'elle vide celle-ci de sa substance. Face à l'absence de régime juridique des communs, ou d'institutions juridiques qui répondent au projet politique du commun, cet usage fictionnel de la personne morale fait figure d'une forme de « résistance juridique ».

B. La propriété marquée par le tandem indisponibilité-affectation

Le tandem indisponibilité-affectation transforme le rapport de propriété qu'entretiennent les propriétaires aux choses. Il se caractérise par un fort degré d'abstraction, qui soustrait à l'institution de la propriété, son unicité, son absolutisme et son exclusivité.

D'une part, Blandine Mallet-Bricout met en lumière la manière dont l'affectation transforme le droit de propriété : « la propriété s'éloigne, sous d'autres formes, d'un droit des biens ancré dans la

³⁴⁶ CHAIGNEAU Aurore, « Une propriété affectée au commun » in CHAIGNEAU Aurore (dir), *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, Paris, Société de législation comparée, « Droit comparé et européen », 2017, vol. 27.

³⁴⁷ *Ibid.*

matérialité des choses pour mieux se tourner vers un droit des biens marqué d'abstraction, laissant ainsi exploser toutes ses virtualités³⁴⁸ ».

D'autre part, l'indisponibilité porte l'héritage romain d'un régime juridique fictionnel, destiné à protéger certaines choses « du temps et des aléas³⁴⁹ ». Cette mise en réserve donnait l'apparence que les choses détenaient leur propre titularité, et par ce biais, rendait inopérant toute mise en œuvre de prérogatives propriétaires sur les choses affectées.

On retrouve aussi cet usage de la fiction dans d'autres cultures juridiques, comme dans l'ethnie Kasena (Afrique de l'Ouest). Le mécanisme d'indisponibilité est au cœur de leur rapport au sol. Bien que la propriété privée foncière régit la plupart des relations entre les habitants et la Terre, « un interdit fondamental, encore en vigueur dans une grande partie des campagnes, frappe l'acte de vendre la Terre³⁵⁰ ». Les fictions sont approchées comme « de[s] montages symboliques qui s'imposent à tous et qui ont des effets dans le façonnement de la réalité, en dotant les sujets de capacité d'agir³⁵¹ ».

Ainsi le tandem indisponibilité-affectation, en ce qu'il vide le droit de propriété de ses prérogatives essentielles, donne à voir un usage fictionnel de la propriété.

Alors que la fiction juridique part du langage juridique pour décrire une pratique de commun, les néologismes juridiques s'emploient à faire le contraire, c'est-à-dire à faire advenir le commun, par le langage juridique.

II - Néologismes juridiques : invoquer le commun par le droit ?

Le paradigme propriétaire a tellement imprégné la représentation de la relation de propriété, que l'on tend à employer aujourd'hui la notion d'*appropriation* pour désigner le lien d'une personne à une chose extrait de cet absolutisme. Lorsque les *commoners* décrivent les rapports qu'ils

³⁴⁸ MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014, p. 578.

³⁴⁹ THOMAS Yan, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », in *Annales*, n° 6, vol. 57, 2002, p. 1431-1462.

³⁵⁰ LIBERSKI-BAGNOUD Danouta, « La face inappropriable de la Terre. Une autre façon d'instituer le rapport au sol et aux choses (Afrique de l'ouest) », in *Revue juridique de l'environnement*, n° HS18, spécial, 2019, p. 46.

³⁵¹ *Ibid.* p. 49.

construisent vis-à-vis du bien, ils et elles cherchent à se distinguer de l'idée de propriété, telle qu'elle est entendue et répliquée. La conception juridique des communs, dans sa capacité à « dissocier les différentes prérogatives et utilités associées généralement à la propriété », participe à la « déconstruction du droit de propriété, de sa centralité et de son intangibilité³⁵² ». La « propriété d'usage » (A) et la « transpropriation » (B) sont autant de néologismes juridiques déployés pour décrire les pratiques de commun. En s'émancipant de cet « imaginaire propriétaire³⁵³ », ils proposent, là encore, une nouvelle réalité par le langage.

A. La « propriété d'usage »

La description des pratiques par la « propriété d'usage » illustre une forte dimension pédagogique de la part des *commoners*. Ce concept cherche à rendre transparente une pratique complexe, celle de l'entrelacement de structures portant distinctement la gestion d'une part et la propriété du lieu d'autre part. La haute technicité des relations entre ces structures est ici résumée dans son principe substantiel, celui de faire primer l'usage sur la titularité du lieu.

Ce néologisme permet aux non-juristes de comprendre immédiatement la portée subversive de ces communautés, dans ce qu'elles renversent l'image mythique du droit de propriété. Il porte en lui une fonction qualifiante puisqu'il rassemble la pluralité des pratiques (*GmbH*, fonds de dotation, fédérations d'associations etc.) sous un même concept.

Le terme de « propriété d'usage » renvoie aussi à la réappropriation du langage juridique par les communautés elles-mêmes. En s'affranchissant des catégories proposées par le droit positif, elles affirment leur capacité à décrire leurs propres expériences politiques, et à mobiliser le savoir juridique aux fins de l'institution du commun.

B. La « transpropriation »

³⁵² MARELLA Maria Rosaria, « La propriété reconstruite : conflits sociaux et catégories juridiques », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Pierre Charbonnier et traduit par Daniela Festa, #16, 1 octobre 2016, p. 195-210.

³⁵³ OST François, MISONNE Delphine et CLIPPEL Marie-Sophie DE, « Propriété et biens communs », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte (ARSP-B)*, vol. 154, 2016, p. 148.

La « transpropriation », néologisme proposé par François Ost dans son ouvrage *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*³⁵⁴, désigne une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires³⁵⁵ ». Il s'agit de concilier propriété privée et intérêt commun, en reconnaissant la diversité des usages liés à un bien par la mise en place de droits d'accès, de gestion et de contrôle³⁵⁶. Articulée autour de l'idée de responsabilité, la « transpropriation » lie des devoirs à l'exercice du droit de propriété. Ainsi, les propriétaires assurent la jouissance de leur bien à l'égard des membres d'une communauté « intéressée et reconnue socialement légitime à en bénéficier³⁵⁷ », ou « communauté diffuse³⁵⁸ » pour reprendre la terminologie proposée par Judith Rochfeld. Cet instrument, essentiellement prospectif, se veut être un outil conceptuel pour « renouveler la protection de l'environnement ». En rupture avec l'« appartenance-maîtrise », et comme l'indique le préfixe, la « transpropriation » vend la promesse d'une propriété prenant compte de l'ensemble des intérêts liés au bien ou à la ressource³⁵⁹. François Ost cherche ainsi à imaginer un concept juridique qui sorte de la vision hégémonique de la propriété. On retrouve d'autres formules, comme celles de *bundle of rights*³⁶⁰, ou de *propriété inclusive*³⁶¹, qui illustrent les multiples tentatives de la doctrine de rendre compte d'un autre rapport de propriété.

Productions de la doctrine ou des *commoners*, les néologismes juridiques cherchent à contourner l'héritage du droit de propriété. Ils manifestent, dans leur énoncé même, un démantèlement du droit de propriété, et invoquent un nouveau rapport aux choses. Le langage juridique est ici utilisé comme une traduction des pratiques de commun, qui se veut aussi invocatrice.

³⁵⁴ OST François, *La nature hors la loi: l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Découverte, 2003.

³⁵⁵ OST François, MISONNE Delphine et CLIPPELE Marie-Sophie DE, « Propriété et biens communs », *art. cit.*, p. 149.

³⁵⁶ OST François, « Transpropriation », in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 2518.

³⁵⁷ ROCHFELD Judith, « Accès (enjeux théoriques) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 52.

³⁵⁸ ROCHFELD Judith, « Quel(s) modèle(s) juridiques pour les « communs » ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété », in *Propriété et communs, les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, Paris, 2013.

³⁵⁹ OST François, « Transpropriation », in CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 2521.

³⁶⁰ ORSI Fabienne, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », in *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2014, p. 371-385.

³⁶¹ GIRARD Fabien, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux Repenser la propriété à partir du bundle of rights », in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 6, 1 décembre 2016, p. 185-236.

Fictions du droit et néologismes juridiques prennent place dans le vocabulaire juridique décrivant et prescrivant l'institution du commun. Véritable langage de l'expérience politique des communs, le droit participe à définir les pratiques, construisant alors une réalité sociale hors de rapports de propriété traditionnels. Si la juriste Mireille Delmas Marty invoque « les forces imaginantes du droit » pour changer de paradigme juridique³⁶², il semble nécessaire de garder à l'esprit les conditions de production et de reproduction du droit et du savoir juridique.

³⁶² CAMPROUX DUFFRÈNE Marie-Pierre, « Les communs naturels, de l'intérêt à l'action en défense », in *Le principe de solidarité écologique : approche prospective*, Vertigo numéro spécial 2021, à paraître.

Conclusion du chapitre

Le droit peut-il participer au réenchancement du monde³⁶³ que promet le commun ? Tantôt perçu comme un instrument reproduisant la domination des classes dominantes et de l'Etat, tantôt comme un « outil démocratique pour la lutte des droits humains et environnementaux³⁶⁴ », le droit révèle son ambivalence dans son usage au service des communs.

Une question traverse ces différents usages du droit, celle de la tension entre l'institution et le mouvement : « les institutions du commun cherchent alors à traduire en règles de gouvernement (gouvernance ?) la plasticité des pratiques de commoning, au regard des nouvelles revendications et des subjectivités émergentes³⁶⁵ ». Tout l'enjeu réside dans le tracé d'un droit du commun qui embrasse la multiplicité de ces pratiques et expériences³⁶⁶. Il s'agit, par la mobilisation de techniques juridiques, de dépasser la puissance incantatoire du commun pour construire un modèle théorique « opératoire³⁶⁷ ».

³⁶³ FEDERICI Silvia, *Réenchancer le monde - Féminisme et politique des communs*, *op. cit.* p. 28.

³⁶⁴ FESTA Daniela, « VI. Biens communs et usages du droit » : in *L'alternative du commun*, s.l., Hermann, 2019, p. 103-114.

³⁶⁵ DARDOT Pierre, « Les limites du juridique », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, #16, 1 octobre 2016, p. 257-270.

³⁶⁶ FESTA Daniela, « VI. Biens communs et usages du droit », *op. cit.*

³⁶⁷ DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 289.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Le commun, tant par l’imaginaire économique et politique qu’il convoque, que par les pratiques qui le soutiennent, érode le droit de propriété. Le tandem indisponibilité-affectation est un instrument prometteur pour renouveler les rapports des communautés aux choses qu’elles détiennent. La valeur marchande est délaissée au profit d’une valeur sociale ou environnementale du bien, renouvelant la portée fonctionnelle du droit de propriété. En retour, le droit participe aussi à former et faire advenir le commun. Le droit de propriété, absolu et exclusif, agit comme un repoussoir fertile pour penser des rapports juridiques alternatifs. Les usages stratégiques et fictionnels du droit dans la lutte pour les communs révèlent la part d’ambivalence qui réside entre pratiques juridiques et communs.

Par ailleurs, les pratiques de commun se heurtent à des limites conséquentes dans le renouvellement des approches du droit de propriété. Le droit des biens, construit sur une opposition sujet/objet, peine à appréhender une relation de responsabilité des humains à l’environnement qui les entoure : « les choses créancières des personnes est un total renversement de perspective et un champ expérimental pour la recherche juridique³⁶⁸ ». Là semble résider les nouveaux défis auxquels les juristes doivent se confronter pour saisir juridiquement les communs.

³⁶⁸ GRIMONPREZ Benoît, « Les contributions du droit des biens à la préservation du vivant », *Les apports du droit privé à la protection de l’environnement*, Mare et Martin, A paraître.

CONCLUSION GÉNÉRALE

C'est précisément cette sensation de vivre aux bords d'un volcan qui rend encore plus cruciale la reconnaissance du fait qu'au milieu de tant de destruction, un autre monde, défiant l'hégémonie du capital et de l'Etat et affirmant notre indépendance et notre capacité à coopérer, grandit, comme l'herbe dans les fissures des trottoirs urbains³⁶⁹.

Silvia Federici, *Réenchanter le monde - Féminisme et politique des communs*

Depuis les communautés et leurs revendications, naissent les prémisses d'une lecture juridique du commun. Dans les espaces où se construisent les pratiques de commun, les expérimentations juridiques se développent, taillent des brèches dans un droit positif inhospitalier. C'est donc loin des sources du droit privilégiées par la recherche juridique que ces expériences se rendent visibles. L'absence de jurisprudence et le faible nombre de textes constitutionnels, législatifs ou réglementaires, obligent le juriste à regarder ailleurs. A rebours, le commun se dessine minutieusement au sein de contrats, statuts, ou règlements intérieurs. L'indisponibilité et l'affectation, ces notions que nous avons investi pour saisir juridiquement le commun, se nichent en effet, dans ces sources juridiques « d'en bas ». Ce sont les règles, définies par la communauté gravitant autour de la ressource, qui deviennent la matière première pour nourrir la recherche juridique sur les communs. Le tandem indisponibilité-affectation, pétri par l'histoire du droit public, est ici éprouvé par les instruments juridiques de droit privé tels que les montages associatifs, les fonds de dotation, ou certains contrats. Ce double mouvement porte une définition dynamique sur ces pratiques, et propose une hypothèse de ce qui constitue juridiquement le « propre du commun ».

³⁶⁹ FEDERICI Silvia, *Réenchanter le monde - Féminisme et politique des communs*, Entremonde, Genève, « Rupture », 2022, p. 17.

Comment se positionner en tant que juriste ? Plus précisément, « comment oser un droit du commun sans compromettre un projet politique qui se conçoit de façon ascendante à partir des expériences plutôt qu'à l'ombre des institutions traditionnellement vouées à la création du droit ?³⁷⁰ ». C'est par le pari de la technique du droit, qu'il nous semble envisageable de décrire et soutenir juridiquement l'institution du commun. Plastique et modulable, elle offre un potentiel d'assemblage créatif et d'usages souples et politiques du droit. Elle permet ainsi à des non-juristes de se réapproprier un savoir pratique et de le mobiliser selon leurs propres fins.

L'institution du commun semble donc être un lieu susceptible de renouveler une approche politique du droit. En reconnaissant l'héritage considérable des luttes sociales passées et présentes dans la défense et la construction de communs, certains juristes participent à documenter ces pratiques et les traduire dans le langage juridique. D'autres s'investissent plus directement en mettant leur « savoir-faire » au service de ces mobilisations. Depuis le *Mietshäuser Syndikat* à l'*Ex Asilo Filangieri*, ils et elles accompagnent et participent aux luttes sociales et environnementales que portent l'institution du commun. La « Déclaration d'usage civique et collectif », issue d'une rédaction collective des occupants de l'*Ex Asilo Filangieri*, constitue spécifiquement l'une des promesses les plus emblématiques d'une mobilisation du droit au service du commun. Elle illustre une production du droit qui s'opère de manière ascendante, depuis le mouvement social et la volonté citoyenne³⁷¹. L'étude de cet instrument pourra utilement éclairer l'angle mort du tandem indisponibilité-affectation, à savoir l'approche juridique de la communauté.

³⁷⁰ FESTA Daniela, « VI. Biens communs et usages du droit »: in *L'alternative du commun*, s.l., Hermann, 2019, p. 103-114.

³⁷¹ SAUVÈTRE Pierre, « Quelle politique du commun ? », in *SociologieS*, « Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ? », 2016.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires et encyclopédies

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2022.

CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd. mise à jour., Paris, PUF, « Quadrige », 2021.

Ouvrages

CHAIGNEAU Aurore (dir.), *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, Paris, Société de législation comparée, « Droit comparé et européen », 2017, vol. 27.

DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun: essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, 592 p.

FEDERICI Silvia, *Réenchanter le monde - Féminisme et politique des communs*, Genève, Entremonde, « Rupture », 2022, 304 p.

GUINCHARD Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, « Bibliothèque de droit privé ; t. 145 », 1976, 429 p.

ISRAËL Liora, *L'arme du droit*, 2^e éd. actualisée., Paris, Les Presses de Sciences Po, « Contester », 2020.

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ-MARENGO Ève et FONDATION DES TREILLES (TOURTOUR, FRANCE) (éd.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité?*, Paris, Mare & Martin, « Droit, science & environnement », 2017, 325 p.

HUBRECHT Hubert-Gérald, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, « Cours Dalloz Série droit public - science politique », 1997, 366 p.

MARIS Virginie, *Philosophie de la biodiversité: petite éthique pour une nature en péril*, Nouvelle édition revue et Augmentée., Paris, Buchet-Chastel, « La verte », 2015.

- OSTROM Elinor, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action.*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- PACHOUKANIS Evgueni Bronislavovitch, BROHM Jean-Marie et KORSCH Karl, *La théorie générale du droit et le marxisme, 1924*, Toulouse, l'Asymétrie, « Réverbération », 2018.
- RÉMOND-GOUILLOUD Martine, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, 1. éd., Paris, Presses universitaires de France, « Les Voies du droit », 1989, 304 p.
- ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, « Thémis », 2013.
- THOMAS Yan, HERMITTE Marie-Angèle et NAPOLI Paolo, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard Seuil, « Hautes études », 2011.
- THOMPSON Edward Palmer, *La guerre des forêts: luttes sociales dans l'Angleterre du XVIII^e siècle*, Paris, la Découverte, « Collection Futurs antérieurs », 2014.
- XIFARAS Mikhaïl, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.
- COLLECTIF, *Marx et le droit*, Institut Villey., Paris, Dalloz, « Droit et philosophie », 2019, vol. 10.

Thèses et communications scientifiques

- GRÉGOIRE Guillaume, « Naturalisme économique et suprématie du juge constitutionnel : un renforcement mutuel ? », Bordeaux, Association française de science politique, 2019.
- JURION Roxane, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, Droit, Université de Lorraine, 2017, (dactyl.).
- LECLERC Olivier, « Matérialisme juridique et actes de langage », in *Autour des travaux d'Antoine Jeammaud*, Saint-Etienne, Lyon, 2010.
- MILLET Laurent, *Contribution à l'étude des fonctions sociale et écologique du droit de propriété : enquête sur le caractère sacré de ce droit énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Droit, Université Panthéon-Sorbonne, 2015, (dactyl.).

NAPOLI Paolo, « L'histoire du droit et le commun. Quelques éléments de réflexion », in *Du public au commun*, Paris, Collège International de Philosophie et l'Université de Paris 1 – Maison des Sciences Economiques, 2011.

NORMAND Silvio, « Affectation et biens communs urbains », En ligne, McGill University, s.n., 2022.

SPANO Michele, *Instituer le commun. Les biens communs et l'expérience communale entre droit public et droit privé*, Collège de France, s.n., 2018.

Rapports

PREMIER MINISTRE, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité*, Paris, Secrétariat général du Gouvernement, 2021.

ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles, *L'échelle de communalité*, GIP Droit et Justice, Institut de recherche juridique de la Sorbonne Université Paris 1, 2021.

Un climat d'inégalités: Les impacts inégaux du dérèglement climatique en France, Paris, Association Notre Affaire à tous, 2020.

Juristes Embarqués - La créativité réglementaire pour les tiers-lieux créateurs de communs, Paris, La 27^e Région, ANCT, France Tiers Lieux, 2021.

Articles de revue

BARON Éric, TARON David, « Les fonds de dotation, une opportunité au service de la philanthropie ? », *L'Observatoire*, 2009/1 (N° 35), p. 39-41.

BARTHEL Bettina, « Legal hacking und seine praktischen Dimensionen am Beispiel des Mietshäuser Syndikats », in *Zeitschrift für kritik - recht - gesellschaft*, n° 3, 2020, p. 366.

- BOISVERT Valérie, « Des limites de la mise en marché de l'environnement: Des services écosystémiques aux "banques de conservation" », in *Ecologie & politique*, n° 1, vol. 52, 2016, p. 63.
- BOUL Maxime, « Réflexions d'un publiciste sur les droits réels. À propos de leur constitution sur les biens communs », in *Droit et Ville*, n° 2, vol. 86, 2018, p. 229-240.
- BOURDIEU Pierre, « La force du droit », in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 1, vol. 64, 1986, p. 3-19.
- BOYLE James, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », in *SSRN Electronic Journal*, 2003.
- BROCA Sébastien, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », in *SociologieS*, 19 octobre 2016.
- CASSAGNABERE Caroline, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », in *Revue juridique de l'Ouest*, n° 2, vol. 26, 2013, p. 159-179.
- CHAIGNEAU Aurore, « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », in *Revue internationale de droit économique*, n° 3, t. XXVIII, 2014, p. 335.
- CHEEVER Federico et McLAUGHLIN Nancy A., *An Introduction to Conservation Easements in the United States: A Simple Concept and a Complicated Mosaic of Law*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015.
- CLIPPELE Marie-Sophie de, « Chapitre 1. Revisiter le droit de propriété absolu mais limité » in *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, « Collection générale », 2021, p. 473-508.
- CROZES Amelia, « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrements et obligations consenties », in *Droit et Ville*, n° 2, vol. 86, 2018, p. 183-204.
- DARDOT Pierre, « Les limites du juridique », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, #16, 1 octobre 2016, p. 257-270.

- DE MONTGOLFIER Jean-François, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, vol. 1, mars 2011, « Dossier : le droit des biens et des obligations ».
- DROSS William, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », in *Energie - Environnement - Infrastructures*, juin 2017, p. 53-59.
- FESTA Daniela, « VI. Biens communs et usages du droit »: in *L'alternative du commun*, s.l., Hermann, 2019, p. 103-114.
- ___, « La Critique des Communs Urbains aux Institutions de la Propriété : l'Insurrection qui Vient ? », in *Green European Journal*, Finding Common Ground, vol. 14, décembre 2016.
- GIDROL-MISTRAL Gaële, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », in *Revue générale de droit*, n° 1, vol. 46, 2016, p. 95-140.
- GRIMONPREZ Benoît, « La fonction environnementale de la propriété », in *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 3, 2015, p. 539-550.
- ___, « Les contributions du droit des biens à la préservation du vivant », *Les apports du droit privé à la protection de l'environnement*, Mare et Martin, A paraître.
- ___, « Les biens communs aux portes du Code civil », *Revue de Droit Rural*, Editions techniques et économiques, LexisNexis (en ligne), 2022.
- ___, « Ajuster nos rapports juridiques au vivant », *Agridroit*, Lexisnexus, 2021.
- GROSSI Paolo, « Il problema storico-giuridico della proprietà collettiva in Italia », in Franco Carletti (a cura di) *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993.
- GUTWIRTH Serge, « Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ? », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2, vol. 81, 2018, p. 83-107.
- GUTWIRTH Serge et ISABELLE STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons », in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2016, n° 2, vol. 41, p. 306-343.

- HARDIN Garrett, « The Tragedy of the Commons », in *Science*, n° 3859, vol. 162, 1968, p. 1243-1248.
- HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil... À propos de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages » », in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 37, 12 septembre 2016, « Environnement », p. 1624-1628.
- IANNELLO Carlo, « L'environnement en tant que bien commun: », in *Droit et Ville*, n° 1, N° 83, 1 mars 2017, p. 59-85.
- LIBERSKI-BAGNOUD Danouta, « La face inappropriable de la Terre. Une autre façon d'instituer le rapport au sol et aux choses (Afrique de l'ouest) », in *Revue juridique de l'environnement*, n° HS18, spécial, 2019, p. 43-54.
- LUCARELLI Alberto, MERCIER Jérémy, PERROUD Thomas et BOTTINI Eleonora, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », in *Droit et société*, n° 1, vol. 98, 2 mai 2018, p. 141-157.
- MALLET-BRICOUT Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 2, vol. 48, 2014.
- MARELLA Maria Rosaria, « La propriété reconstruite : conflits sociaux et catégories juridiques », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Pierre Charbonnier et traduit par Daniela Festa, #16, 1 octobre 2016, p. 195-210.
- MARTIN Gilles, « Les obligations réelles environnementales au service d'une protection des zones humides », in *Cahiers de Droit*, n° 4, vol. 62, 2021, p. 1091-1132.
- ___, « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », in *Droit de l'environnement*, n° 249, 26 octobre 2016, « Victoires édition », p. 334-340.
- MARX Karl, *Le Capital, livre 1*, Nouvelle éd., Paris, Éditions sociales, « Les essentielles », 2016, 814 p.
- MIAILLE Michel, « La critique du droit », in *Droit et société*, n° 1, vol. 20, 1992, p. 73-87.

- MISONNE Delphine, CLIPPELE Marie-Sophie DE et OST François, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2, vol. 81, 2018, p. 59-81.
- MUNAGORRI Rafael Encinas de, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 711.
- NAPOLI Paolo, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs » », in *Tracés*, n° 27, 24 novembre 2014, p. 211-233.
- NEULING Mathias, « Rechtsformen für alternative Betriebe », in *Kritische Justiz*, 1986, 19, N.3, p. 309-326.
- ORSI Fabienne, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », in *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2014, p. 371-385.
- OST François, MISONNE Delphine et CLIPPELE Marie-Sophie DE, « Propriété et biens communs », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte (ARSP-B)*, vol. 154, 2016, p. 131-172.
- PUTFIN Guy, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Recensement et variantes des textes (août 1789 - septembre 1791) », in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 1, vol. 232, 1978, p. 180-200.
- REBOUL-MAUPIN Nadège et GRIMONPREZ Benoît, « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », in *Dalloz*, 2016, « Recueil Dalloz », p. 2074.
- RIBIÈRE Georges, « Valeurs de la biodiversité, prix de la nature », in *Vraiment durable*, n° 2, vol. 4, 2013, p. 29-45.
- ROCHFELD Judith, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », in *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2014, p. 351-369.
- ___, « Quel(s) modèle(s) juridiques pour les « communs » ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété », Paris, s.n., 2013.

- ___, « Quel modèle pour construire des “communs” ? » in PARANCE Béatrice, SAINT-VICTOR Jacques de, *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éd, 2014, p. 91-114.
- RODOTÀ Stefano, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, traduit par Guillaume Calafat, #16, 1 octobre 2016, p. 211-232.
- ROST Stefan, « Das Mietshäuser Syndikat » in *Commons*, Silke Helfrich et Heinrich-Böll-Stiftung (éd.), s.l., transcript Verlag, 2014, p. 285-287.
- RUELLE Annette et FABRI Éric, « Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2, vol. 81, 2018, p. 109-176.
- SAUVÊTRE Pierre, « Quelle politique du commun ? », in *SociologieS*, « Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ? », 2016.
- SPANÒ Michele, « Making the Multiple: Toward a Trans-Subjective Private Law », in *South Atlantic Quarterly*, n° 4, vol. 118, 2019, p. 839-855.
- ___, « VII. “Changer de soleil”. Le droit privé comme infrastructure du commun » in *L'alternative du commun*, Paris, Hermann, « Colloque de Cerisy », 2019, p. 115-126.
- TANAS Alessia et GUTWIRTH Serge, « Une approche « écologique » des communs dans le droit », in *In Situ. Au regard des sciences sociales*, 2021.
- THOMAS Yan, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », in *Annales*, n° 6, vol. 57, 2002, p. 1431-1462.
- THOMPSON Edward Palmer, « Modes de domination et révolutions en Angleterre », in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 2, vol. 2, 1976, p. 133-151.
- VANUXEM Sarah, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 1, vol. 64, 2010, p. 123-182.
- VANUXEM Sarah et SIZAIRE Vincent, « Protéger la diversité juridique pour préserver le projet politique des communs », in *Deliberee*, n° 2, vol. 10, 16 juillet 2020, p. 12-18.

XIFARAS Mikhail, « Marx, justice et jurisprudence une lecture des “vols de bois” », in *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, n° 1, vol. 15, 2002, p. 63-112.

« Donner un statut juridique aux “communs” », in *Multitudes*, n° 1, vol. 66, 2017, p. 53-55.

Articles de journaux

DAU Elisabeth, KRAUSZ Nicolas et DE TULLIO Maria Francesca, « L’Ex-Asilo Filangieri à Naples : retour d’expérience sur un commun urbain de référence en Europe », in *Horizons publics*, n°21, Vers des partenariats publics-communs ?, juin 2021.

DELILLE Benjamin, « Au cinéma la Clef à Paris: «Si ça disparaît, il ne restera plus d’endroit pour présenter des choses expérimentales» », in *Libération*, 27 janv. 2022.

LAVOCAT Laurène, « Le fonds de dotation, une brèche dans la conception française de la propriété privée », in *Reporterre*, 25 oct. 2019.

WOLF-SÖREN TREUSCH, « Das Mietshäuser Syndikat - Veto-Recht zum Kampf gegen Wohnungsspekulanten », in *Deutschlandfunk Kultur*, 19 juill. 2018.

MIETSHÄUSER SYNDIKAT, « Der Ausgangspunkt liegt in der Zukunft », in *Contraste - Zeitung für Selbst-organisation*, nov. 2003 p. 7-8.

Sites

Le droit et les territoires en lutte : quelques retours d’expériences, Quartier Libre des Lentillères, <https://lentilleres.potager.org/le-droit-et-les-territoires-en-lutte-quelques-retours-dexperiances/>, consulté le 6 mai 2022.

Notre fonctionnement, La foncière Antidote - pour des lieux collectifs, pérennes et solidaires, <https://lafonciereantidote.org/comment-ca-marche/notre-fonctionnement/>, 2021, consulté le 12 mai 2022.

Nos valeurs, La foncière Antidote - pour des lieux collectifs, pérennes et solidaires, <https://lafonciereantidote.org/qui-sommes-nous/nos-valeurs/>, 2021, consulté le 3 mai 2022.

Propriété d'usage, Politiques des communs - Cahier de propositions en contexte municipal N°1, <https://politiquesdescommuns.cc/outils/propriete-d-usage>, consulté le 17 décembre 2021.

Qu'est-ce que le Clip ?, Clip - Réseau de lieux en propriété d'usage, <https://clip.ouvaton.org/quest-ce-que-le-clip/>, consulté le 12 mai 2022.

Solidarity Transfer, Mietshäuser Syndikat - Die Häuser denen, die drin wohnen, <https://www.syndikat.org/en/solidarity-transfer/>, consulté le 7 avril 2022.

The Syndikat in operation, Mietshäuser Syndikat - Die Häuser denen, die drin wohnen, <https://www.syndikat.org/en/the-syndikat-in-operation/>, consulté le 7 avril 2022.

ZEC : Tordre le droit pour défendre les Lentillères, Quartier Libre des Lentillères, <https://lentilleres.potager.org/zec-tordre-le-droit-pour-defendre-les-lentilleres/>, consulté le 23 mai 2022.

Films

GRIESSENAUER *Burkhard*, KUNLE *Daniel* et LAUINGER *Holger*, « *Das is unser Haus - Räume aneignen mit dem Mietshäuser Syndikat* », SEELAND Medienkooperative, 65 Min., 16:9, 2016, <https://vimeo.com/193034732>.

Podcasts

RADIO GALOCHE, « *DESPÉCULER ! Pour en finir collectivement avec la propriété privée* », émission de radio diffusée le 25 avril 2021, 1h30

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
PREMIÈRE PARTIE - USAGES CHOISIS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LES PRATIQUES DE COMMUN	12
Chapitre I - Indisponibilité totale et affectation sociale : les montages juridiques de « propriété d'usage »	14
Section 1 - Rendre indisponible : la séparation de la propriété et de l'usage	15
I - Le Mietshäuser Syndikat, une expérience pionnière	15
A. La « propriété immobilière d'usage » : l'ingénierie juridique au service d'une mise en commun foncière	15
<i>L'héritage du mouvement squat.</i>	16
<i>Une propriété « bicamérale ».</i>	16
B. Des garanties de l'indisponibilité du bien	17
<i>Un droit de véto réciproque</i>	17
<i>Un fonds de solidarité</i>	18
C. Le GmbH : un outil « archi-capitaliste » pour démarchandiser	19
<i>À la recherche d'un véhicule juridique opportun.</i>	19
<i>Le choix « pragmatique » de la SARL.</i>	19
II. Lectures juridiques du concept de « propriété d'usage » en droit français	20
A. Le CLIP, à la recherche d'une indisponibilité pérenne des lieux en droit français	21
<i>Un montage tripartite</i>	21
<i>Le choix de l'association</i>	22
B. La Foncière Antidote : une pratique renouvelée par le fonds de dotation	23
<i>L'innovation du fonds de dotation</i>	23
<i>Le fonctionnement de la Foncière Antidote</i>	24

Section 2 - Garantir l'affectation : les garde-fous statutaires	26
I - Par le modèle associatif : l'exemple des statuts de la Déviation	26
A. La manifestation de l'affectation au sein des statuts de Parpaing Libre	27
B. De l'affectation au commun	29
II - Par le modèle du fonds de dotation : l'exemple de « Cinéma revival : pour un cinéma associatif »	30
A. La manifestation de l'affectation dans les statuts du fonds de dotation Cinéma revival	31
B. De l'affectation au commun ?	31
Conclusion du chapitre	33
Chapitre II - Indisponibilité relative et affectation écologique : les obligations réelles environnementales	34
Section 1 - Limiter la disponibilité : l'obligation propter rem	36
I - Une indisponibilité partielle	36
A. La liberté contractuelle comme fondement théorique de l'obligation réelle environnementale	36
<i>Une inspiration anglosaxonne.</i>	36
<i>Rupture politique.</i>	37
<i>Le fil du contrat.</i>	37
B. L'obligation propter rem comme fondement technique de l'ORE	38
<i>Une qualification ambiguë, entre droit réel et droit personnel</i>	38
<i>Démembrer pour rendre indisponible ?</i>	40
II - Une indisponibilité versatile	41
A. Un contrat synallagmatique	41
<i>Deux parties au minimum.</i>	41
<i>Un contrat à titre onéreux.</i>	42
B. De l'indisponibilité à la marchandisation de la biodiversité	43
<i>Le recours à l'obligation réelle environnementale à des fins de compensation.</i>	43
<i>« Commodification de la biodiversité » : vers un marché des ORE ?</i>	44
Section 2 - Garantir l'affectation : les garde-fous contractuels	47

I - Description et analyse du contrat d'ORE entre M. Jacques-Eloi Duffau et le département de Gironde	47
A. Des clauses contractuelles spécifiques	48
<i>Finalité de l'ORE.</i>	48
<i>Obligations des parties.</i>	49
<i>Durée.</i>	50
B. Des clauses contractuelles générales	51
<i>Révision.</i>	51
<i>Résiliation.</i>	52
II - Prescription : à la recherche d'un contrat d'ORE au service des communs	53
A. La promesse du commun	53
<i>La recherche d'inclusivité</i>	53
<i>Au-delà d'une affectation écologique : le projet d'une obligation réelle d'intérêt commun.</i>	54
B. Les conditions du commun : proposition de rédaction d'un contrat d'ORE au service du commun	55
<i>Naissance du contrat.</i>	55
<i>Vie et mort du contrat.</i>	57
Conclusion du chapitre	59
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	60
DEUXIÈME PARTIE - APPROCHES CONTEMPORAINES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ POUR L'INSTITUTION DU COMMUN	62
Chapitre I - L'empreinte du commun sur le droit de propriété	63
Section 1 - La valeur du commun : l'indisponibilité comme remodelage du rapport de propriété	65
I - Rendre disponible, condition du rapport de propriété moderne	65
A. L'instauration de la propriété absolue comme seul rapport légitime de l'objet au monde	66
<i>La naturalisation d'un rapport de propriété privée, individuelle et absolue</i>	66
<i>De l'enfer jusqu'aux étoiles</i>	67
B. Les remises en cause contemporaines de l'absolutisme propriétaire	69
	130

<i>L'ambivalence de l'article 17 de la DDHC</i>	69
<i>L'ambivalence de l'article 544 du Code civil</i>	72
II - Mettre « hors commerce » : vers un rapport juridique non marchand	73
A. La valeur des choses en droit romain : aux racines de l'indisponibilité	74
<i>L'indisponibilité, négatif du rapport marchand</i>	74
<i>L'inévaluabilité des res nullius in bonis</i>	76
B. Les choses hors commerce, expression d'un rapport juridique hors de l'échange	77
<i>Commerce juridique et commerce marchand</i>	77
<i>Des rapports juridiques contemporains hors de l'échange</i>	79
Section 2 - Les valeurs du commun : l'affectation comme expression d'une conception téléologique du droit	81
I - Une valorisation sociale par l'affectation : l'exemple du bien immobilier	82
A. La fonctionnalisation sociale des lieux en « propriété d'usage ».	83
<i>Des structures à but non lucratif</i>	83
<i>Des statuts spécifiques</i>	84
B. La fonction sociale des usi civici napolitains	84
<i>L'interprétation de la fonction sociale dans la notion juridique de biens communs en Italie</i>	85
<i>L'incarnation de la fonction sociale par les usi civici</i>	85
II - Une valorisation écologique par l'affectation : à partir des obligations réelles environnementales	87
A. La fonctionnalisation écologique des terrains fonciers par l'obligation réelle environnementale	88
B. La valorisation écologique de la biodiversité à travers l'ORE	89
<i>Sortir du paradigme de la rareté</i>	89
<i>Entre valeur instrumentale et valeur intrinsèque de la biodiversité</i>	90
Conclusion du chapitre	92
Chapitre II - L'empreinte du droit sur le commun	93
Section 1 - Stratégies juridiques pour le commun	94
I - La technique du droit, entre domination et riposte	95

A. La « forme juridique », une critique marxiste de la technique du droit	95
B. Les « outils du droit », un renouvellement de la théorie marxiste sur le droit	97
II - La technique du droit, outil du commun	99
A. Modifier le droit	100
B. Détourner le droit	101
C. Déborder le droit	104
Section 2 - Vocabulaire juridique pour le commun	108
I - Fictions juridiques : vider l'institution juridique de sa substance	108
A. La personne morale	109
B. La propriété marquée par le tandem indisponibilité-affectation	109
II - Néologismes juridiques : invoquer le commun par le droit ?	110
A. La « propriété d'usage »	111
B. La « transpropriation »	111
Conclusion du chapitre	114
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	115
CONCLUSION GÉNÉRALE	116
BIBLIOGRAPHIE	118