



Rapport n° 17-34
Avril 2021

Note de synthèse du rapport final de recherche

L'ÉCHELLE DE COMMUNALITE

PROPOSITIONS DE REFORME POUR INTEGRER LES BIENS COMMUNS EN DROIT

Sous la direction de : Judith ROCHFELD, Professeure de droit privé, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Marie Cornu, Directrice de recherches CNRS, Institut des sciences sociales du politique et Gilles J. Martin, Professeur émérite de l'Université Côte d'Azur, GRDEG, CNRS

Ont participé à la recherche et contribué à la rédaction de ce rapport de recherche : Chiara ANGIOLINI, Research Fellow in Private Law, University of Trento ; Fabiana BETTINI, Maître de conférences, University of Oxford and Brasenose College ; Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Professeure de droit privé, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363 ; Aurore CHAIGNEAU, Professeure de droit privé, Université Paris Nanterre ; Marie-Alice CHARDEAUX, Maître de conférences en droit privé, Université Paris-Est Créteil (UPEC), Laboratoire de droit privé ; William DROSS, Professeur de droit privé, Université de Lyon (Jean Moulin) ; Severine DUSOLLIER, Professeure des universités, École de droit de Sciences Po ; Aude-Solveig EPSTEIN, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, Centre de droit civil et de contentieux économique des affaires ; Daniela FESTA, Visiting Researcher Department of Sociology, Columbia University ; Florent MASSON, Professeur de droit privé, Université Polytechnique Hauts-de-France, laboratoire CRISS ; Veronique JAWORSKI, Maître de conférences, HDR, de droit privé et sciences criminelles, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363 ; Rocio DEL PILAR TRUJILLO SOSA, Doctorante, LL.M. Yale Law School ; Thomas PERROUD, Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas ; Victor POUX, Docteur en droit de l'Université Lyon (Jean Moulin) ; Clément TOPUZ, Juriste en droit public, diplômé de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales ; Noé WAGENER, professeur de droit public, Université Paris-Est Créteil (UPEC)

Le présent document constitue la note de synthèse du rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 217.11.21.25). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

ÉCHELLE DE COMMUNALITE –
PROPOSITIONS DE REFORME POUR INTEGRER LES BIENS COMMUNS
EN DROIT

Composition de l'équipe de recherche

Chiara ANGIOLINI, Research Fellow in Private Law, University of Trento
Fabiana BETTINI, Maître de conférences, University of Oxford and Brasenose College
Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Professeure de droit privé, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363
Aurore CHAIGNEAU, Professeure de droit privé, Université Paris Nanterre
Marie-Alice CHARDEAUX, Maître de conférences en droit privé, Université Paris-Est Créteil (UPEC), Laboratoire de droit privé
William DROSS, Professeur de droit privé, Université de Lyon (Jean Moulin)
Séverine DUSOLLIER, Professeure des universités, École de droit de Sciences Po
Aude-Solveig EPSTEIN, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, Centre de droit civil et de contentieux économique des affaires
Daniela FESTA, Visiting Researcher Department of Sociology, Columbia University
Florent MASSON, Professeur de droit privé, Université Polytechnique Hauts-de-France, laboratoire CRISS.
Veronique JAWORSKI, Maître de conférences, HDR, de droit privé et sciences criminelles, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363
Rocio DEL PILAR TRUJILLO SOSA, Doctorante en droit public de l'Université Paris II Panthéon-Assas, LL.M. Yale Law School
Thomas PERROUD, Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas
Victor POUX, Docteur en droit de l'Université de Lyon (Jean Moulin)
Clément TOPUZ, Juriste en droit public, diplômé de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales
Noé WAGENER, Professeur de droit public, Université Paris-Est Créteil (UPEC)

Direction : Judith ROCHFELD, Professeure de droit privé, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Marie CORNU, Directrice de recherches CNRS, Institut des sciences sociales du politique et Gilles J. MARTIN, Professeur émérite de l'Université Côte d'Azur, GRDEG, CNRS

Le travail de recherche consacré à « L'échelle de communalité. Propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit » a eu pour objet, non pas de mener l'identification ou la description des diverses notions peuplant la galaxie des communs hors et dans la sphère juridique – biens communs, patrimoines communs, choses communes ou communs ou commun (pluriel ou singulier) –, mais de révéler, évaluer et renforcer le degré de « communalité » de certains agencements juridiques autour de biens ou de choses. Le rapport final, après avoir défini le cadre conceptuel de l'analyse (**Partie 1**) – soit les notions et critères de la communalité, son rapport à la propriété, le choix d'une représentation en « échelle » de communalité – avance des propositions de réformes (**Partie 2**), tenant en des interprétations nouvelles de textes de droit positif, en la révision de dispositions existantes, ou en l'introduction d'articles inédits. Ces propositions concernent principalement les sphères environnementale, culturelle, de la connaissance ou publiques mais sans toutefois s'y arrêter ; elles intéressent des choses matérielles ou immatérielles ; appropriées ou non.

PARTIE 1

LE CADRE CONCEPTUEL DE L'ANALYSE ET DES PROPOSITIONS DE REFORMES

1.1. Justifications de la recherche et des propositions de réforme

Plusieurs facteurs ont poussé à entreprendre la recherche.

Au titre du premier, on compte l'évolution connue à partir des années 1960 de la dégradation des écosystèmes et de ses conséquences : raréfaction de l'eau ou de l'ozone ; disparition massive de diverses espèces animales ou végétales ; mutations du système climatique ; artificialisation des sols ; propagation de nouveaux virus ; déstabilisation des circuits alimentaires, hydriques, de la paix, etc. Ces évolutions majeures en ont appelé à l'invention de modes de préservation, selon un nouveau projet de société mondiale, défendu dès 1972 lors de la conférence de l'ONU à Stockholm prônant l'écodéveloppement, puis réitéré en 1992 lors du Sommet de la Terre de Rio (réclamant un développement soutenable sur le fondement du Rapport Brundtland de 1987). Au plan international, elles se sont manifestées sous la forme d'appels à une mise en « commun » des ressources et à la reconnaissance d'une communauté de risques, mondiale et censément préoccupée d'un même intérêt commun de préservation. On a alors commencé à évoquer des « patrimoines communs de l'humanité » (puis de l'Union européenne et de la nation) ; des « préoccupations communes » (pour le climat et biodiversité) ; des biens publics mondiaux, etc. Au plan interne, cette préoccupation environnementale n'a pas laissé les droits nationaux inchangés. Instillée *via* des politiques publiques de planification et de réglementation, elle a eu des répercussions sur les droits des propriétaires, et plus largement sur l'appréhension des choses et biens, jusqu'à mettre actuellement en question la *summa divisio* des choses et des personnes sous l'influence d'un fort mouvement de personnification des entités naturelles dans diverses régions du monde¹. En définitive, tout propriétaire ou usager d'une « chose » saisie comme « environnementale » n'est plus censé aujourd'hui l'utiliser et en disposer exactement comme il l'entend et ne peut, notamment, la détruire. L'accélération alarmante de la perte de la biodiversité

¹ Pour le mouvement contemporain de personnification d'entités naturelles, v. par ex., M.-A. HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, pp. 238-372 ; P. BRUNET, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *Journal of Interdisciplinary History of Ideas*, 2019, Volume 8 Issue 15, pp. 2-39 ; J. ROCHFELD, *Justice pour le climat. Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, O. Jacob, 2019, Partie 3.

et de la dégradation du système climatique ne fait qu'accentuer ces préoccupations de nos jours² et invite à une réflexion sur la reconnaissance d'une part « commune », concentrant cette visée de préoccupation.

En deuxième lieu et par la suite, à l'égard des ressources intangibles (œuvres, inventions, etc.)³, dans un contexte d'accroissement de leur nombre et de leurs importances sociale et économique, s'est élevée une tension renouvelée de l'équilibre institué entre leur « propriété » (ou réservation) et les divers usages et intérêts auxquels elles se prêtent : d'aucuns relèvent la déstabilisation, provoquée par l'extension considérable du champ de la propriété intellectuelle à de nouvelles ressources⁴ et la privatisation qu'elle génère, avec pour conséquence un rétrécissement du domaine public⁵ et des « droits » des usagers et de la collectivité (non que la contestation n'ait jamais existé auparavant⁶). Des besoins élémentaires de préservation de la santé ou d'accès à l'information, à la connaissance ou à la culture notamment, se heurteraient à la privatisation réalisée. Par ailleurs, la culture de liberté portée par l'internet a également nourri une contestation de l'emprise du droit d'auteur sur la diffusion ou la transformation d'œuvres, tandis que les velléités accrues de participation de particuliers « amateurs » à la création, engendraient de nouvelles revendications d'utilisation d'une œuvre par le « public »⁷, que ce soit pour s'informer ou encore pour les transformer⁸, ce à des fins le plus souvent non lucratives. Dans ce contexte, des limitations des droits de propriété intellectuelle, timides et strictement encadrées, ont été taillées dans l'absolutisme, par exemple pour organiser l'accès aux médicaments dans les pays en développement, reconnaître les pratiques essentielles des paysans en droit des brevets et en droit des obtentions végétales, ou pour faire échec à une proposition de directive européenne sur la brevetabilité des logiciels. Mais une réflexion plus ample est en cours pour déterminer, à nouveau, s'il n'y aurait pas lieu de redéfinir et ré-instituer une part « commune ».

Les tensions ne se résument pas, néanmoins, à cette sphère des ressources intangibles sous propriété intellectuelle. Les biens culturels, les biens publics, et notamment ceux affectés au domaine public, sont les objets de discussions du même ordre, tenant à la recherche de l'articulation à privilégier entre les droits d'un « public » ou d'un « tous » (l'usage de tous pour le domaine public par exemple) et d'autres préoccupations, notamment de valorisation économique.

² Sur ces dégradations accélérées, cf. par ex. GIEC, Rapport spécial sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, 2019 ; IPBES, Rapport de l'évaluation mondiale de la biodiversité et des services écosystémiques, mai 2019 : https://ipbes.net/sites/default/files/2020-02/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers_fr.pdf.

³ On préférera ce terme à celui d'« immatérielles » tant ce dernier occulte précisément la matière pouvant composer ces intangibles (les ondes par ex.) ou nécessaire à leur production (internet fonctionne grâce à beaucoup de matériaux : câbles, ordinateur, etc.).

⁴ Sur cette extension, v. M. VIVANT, « La fantastique explosion des propriétés intellectuelles : Une rationalité sous le big bang ? » *Mélanges Nabhan, Hors série des Cahiers de la Propriété intellectuelle*, 2004, p. 393.

⁵ Ch. CARON, « L'irrésistible décadence du domaine public de la propriété intellectuelle », *Études J. Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61.

⁶ V. L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110, 2010, qui rappelle les querelles des XVI^e et XVIII^e siècles ; A. LATOURNERIE, « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'économie politique*, avr. 2004, p. 21-33, qui décrit par exemple la première discussion sur la légitimité du brevet, au XIX^e siècle, et l'opposition d'une conception qui le saisisait comme un obstacle au progrès technique du fait de la privatisation induite.

⁷ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. Montpellier I, dir. M. VIVANT, 2004, spéc. n° 27 et s.

⁸ L. LESSIG, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Bloomsbury, 2008 ; Y. BENKLER, « *Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm* », *Yale Law Journal*, vol. 112, n° 3, 2002, pp 369-446, inversant la théorie économique « classique » fondée sur la force du marché, pour mettre en avant le constat d'une production fondée sur la collaboration et la coordination, facilitée par les technologies numériques ; CSPLA, par V.-L. BENABOU et F. LANGROGNET, *Rapport sur les œuvres transformatives*, 2014, spéc. pp. 3-5 et p. 7 et s.

Enfin et au titre d'une troisième réalité, on constate que, d'une part, de nouveaux schémas d'accès aux utilités de certains biens se sont installés et diversifiés (non que des ouvertures de l'accès aux utilités soient inconnues auparavant, ainsi qu'en témoignent les divers prêts et baux notamment). L'« économie du partage » fait son chemin, soutenue par les possibilités de communication universelle et en temps réel ouvertes par le réseau numérique et supposant que l'on rompe franchement avec la figure d'un accès exclusif aux utilités de ses biens. Cette ouverture de l'accès s'effectue pour des raisons économiques – la crise qui touche nos sociétés occidentales –, environnementales – éviter la sur-consommation de biens en utilisant davantage ceux qui existent – ou, désormais, sur le fondement de valeurs sociales prônant la recherche non plus d'une appropriation mais d'une utilisation limitée à la fonction d'un bien (certains analysent cependant le mouvement beaucoup plus négativement, comme la marchandisation de l'ensemble des utilités des biens de chacun)⁹. Dans ces « nouveaux » schémas de pensée et d'accès aux utilités, la propriété s'opposerait à la mobilité, à la légèreté, spécialement prisées dans des sociétés de la rapidité¹⁰. Dans le contexte de la réflexion proposée sur une « échelle de communalité », ce ne sont cependant pas l'ensemble de ces manifestations et de ces orientations vers l'accès qui ont retenu notre intérêt, mais uniquement celles au sein desquelles un propriétaire décide volontairement de donner accès à des utilités de son bien en considération d'un intérêt commun, d'usage ou de préservation. Par ailleurs, des expérimentations sociales nombreuses, parfois réceptionnées en droit, démontrent l'intérêt d'une partie de la société envers des modes d'organisations de gouvernement des choses qui se fassent plus collectifs. L'habitat participatif en témoigne par exemple.

De façon générale, l'ensemble de ces mouvements et renouvellements des cadres de pensées ont donné lieu à des appels renouvelés à la reconnaissance de « communs », biens communs, choses communes ou patrimoines communs¹¹ ainsi qu'à leur mobilisation balbutiante dans de nouvelles argumentations juridiques¹². La recherche a voulu constituer le pendant juridique de ces réflexions et mettre à l'épreuve les directions en droit. Son accueil présuppose un consensus social sur l'importance des préoccupations évoquées : protection des écosystèmes, rééquilibrage de la réservation et de certains accès à des propriétés intellectuelles, reconnaissance sociale de l'intérêt commun porté par certains biens (culturels, publics), considération accrue de volontés de propriétaires d'affecter des utilités de leurs biens à des intérêts communs, voire de gouverner collectivement une chose pour un intérêt commun défini. Ce consensus existerait-il, la recherche s'est ainsi proposée de construire et/ou de renforcer les qualifications permettant d'ouvrir ou de garantir l'usage d'une chose à l'ensemble des membres d'une communauté (locale, nationale, européenne ou mondiale ; plus restreinte comme celle de malades, du « public », etc.), ou d'assurer, à leur bénéfice, la préservation de cette chose, plus largement le respect d'une affectation à un intérêt commun socialement défini (par la loi, comme pour l'intérêt historique ou environnemental, ou par une communauté intéressée), voire son gouvernement.

1.2. Méthodes de la recherche et approche pluridisciplinaire

⁹ V. PIPAME (Pôle Interministériel de Prospective et d'Anticipation des Mutations économique), *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, juillet 2015, selon laquelle 83% des Français déclaraient en 2013 que « l'important, c'est de pouvoir utiliser un produit plutôt que de le posséder ».

¹⁰ H. ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, La Découverte, 2010.

¹¹ B. PARANCE et J. de SAINT-VICTOR, *Repenser les biens communs*, Éditions du CNRS, 2014, dont J. ROCHFELD, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs ? », pp. 103-128.

¹² V. récemment, Cons. const., Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, mobilisant la notion de « patrimoine commun des êtres humains » présente dans le Préambule de la Charte de l'environnement.

La recherche s'est appuyée sur les discussions ayant lieu dans divers champs disciplinaires depuis plusieurs années relativement à d'autres rapports et gouvernements des choses. Plus précisément encore, elle s'est intéressée en priorité à ceux cartographiant l'organisation de communautés bénéficiaires, voire délibératives et de contrôle (cf. la partie conceptuelle), ainsi que les conditions d'un usage commun et de la pérennité d'une ressource. L'idée a donc été de partir des travaux théoriques et empiriques contemporains sur les « communs » (au sens large) et de voir s'ils pouvaient constituer des outils au service d'une réflexion descriptive et prospective. Elle n'a pas été cependant d'en reprendre tous les critères et implications.

Un choix a également été effectué entre les différentes approches des communs : essentialiste, politique, institutionnelle et fonctionnelle. Non sans négliger les apports de chacune, c'est davantage celle institutionnelle, telle qu'élaborée par Elinor Ostrom et son École de Bloomington, qui a le plus inspiré les travaux menés. Mettant l'accent sur trois caractéristiques, elle offre une grille d'analyse propice à la cartographie et à la réflexion : une ressource ou un ensemble de ressources ; l'insertion dans un système de propriété saisie comme relationnelle, soit des droits distribués entre une pluralité d'acteurs (droits d'accès et de prélèvement, mais également d'administration et d'aliénation, etc.), constituant une communauté de taille moyenne (cent personnes au plus), assurant le respect des droits de chacun et la pérennité de la ressource (analyse issue d'une réinterprétation de la théorie réaliste états-unienne du faisceau de droits de la propriété – *bundle of rights* – distributif et relationnel) ; une « gouvernance », ou *commons-property regimes*, soit une organisation collective.

Pour autant, il n'a pas été question de rejeter les figures de choses, existantes ou prospectives, associées à une affectation à un intérêt commun socialement identifié, qui ne se couleraient pas exactement dans les caractéristiques des « communs » ostromiens. **C'est d'ailleurs pourquoi les propositions de réformes portent plus largement sur les « biens communs » et non les « communs ».**

Enfin, le droit comparé a joué un rôle de premier plan dans le travail de conceptualisation autant que d'identification des pistes de réformes. À de multiples occasions, il a permis de comprendre et de fonder des directions non encore identifiées et tracées en droit français.

1.3. Cadre conceptuel de la recherche et des propositions de réforme : l'échelle de communalité

Le tout a conduit la recherche à proposer et/ou revisiter des qualifications – patrimoine commun, chose commune, affectation volontaire, biens publics –, ainsi que des intérêts – notamment diffus – et des prérogatives de gouvernement des choses – d'information, de participation, de co-décision et d'accès à la justice – qui traduisent la considération de cet intérêt commun socialement identifié dans des figures juridiques opératoires. Ce faisant, elle l'a mené à isoler la part de « communalité » de ces figures et à la mettre en rapport avec la propriété, ainsi qu'à placer chacune de ces figures sur une « échelle de communalité » qui en constituerait la mesure (non conçue de façon linéaire mais complexe, ainsi qu'expliqué dans la partie conceptuelle).

Il faut préciser que la communalité peut brièvement se définir sur le fondement de deux critères. D'une part, elle porte une affectation à un type d'intérêt particulier, soit à un intérêt commun socialement et juridiquement reconnu, tels l'usage commun d'une ressource, un impératif de conservation, une volonté de s'organiser pour participer au gouvernement d'une chose, le tout au bénéfice d'une communauté large (nationale, régionale ou mondiale ; présente, future, transgénérationnelle) ou plus restreinte (de malades, d'habitants, de personnes intéressées et

organisées, etc.). D'autre part, elle implique une inclusivité, soit l'impossibilité d'exclure les autres : cette inclusivité sera présente chaque fois que *plus d'un* individu pourra revendiquer – sous quelle que forme que ce soit – le bénéfice de l'usage ou de la conservation d'une chose, voire de décider de ses usages ou de les contrôler, et à chaque fois qu'un individu verra son pouvoir d'exclure limité à l'égard d'au moins un autre individu.

Cette communalité peut sembler entrer en concurrence avec la propriété privée, définie comme absolutiste et exclusiviste dans sa conception contemporaine majoritaire, ainsi qu'avec l'orientation actuelle de la propriété publique. En effet, considérer que les finalités communes, dont une chose serait socialement porteuse, transcenderaient ou s'allieraient avec celles, individuelles, que le propriétaire peut avoir sur son bien (privé ou public) bouscule le schéma d'une pleine maîtrise sur ses biens ; il perturbe celui de l'exclusivité. Néanmoins, d'un côté, nombre de régimes actuels de propriété se teintent en réalité d'ores et déjà d'une « part commune » le plus souvent occultée ; d'un autre côté, on peut proposer, au vu des enjeux identifiés, de la rendre plus visible et plus effective dans certains cas ; enfin, il ne faut pas négliger le domaine qui se situe hors de la propriété (les choses communes).

Enfin, évoquer une « échelle » de communalité renvoie à un instrument de mesure permettant d'analyser les variations dans la communalité des choses. La formulation est évidemment inspirée des travaux de Léon Duguit et de son « échelle de domanialité »¹³ tendant à rompre avec la présentation binaire d'une figure unique de domaine public isolé dans la propriété publique. Avec cette même relativité, l'échelle de communalité entend traduire la part variable de communalité présente dans les agencements des différents intérêts autour des choses et la façon dont le droit en assure la définition et le respect. Dans cette direction, il ne s'est pas agi d'une mesure quantitative, mais juridique : plutôt que d'observer combien de personnes bénéficient, décident ou contrôlent effectivement les utilités d'une chose, il a été question de s'intéresser aux conditions dans lesquelles se distribuent, en droit, les bénéfices de ces utilités, les droits de décider et le contrôle de l'affectation à un intérêt commun. L'objectif de l'échelle de communalité n'a alors pas été de proposer un classement dans la communalité des choses, classement qui n'aurait aucun sens en ce qu'il supposerait qu'il existe un modèle idéal (et qui obligerait à comparer des rapports juridiques qui présentent des caractéristiques irréductiblement différentes). Il a tenu en une volonté de placer les techniques juridiques mobilisables, d'une très grande diversité, selon des critères qui éclairent leur compréhension et les unes par rapport aux autres : intérêt commun, degré d'inclusivité, instances bénéficiaires de la communalité – communauté attributaire, délibérative, de contrôle –, techniques juridiques utilisées, caractère consenti ou imposé, etc..

Dans le cadre présenté et en définitive, la recherche s'est donnée un double objectif. En premier lieu, identifier, voire révéler les techniques juridiques déjà présentes en droit positif grâce auxquelles cette communalité s'exprime. Le constat fut alors que celle-ci se manifestait bien, mais de manière très désorganisée et variable selon les biens et choses étudiés. En conséquence et en second lieu, l'une des tâches fut de proposer une mise en cohérence de la matière afin, d'une part, de protéger et renforcer l'armature juridique de cette communalité et, d'autre part, de réfléchir à de nouvelles techniques qui pourraient s'avérer utiles. L'ensemble de la réflexion se concrétise par des propositions de réformes – réinterprétation ou reformulation de textes existants, propositions de dispositions inédites – qui font l'objet de la seconde partie du rapport.

¹³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, de Boccard, T. III, 2^e éd., 1923, p. 351. Sur laquelle et à partir de laquelle, également, J.-M. AUBY, « Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public », in *Mélanges Laborde-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, p. 11 ; F. MELLERAY, « L'échelle de domanialité », in *Mélanges Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 291.

PARTIE 2

PROPOSITIONS DE REFORMES POUR INTEGRER LES BIENS COMMUNS EN DROIT

Au vu des enjeux, de la définition et des critères dégagés, certaines voies de réformes ont pu être proposées pour reconnaître et renforcer la communalité de certaines figures juridiques existantes ou en introduire de nouvelles. Les changements pourraient ainsi passer par une (re)découverte ou une proposition de qualifications exprimant une communalité (**Titre 1**) ainsi que par la reconnaissance de prérogatives de communalité, reposant sur l'identification d'intérêts juridiquement proposés de type nouveau et la mise en œuvre de modes de gouvernance s'appuyant sur les droits d'information, de participation, de co-décision, mais aussi sur la mise en œuvre d'actions en justice (**Titre 2**).

Titre 1.

Les qualifications de la communalité

Titre 2 :

Les prérogatives de la communalité

TITRE 1. LES QUALIFICATIONS DE LA COMMUNALITE

Diverses qualifications sont à même de porter l'expression d'une communalité. Elles vont de celle qui représenterait le degré minimal de communalité, c'est-à-dire un régime primaire, régime qui serait convoqué par l'appellation de « patrimoine commun » déjà amplement présente en droit positif (**Section 1**), à celle qui, particulière, porterait insistance sur l'usage commun et la mise à l'écart de l'appropriation, soit la chose commune (**Section 2**). Il faut également compter avec les réorientations qui pourraient être spécifiquement proposées pour les biens publics (**Section 3**), sans oublier les diverses techniques d'affectation volontaire aujourd'hui diversifiées mais non pensées au service d'un intérêt commun (**Section 4**).

Pour chacune des institutions saisies, des propositions de réformes sont émises visant à la construction d'un régime général, assis sur l'historique de l'institution, sa définition et son régime actuel ainsi que les déficits identifiés (v. également Annexe 1 – Propositions d'articles). Des propositions relatives à des régimes spéciaux s'y associent (selon les mêmes étapes). Des enseignements de droit comparé ont éclairé les propositions quand ils étaient pertinents (Annexe 2 - Leçons de droit comparé), démontrant l'accueil ou les effets de telles institutions ailleurs.

SECTION 1 : Le patrimoine commun

La notion de patrimoine commun pourrait exprimer le degré minimal de communalité sous la forme d'un régime primaire. Elle aurait vocation à saisir les choses qui recèlent un intérêt commun, c'est-à-dire les choses dont la conservation (et parfois l'usage) ne concerne pas leur seul

propriétaire, mais une collectivité plus large. Il peut s'agir de ressources tangibles (environnementales, culturelles, patrimoniales) mais également intangibles (les fruits de la création versés dans le domaine public). Afin de prendre au sérieux cette idée d'une « appartenance » collective, les propositions avancées se placent dans un mouvement général de meilleure prise en compte des biens communs ou du patrimoine commun dans la Constitution. Déclinant cette qualification inscrite au plus haut degré de la hiérarchie des normes, elles consistent ensuite à définir les droits et principe autour desquels le régime primaire du patrimoine commun pourrait être mis en œuvre : droit à la conservation, droit à l'information et à la participation, principe de non-régression.

A partir de ce qui pourrait constituer une première pierre dans l'édifice de communalité, des régimes spéciaux sont conçus, en articulation, notamment dans les domaines où cette qualification est soit déjà présente, soit en germe. Il en va ainsi des biens culturels, de l'eau ou des êtres vivants non humains, dont la qualification de patrimoine commun peut apparaître comme un préalable à la mise en œuvre d'une protection pénale plus ambitieuse.

SECTION 2. La chose commune

SECTION 3 : Les biens publics

La propriété publique peut être regardée comme une figure porteuse de communalité. Pour autant, le rassemblement des deux critères de communalité – l'intérêt commun et l'inclusivité – peuvent être parfois difficiles à constater pour ces biens, du fait de la diversité d'objets et de régimes qu'ils recouvrent.

Si l'on resserre alors l'analyse sur le régime de la domanialité publique, on peut s'interroger sur la façon dont son régime pourrait devenir plus inclusif et garantir davantage le respect de l'affectation.

Par ailleurs, la communauté bénéficiaire est rarement délibérative ou de contrôle : dans de nombreux cas, l'administration peut agir comme un propriétaire privé et prendre les décisions d'affectation et de désaffectation qu'elle choisit ; elle peut décider de l'occupation privative de son domaine et, en général, de son usage. Les propositions se concentrent donc sur les mesures qui pourraient venir renforcer la communauté délibérative autour.

Enfin, le rapport précise également l'analyse d'une figure au croisement des enjeux publics et privés, celle d'espaces publics, fortement étudiée dans d'autres traditions juridiques et pour laquelle le droit comparé a été d'un apport conséquent (Etats-Unis et Allemagne notamment). Ces derniers apparaissent en effet comme des lieux propices d'expérimentation d'une logique de communalité, mettant en relation une propriété et des impératifs d'accessibilité.

SECTION 4. Les techniques d'affectation volontaire

Au vu de ce qui précède, on pourrait se faire l'idée que la communalité ne naît que d'une qualification imposée par le droit objectif : le patrimoine commun, la chose commune ou le bien public sont ainsi des statuts juridiques indiquant la nécessité de prendre compte l'intérêt commun dont est porteur l'objet. Pour autant, la communalité peut aussi naître de la volonté du propriétaire : il peut décider d'affecter un objet à un intérêt commun, en ouvrant par exemple son accès ou son usage ou en organisant sa préservation. L'affectation volontaire est ainsi la dernière qualification envisageable pour appréhender la communalité en droit positif.

Le droit français en admet de multiples techniques, telles que la fiducie, l'obligation réelle environnementale ou, dans un tout autre domaine, les licences copyleft. Cependant, celles-ci n'ont pas été initialement pensées pour une affectation à un intérêt commun, ou, lorsqu'elles l'ont été, peuvent « progresser en communalité ». Ainsi, les propositions qui sont faites dans ce rapport visent essentiellement à améliorer les outils contractuels et institutionnels disponibles afin de permettre une affectation volontaire qui soit à la fois efficace et pérenne

TITRE 2 : LES PREROGATIVES DE LA COMMUNALITE

Ayant présenté les propositions de réformes permettant de mieux intégrer les biens communs en droit, d'abord sur le terrain fondamental des qualifications, il est apparu nécessaire de poursuivre le travail en analysant dans un deuxième temps les propositions susceptibles d'être promues sur le terrain des prérogatives de communalité à reconnaître et à consacrer. Il s'agit, en effet, d'identifier les intérêts, les droits et les actions permettant de mettre concrètement en œuvre la communalité telle que précédemment décrite.

Section 1. Les intérêts à reconnaître

Les intérêts de la communalité sont divers et reflètent l'idée d'échelle de communalité placée au centre de la recherche. Selon qu'il s'agira d'une communauté fermée et bien identifiée ou, au contraire, de l'humanité toute entière, les intérêts à saisir ne seront pas identiques. La question se pose ainsi de savoir si l'on se contente de reconnaître des intérêts ou droits subjectifs individuels de personnes juridiques identifiées ou s'il ne faut pas, pour parfaire la protection des intérêts de communautés concernées voire celle de l'objet de la communalité, dépasser ces seuls intérêts pour intégrer celui de la communauté, voire celui de l'objet même de communalité (les écosystèmes par exemple) ou encore les intérêts des générations futures.

C'est pourquoi, en prenant fortement appui sur une approche comparative, le rapport tente d'identifier plusieurs intérêts à dimension pluri-individuelle.

Section 2. Les prérogatives de gouvernance à reconnaître

Dans la lignée des travaux d'Elinor Ostrom par ailleurs, une insistance particulière a été portée à la « gouvernance » dans les institutions reflétant la communalité. L'idée tient ici au rôle à reconnaître aux membres des communautés bénéficiaire, décisionnelle ou délibérative et de contrôle (communautés identifiées dans la partie conceptuelle). Plusieurs prérogatives juridiques peuvent alors traduire les pouvoirs qu'on leur reconnaîtrait, parmi lesquelles figurent les droits à l'information, à la participation aux décisions, voire à la co-décision. Le droit applicable en France consacre déjà certaines de ces prérogatives au bénéfice, selon les cas, de certaines organisations, de certaines communautés ou du public en général. Toutefois, le sentiment qui domine est que, faute d'avoir pris la mesure de l'importance de la communalité en droit, notre système juridique n'a pas encore reconnu les prérogatives des « commoneurs » dans toute leur extension.

Section 3 : Le droit d'accès à la justice et les actions en défense des intérêts communs

Enfin, pour rendre le concept d'intérêt commun opérationnel, il faut étudier comment celui-ci est susceptible d'être défendu en justice. Le rapport formule la proposition d'une « action diffuse », dont la reconnaissance participerait à l'idée de « gouvernance » en ce que, pour qu'il y ait commun, il faut non seulement un objet de communalité, une communauté et des relations intra-communeurs, mais également un accès au juge permettant de faire respecter l'organisation sociale et juridique consacrée. Ici encore le droit comparé a été fortement mobilisé, notamment dans la direction des droits ibérico-lusophones consacrant l'intérêt diffus, et a permis de distinguer les deux formes que l'action pourrait revêtir, à savoir celle d'une action populaire ou celle d'une action en défense d'un intérêt diffus. Le rapport précise ces deux régimes, quant aux parties à l'action, mais aussi quant aux mesures que pourrait ordonner le juge, judiciaire comme administratif.