

Éditorial

Les communs, de nouvelles perspectives pour le droit, par B. Dejemeppe 581

Doctrine

Les communs : avec, malgré ou contre le droit ?, par S. Gutwirth 582

Les communs environnementaux, par D. Misonne 595

Les communs culturels, une réalité multiforme à la recherche de traduction juridique, par M.-S. de Clippele 602

L'eau, la terre, l'environnement : trois biens communs en quête de reconnaissance concrète en droit belge, par A. Hucq, G. Rolland et C. Romainville 607

Les communs (déjà) à l'œuvre dans le domaine de l'habitat : l'exemple du community land trust, par N. Bernard 613

Les communs numériques modelés par les outils du droit privé, par A. Strowel .. 619

Les vaccins comme outil de bien commun, par J. M. Van Gysegheem 632

Chronique

Bibliographie - Coups de règle - Dates retenues - Communiqués.

Journal des tribunaux

<https://jt.larcier.be>
22 octobre 2022 - 141^e année
33 - N^o 6913
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Numéro spécial

Les communs, de nouvelles perspectives pour le droit

Depuis quelque temps, on observe des appels à la reconnaissance de « communs », biens communs, choses communes ou patrimoines communs ainsi qu'à leur intégration dans de nouvelles argumentations juridiques. Comment ouvrir ou garantir l'usage d'une chose à l'ensemble des membres d'une communauté ou assurer, à leur bénéfice, la préservation de cette chose, plus largement le respect d'une affectation à un intérêt commun socialement défini, pour les générations actuelles mais aussi futures, telles sont quelques questions, difficiles à appréhender pour beaucoup, que le *Journal des tribunaux* a voulu explorer dans ce numéro spécial.

On voit le monde comme on l'éclaire et, à cet égard, on a perdu de vue que l'État de droit démocratique, fondé sur une conception étroite de la propriété privée, s'est construit sur la destruction d'un monde riche en pratiques collectives autonomes et décentralisées. Est-il encore possible de se souvenir qu'avant lui, d'autres formes d'organisation sociale ont existé en pleine lumière depuis l'Antiquité, ont pu persister dans l'ombre, ont résisté et resurgissent ? Après tout, le modernisme libéral n'est vieux que de 250 ans. Et les crises qui s'accumulent, climatique, environnementale, sociale et financière, notamment, constituent autant de signes annonciateurs qui permettent de comprendre que le modèle de la société de consommation, privilégiant la satisfaction de désirs individuels et construite au détriment des ressources humaines et du tissu social, a atteint ses limites. Il reste à inventer une nouvelle grammaire juridique pour en rendre compte.

Les juristes ne constituent pas d'ordinaire le creuset des réformateurs et hésitent à sortir des rails pour s'obliger à repenser les mêmes choses avec d'autres mots, redoutant de se retrouver en territoire inconnu, loin des parcours établis. Plus largement sous cet angle, la première contribution pose une question fondamentale : l'État du XXI^e siècle peut-il préserver et stimuler les pratiques expérimentales des *communs* comme il l'a fait autrefois pour assurer la pérennité du capitalisme ?

On examinera ensuite comment le droit est en train d'être sollicité pour rencontrer les préoccupations liées au développement des *communs* environnementaux, culturels, numériques et de santé. Le chantier est immense qui nécessite non seulement de jongler avec les possibilités offertes par le droit actuel, ou mieux : ses interstices, mais surtout de jeter les bases d'un nouveau contrat social. À l'exemple d'un *commun* à l'œuvre dans le domaine de l'habitat belge : le *community land trust*.

Les exposés proposés n'ont pas la prétention d'épuiser le sujet. Toutefois, si la lecture de ce numéro spécial pouvait apporter quelques réponses aux incertitudes et aux attentes des praticiens du droit et stimuler d'autres réflexions juridiques encore, le *J.T.* aurait atteint l'objectif qu'il s'était fixé en ouvrant ses colonnes aux *communs*.



Précis de la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université catholique de Louvain

TAXE SUR LA VALEUR AJOUTÉE
DROIT BELGE ET EUROPÉEN
2^e édition

Charlène Herbain
Marie Lamensch
Edoardo Traversa

LARCIER

TAXE SUR LA VALEUR AJOUTÉE

Droit belge et européen

Charlène Herbain, Marie Lamensch, Edoardo Traversa

L'ouvrage propose une analyse systématique des éléments constitutifs du système TVA belge afin d'en comprendre le fonctionnement, d'identifier les différentes sources légales, administratives et jurisprudentielles.

> Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain
272 p. • 95,00 € • 2^e édition 2022

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

Les communs : avec, malgré ou contre le droit ?

1 Magna Carta et État de droit contemporain : glorification

1. L'histoire que se donne de l'État libéral contemporain est celle d'un avènement glorieux qui rompt avec un passé hideux de despotisme, d'absolutisme et d'arbitraire. C'est l'histoire des droits humains, des libertés individuelles, de la soumission du pouvoir à la loi, de la *trias politica* et des *checks and balances*, de la souveraineté du peuple, de l'État séculier et d'un pouvoir judiciaire indépendant et impartial, généralement — depuis la seconde guerre mondiale — doté du droit de contrôle de la constitutionnalité des actes de l'exécutif et du législatif. Propagée, enseignée et répétée, cette histoire est un puissant récit fondateur de l'État occidental et certains ont vu dans l'accomplissement de cet État à la fin du vingtième siècle la « fin de l'histoire ». Son agencement et déploiement sont décrits comme un progrès juste et providentiel : le règne de la liberté individuelle garanti par la loi et la gouvernance démocratique dans une société productiviste, de marché, de croissance et d'« abondance ».

2. Un point de départ est souvent situé en 1215 en Angleterre lorsque la *Magna Carta* met provisoirement fin aux tensions et guerres opposant Jean Sans Terre à la noblesse, les clercs, les *freemen*¹ insurgés, et leurs troupes. Depuis, la Charte et ses multiples confirmations ultérieures² ont acquis un poids symbolique, car le compromis qui a vu le jour alors exprimait, pour la première fois, une timide préfiguration de ce que nous appelons aujourd'hui État de droit : le souverain renonce au pouvoir absolu et accepte un ensemble de règles de jeu (proto)constitutionnelles limitant et canalisant son pouvoir³. Ainsi, elle incluait déjà la prohibition de la torture, la proportionnalité des peines, un droit embryonnaire à un *fair trial by peers* et la protection des biens et possessions des nobles contre l'expropriation et la dépossession par le roi, notamment en ce qui concerne le respect de leurs successions et des héritages au sein des familles des aristocrates, ce qui était un point crucial car cela garantissait la pérennité du contrôle de la terre dans le temps, de génération en génération. L'hérédité revendiquée des privilèges fonciers ouvrirait la voie à des titres de propriété bien plus absolus que ceux qui valaient à l'époque.

La Grande Charte de 1215 et ses versions successives sont entrées dans l'histoire dominante comme les premiers ancêtres des textes constitutionnels modernes. Elle est un paragraphe obligatoire des manuels du droit des droits humains. À Runnymede, pas loin de Heathrow, lieu de sa signature, l'*American Bar Association* a érigé un mémorial avec

l'inscription « a symbol of freedom under law ». On le verra, cette prétendue filiation est partielle, partiale et aveuglante. Elle fait bien entendre de la partie de l'histoire des vainqueurs.

2 Carta de Foresta, Magna Carta et communs

3. Déjà, il en va tout autrement pour la Charte des Forêts (1217) qui, elle, est méconnue des juristes contemporains. Pourtant elle formait un diptyque avec la Grande Charte : les deux étaient enchevêtrées et exprimaient un même état vivant des choses dont l'usage commun et coutumier des forêts faisait intégralement et explicitement part⁴. La Charte des Forêts et l'intérêt qu'on lui porte vont eux subir un *decrecendo* continu jusqu'aux révolutions libérales des XVII^e et XVIII^e siècles, après lesquelles ils disparaîtront sous une grosse chape de silence⁵. Cette histoire-là, celle des communs, fut négligée⁶ et devint au mieux une « note en bas de page de l'histoire »⁷.

Au début du XIII^e siècle et pour une longue période ensuite, l'approbation solennelle et proto-constitutionnelle⁸ des pratiques collectives pesait au moins autant que le rééquilibrage des relations de pouvoir entre les puissants de l'époque — le roi, l'église, les barons et les *freemen* — qui tous tiraient leurs pouvoirs de la possession féodale des terres. Les deux chartes, écrit l'historien Peter Linebaugh, ne ratifient pas seulement ces droits individuels embryonnaires, mais reconnaissent surtout un univers d'arrangements coutumiers qu'il appelle, par contraste, « droits communs »⁹. La plupart¹⁰ des dispositions protégeant les droits coutumiers des roturiers à utiliser collectivement les ressources des forêts sont intégrées dans la Charte des forêts (1217 et versions suivantes), également appelée *Charter of the common man*.

Celle-ci garantissait à l'ensemble de la population l'accès aux moyens de subsistance et de matières premières, voire même des moyens de production¹¹. Elle confirmait sans ambiguïté la force juridique des usages coutumiers de cueillette des plantes sauvages comestibles, baies, noix et champignons, d'engrais, de glands pour les cochons, de pâturage, de coupe de bois de chauffage et d'ouvrage, de récolte de tourbe, de pêche, de récolte de miel et bien d'autres choses encore, et ceci en fonction des conditions et possibilités écologiques particulières des localités. En d'autres termes, la Charte des Forêts honorait les pratiques qui autorisaient les habitants à accéder aux forêts pour satisfaire leurs besoins essentiels, même si ces forêts étaient gouvernées par d'autres en vertu du pouvoir souverain. Les droits fonciers n'avaient

(1) Les *freemen* étaient les métayers qui possédaient des titres de propriété sur leurs fermes.

(2) Même si cette première version de la Charte fut rapidement abrogée par le pape et le roi lui-même, et que de nouvelles guerres civiles furent déclarées et menées, la *Magna Carta* sera adaptée et re-proclamée jusqu'à 40 fois par la suite par les monarques suivants. Elle fut notamment invoquée par le juriste renommé Edward Coke comme garante des libertés face à l'invocation par les Stuarts du droit divin des rois dans le premier quart du XVII^e siècle. Cf. P. LINEBAUGH, *The Magna Carta Manifesto. Liberty and commons for all*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 2018, 352 p. Je me base sur les textes des Chartes que Linebaugh a reconstitués dans son livre en appendice, pp. 281-301, englobant les versions 1215, 1217 et 1225.

(3) En réalité c'est encore plus complexe : « *Magna Carta attempted to put to rest seven conflicts, namely*

between church and monarchy, between the individual and the state, between husband and wife, between Jew and Christian, between king and baron, between merchant and consumer and between commoner and privatizer », Peter Linebaugh, *The Magna Carta Manifesto, op. cit.*, p. 45.

(4) Voy. le très documenté N.A. ROBINSON, « The Charter of the Forest : evolving human rights in nature », in D. BARSTOW MAGRAW e.a. (éd.), *Magna Carta and the Rule of Law*, 2014, pp. 311-377 via <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=lawfaculty>, consulté le 8 août 2022. Edward Coke (président de la Chambre des communes et procureur général dans les années 1620) et William Blackstone (célèbre juge, homme politique, professeur de droit à l'Université d'Oxford et auteur d'ouvrages influents dans le domaine juridique, tels que les célèbres Commentaires sur les lois d'Angleterre, 1766) établi-

ront de manière convaincante que les *Chartae Libertatum Angliae* constituaient un tout indissociable.

P. LINEBAUGH, *The Magna Carta Manifesto, op. cit.*, 38. Aussi P. BABIE, « *Magna Carta and the Forest Charter : two stories of property* », *North Carolina Law Review*, vol. 1994/5, pp. 1431-1474.

(5) Elle fut abrogée officiellement en 1971 par la *Wild Creatures and Forest Laws Act*.

(6) D. BOLLIER, « Who may use the King's Forest ? The meaning of Magna Carta, commons and law in our time », 2015, via <https://commonsstrategies.org/who-may-use-the-kings-forest-the-meaning-of-magna-carta-commons-and-law-in-our-time/>, consulté le 8 août 2022

(7) N.A. ROBINSON, « Address at the Lincoln Charter of the Forest Conference, Bishop Grosseteste University : The Charter of the Forest. Evolving human rights in nature », 2017, p. 17 via <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?ar->

title=2073&context=lawfaculty consulté le 8 août 2022.

(8) U. MATTEI et A. QUARTA, *The turning point in private law. Ecology, technology and the commons*, Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 15-16 affirmant que la Charte des Forêts donna une dignité constitutionnelle au *commoning*.

(9) P. LINEBAUGH, *The Magna Carta Manifesto, op. cit.*, p. 44.

(10) On trouve de telles dispositions également dans la Grande Charte, les *estovers* par exemple : le septième chapitre prévoit le droit de la subsistance (temporelle) des veuves des soldats du roi, elles peuvent percevoir une part de bois pour les besoins quotidiens, comme le chauffage et l'entretien des bâtiments, des charrettes, des équipements et des outils. Ce qui confirme le lien entre les deux chartes.

(11) G. STANDING, *Plunder of the commons. A manifesto for sharing public wealth*, Pelican Books, London, 2019, p. 4.

donc rien d'absolu mais étaient organisés collectivement par des systèmes évolutifs de règles, de parts et de quotas, en tenant compte des contraintes et des limites fixées par les potentialités et les circonstances locales, tous aspects confondus, comme la densité de la population, la disponibilité des ressources forestières, la durabilité et la générativité des pratiques, les facteurs et les choix socio-économiques et politiques, etc. Pour la Charte des Forêts, même si elle appartenait au roi, la terre était destinée à répondre aux besoins de subsistance du plus grand nombre.

4. L'on venait toutefois de bien loin. Après la conquête normande de 1066, les rois normands avaient transformé des grandes parties du pays en « forêts » soumises à un droit royal qui rivalisait avec le droit commun¹². Entre 1086 et 1215, le nombre de forêts royales allait passer de 25 à 143, soit jusqu'à un tiers du sud de l'Angleterre¹³ au détriment des élites aristocratiques et ecclésiastiques (c'est l'« afforestation »). Par-dessus le marché, pour financer leurs coûteuses guerres, les rois successifs (tels Richard Cœur de Lion et Jean sans Terre) avaient imposé toutes sortes de taxes supplémentaires, augmentant ainsi le mécontentement, les frustrations et l'opposition des élites¹⁴, ce qui mit à son tour sous pression les relations de ces dernières avec les populations qui dépendaient d'eux mais vice versa aussi¹⁵.

Les tensions autour des droits de possession et d'utilisation de la terre étaient au cœur des conflits et des guerres qui ont précédé les signatures des deux chartes. La *Magna Carta* est très claire sur ce point. Elle redresse explicitement et radicalement une situation qui a déraillé en déclarant purement et simplement que « (a)ll forests that have been created in our reign shall at once be disafforested. Riverbanks that have been enclosed in our reign shall be treated similarly » (chapitre 47) ce qui entama directement une révocation générale des droits des rois sur les terres dont ils s'étaient emparés. Les frontières des territoires réacquis par les seigneurs locaux devaient dorénavant être reconfirmées régulièrement par des pérambulations et processions populaires de bornage (« beating the bounds ») pendant lesquelles c'était aux *users* — aux *commoners* — de contrôler et confirmer l'étendue des territoires qui relevaient de leur usage coutumier. Ainsi, les deux chartes ont aussi voulu mettre fin à la rapacité des royaux au profit des usages communs et des pratiques coutumières existantes. En ce sens les « afforestations » préfiguraient les *enclosures* des siècles suivants.

Les serfs, estimés à un tiers de la population¹⁶, tombaient sous les régimes organisés et imposés par les seigneurs du lieu. Leurs droits, devoirs et prérogatives n'étaient cependant pas aléatoires mais régis par des accords coutumiers développés dans la durée à partir de pratiques locales et durables. Sans oublier que la servitude impliquait souvent l'attribution d'une parcelle de terre par le seigneur à ses serfs en récompense du travail qu'ils étaient tenus d'accomplir pour lui. Cela garantissait aux serfs et à leurs familles un accès direct aux moyens de subsistance de base. Ces arrangements étaient transférables d'une génération à l'autre (moyennant le paiement de droits de succession), offrant ainsi une certaine indépendance et une sécurité à plus long terme¹⁷. Le caractère collectif de la vie rurale, l'accès aux parcelles privées et les arrangements locaux concernant l'utilisation des ressources forestières favorisaient non seulement d'intenses relations de solidarité, mais constituaient également une force politique et idéologique potentielle. Lorsque le roi « afforestait », les répercussions se fai-

saient donc également sentir sur les petits propriétaires et les serfs, les ralliant pour en faire une force importante dans le paysage de conflits et de guerres du XIII^e siècle. En effet, les souverains mettaient brutalement fin aux pratiques coutumières cruciales pour répondre aux besoins de base des habitants du territoire et, un pas de plus, pour garantir la disponibilité de soldats et de l'infrastructure de guerre nécessaire (soutien, nourriture et équipement) pour les armées et les possessions des barons. Le fait de mettre le respect des règles coutumières locales non écrites sur la table des négociations exprimait d'ailleurs aussi que les élites révoltées voulaient tenir le roi à distance en matière de gouvernement ou de juridiction. La défense populaire multiforme des communs et la défense des privilèges féodaux se sont donc renforcées mutuellement, tant politiquement que stratégiquement. On comprend donc bien que les chartes, et surtout celle des forêts, aient donné une place prépondérante à la *disafforestation* et aux usages communs et locaux, garants de la subsistance et de la survie des populations.

3 Le droit des communs est un droit vernaculaire

5. Le « droit vernaculaire »¹⁸ de l'époque est intégré dans l'écologie particulière et l'organisation du lieu avec ses exigences spécifiques. Contrairement à ce que le récit majoritaire induit (*supra*, §§ 1 et 2), les chartes protégeaient des usages et pratiques plutôt que des personnes et des droits, des collectifs plutôt que des individus. La société médiévale dans son ensemble vivait de fruits des terres, des bois et des campagnes dont les usages et savoirs associés étaient toujours partagés d'une manière ou d'une autre. L'utilisation de la terre — non pas déterrée ou « bien », mais lieu de vie et de survie — était basée sur des articulations locales de privilèges, prérogatives, revendications et pratiques coutumières diverses. Comme Paolo Grossi¹⁹ l'indique, le droit médiéval est incrusté dans le réel des choses, il est factuel. Réicentrique au lieu d'être anthropocentrique, il est généré par le bas et enraciné dans les *res* (aux deux sens du mot cause et chose, *geding* et *ding* en néerlandais) : « (I)l n'est autre que la réalité complexe et magmatique de la société qui s'autoorganise et qui, ce faisant assure et sauvegarde sa conservation ». Une telle constellation, toujours selon Grossi, est rendue possible par l'inachèvement du pouvoir politique à l'époque et ne peut en aucun cas être confondue avec l'État moderne « potestatif » au pouvoir vertical « capable de tout englober »²⁰.

Pour un juriste, ce lien direct entre les contraintes de la survie matérielle — pour Grossi elles sont trois : la terre, le sang et le temps — et le droit passe d'abord par les coutumes et l'expérience comme source de droit. Et cette expérience n'est pas celle de l'individu singulier, mais celle du groupe qui fait face aux défis à travers une organisation complexe consciente de l'interdépendance de chacun par rapport aux autres et aux éléments environnementaux. Les coutumes se développent à travers elle, à la recherche des façons de faire les plus fructueuses, s'améliorant et se raffinant en interaction et à travers conflits²¹. Il en va de même pour le développement du « droit

(12) À l'époque, les « forêts » comprenaient les terres agricoles habitées, les landes, les prairies et les zones humides, à côté de territoires densément boisés, comme la célèbre forêt de Sherwood, refuge des hors-la-loi, à l'origine de narrations comme celles de Robin des Bois et ses joyeux compagnons. « Forêt » était le nom administratif des zones où le roi imposait sa loi. Elles étaient pleinement de son ressort.

(13) G. STANDING, *Plunder of the commons*, op. cit., p. 6.

(14) « While his court extracted timber, game and other natural resources, royal forests were extremely important for his revenue. The Exchequer received funds from fines or amercements for offenses against Forest Law, from grants or licenses and privileges, from sales of timber or

sales of land in royal forest. The many officers of the Forest aggressively applied Forest Law to maximize revenues. The Eyres and forest courts were more like 'tax collectors' than tribunals of justice. Arbitrary afforestation expanded the borders of royal forests and effectively seized property and disrupted customary natural resources uses, without recourse (...) Forest Law was an arbitrary and abusive regime », N.A. ROBINSON, « The Charter of the Forest ... », loc. cit., p. 311.

(15) *Ibidem*, p. 6 ; N.A. ROBINSON, « Address at the Lincoln Charter of the Forest Conference », loc. cit., p. 3.

(16) S. FEDERICI, *Caliban et la Sorcière. Femmes, corps et accumulation primitive*, Entremonde et Senonevero, 2014 (original en anglais 2004), pp. 36-44.

(17) « The average oppressed medieval serf worked less than a modern nine to five office or factory worker », D. GRAEBER et D. WENGROW, *The Dawn of everything. A new history of humanity*, Farrar Strauss et Giroux, New York, 2021 p. 136.

(18) D. BOLLIER et B.H. WESTON, *Green governance. Ecological survival, human rights and the law of the commons*, Cambridge University Press, 2013, pp. 104-111 et D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Free, fair and alive. The insurgent power of the commons*, Gabriola Island, New Society Publishers, 2019, pp. 222-228.

(19) Hommage à ce grand historien du droit à l'Université de Florence et ancien président de la Cour constitutionnelle Italienne, décédé le 4 juillet dernier.

(20) P. GROSSI, *L'Europe du droit*, Pa-

ris, Le Seuil, 2011, 26-28. Aussi p. 44 : « Les choses ne sont plus (SG : Grossi fait référence au droit romain) un terrain piétiné par un sujet souverain, mais une réalité vivante à lire et à respecter dans ces prétentions objectives, d'autant plus légitimes qu'elles détiennent la clé des faits vicaux que sont l'exploitation, la production et la subsistance de la communauté ». Au sujet du réicentrisme médiéval voy. aussi : J. DE SAINT VICTOR, « Généalogie historique d'une "propriété oubliée" », in B. PARANCE et J. DE SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS Éditions, 2014, pp. 61-68.

(21) Même si les occupations et les tâches des hommes et des femmes étaient différentes, elles étaient toutes comptabilisées comme faisant partie

commercial » à travers les usages qui se développent au sein de la classe marchande²². Elles naissent par la répétition collective et deviennent des « faits normatifs » qui s'imposent au pouvoir politique²³. La prépondérance de la coutume sur la loi et la marginalité des interventions « législatives » (de « droit public ») des rois caractérisent le droit dans toute l'Europe des XII^e-XIII^e siècles. D'État au sens moderne, il ne peut pas encore être question, loin de là.

6. Les chartes n'ont apporté ni clôture, ni stabilité. Les rois, barons et ecclésiastiques qui se sont succédé ont entrepris de suspendre, contourner et éroder l'accord proto-constitutionnel, tout en se faisant misère, violence et guerre en y entraînant les populations qui dépendaient d'eux (et vice versa). C'est ce que montre la riche historiographie des mouvements de résistance des gens du peuple (petits propriétaires, artisans, paysans, serfs, pauvres et même esclaves) contre les pouvoirs des XIII^e et XIV^e siècles. Les révoltes de la paysannerie sont alors endémiques et massives, surtout à la fin du XIV^e siècle. Il s'agissait d'une « guerre quotidienne » menée par le biais de petits actes de résistance et de sabotage²⁴ et d'interminables procédures locales, canoniques et/ou royales.

L'accord sur les coutumes et les règles applicables était un enjeu de discord permanent²⁵ et conduirait à l'entreprise controversée de les consigner par écrit. Le besoin ressenti de réaffirmer régulièrement les chartes aux XIII^e et XIV^e siècles était symptomatique de leur vulnérabilité aux changements et redistributions volatiles dans la grille des relations de pouvoir à différents niveaux, ainsi que de l'instabilité et de la fragilité du contenu, de la portée et de la validité des pratiques coutumières. Le droit était caractérisé par la concurrence et les enchevêtrements complexes entre des systèmes descendants du droit romain (Justinien), du droit canonique, de la législation royale et des décisions des seigneurs locaux et du droit coutumier ascendant « factuel » intégré dans ses territoires et inscrits dans les lieux et leurs vies²⁶.

4 Enclosures et éradication des communs²⁷

7. À l'époque des deux chartes, au moins trois mutations sont engagées et vont marquer la suite : les déboisements transforment le sylvo-pastoralisme en agriculture plus élaborée ; la ville se développe et s'autonomise ; et la monnaie et les marchands apparaissent²⁸. Dans la longue durée, c'est la transition vers le capitalisme et la sacralisation de la propriété, de la productivité, du marché, du profit et de l'individualisme qui s'enclenche. Cette transition sera létale pour les communs et pour les coutumes. L'histoire de l'expulsion, au profit de la noblesse et des marchands, des communautés locales des terres dont ils avaient la jouissance coutumière (entre autres en vertu de la Charte des Forêts 1217) est bien documentée. Le nouvel interdit de prélever dans

les forêts, les fleuves et les terres les ressources essentielles à leur vie au bénéfice des anciens nobles devenus marchands est connu sous le nom des *enclosures*²⁹. Il sera dévastateur, d'autant plus que la machine étatique mettra sa force prohibitive et punitive au service de cette transition.

Que les corvées et les travaux physiques dus par la population (serfs, libres, etc.) aux seigneurs soient devenus convertibles en monnaie (rentes, loyers, impôts et surtout services militaires dont on pouvait se libérer en payant) conduit à la disparition relativement rapide du serfage, mais non sans conséquences. Pour les paysans les plus riches, la monétarisation ouvre la voie à l'embauche de main-d'œuvre. Ils acquièrent ainsi une indépendance économique et personnelle. Mais beaucoup d'autres s'endettent au point de ne jamais plus être en mesure de rembourser : ils perdent les parcelles de terre auxquelles le serfage leur donnait droit et n'ont plus que leur force physique à offrir. Une classe de travailleurs pauvres et misérables et de vagabonds se développe rapidement³⁰.

8. En Angleterre, ce processus s'entame déjà au XIII^e siècle par des tentatives de révocation des chartes (par Henri III) mais c'est au XVI^e siècle qu'il va prendre toute son ampleur sous les Tudor³¹. Henry VIII et Thomas Cromwell se distingueront par le démantèlement brutal de nombreux communs, souvent établis sur les terres de l'Église, qui furent impitoyablement expropriés et redistribués parmi leurs favoris à la cour. Les terres redistribuées furent « clôturées » par ceux-ci et destinées à l'élevage de moutons à grande échelle, à la production de papier ou de bois d'ouvrage pour la construction de vaisseaux commerciaux et militaires, au profit donc. Leurs usagers se retrouvèrent expulsés. Et ce mouvement va se perpétuer après la *Glorious revolution*, par des *Enclosure Acts* de 1760 et de 1870 qui légalisent les prises de terres et leur propriété, désormais, absolue³². Les actes et pratiques qui jadis furent protégés par les chartes, sont systématiquement transformés en crimes sévèrement punis, avec le Black Act de 1723 comme apothéose de la démesure³³. Tout cela ne va pas sans résistance et rébellions, mais celles-ci furent durement réprimées. Elles montrent toutefois, comme le dit Grossi, que l'expérience juridique médiévale a perduré « des siècles et des siècles » avec son anthropologie très particulière, réicentrique et non anthropocentrique, et *bottom up* plutôt qu'imposée par la loi ou le commandement d'un souverain³⁴. La défense des économies de subsistance et leurs régimes coutumiers, toujours vivants au cœur des populations agraires, suffoquent et meurent écrasées et décimées par la montée de l'économie libérale et de l'État moderne.

Les révolutions libérales des XVII^e et XVIII^e siècles (Angleterre, France, États-Unis...) ratifieront cette éradication : dans la nouvelle ère qui s'annonce l'individu souverain et libre, propriétaire de soi et de tout ce qu'il pourra approprier, devient la mesure de tout. À côté de la liberté individuelle, le droit individuel de propriété (de l'homme blanc) figure sans ambiguïté aucune en tête de toutes les déclarations constitution-

des choses à faire pour assurer la subsistance et le fonctionnement de la communauté : les contributions des femmes étaient valorisées, ce que confirme la centralité de la question de la protection des droits de succession et des droits des veuves dans les chartes et les pratiques juridiques de l'époque (cfr S. FEDERICI, *Caliban et la sorcière*, op. cit.).

(22) P. GROSSI, *L'Europe du droit*, op. cit., pp. 76-77.

(23) P. GROSSI, *L'Europe du droit*, op. cit., pp. 30-37, 54. Et Grossi ajoute (p. 35) : « le sentier n'est donc que le résultat d'un nombre infini de pas constamment réitérés (...) parce c'est le chemin le plus rapide pour traverser ». La loi est engendrée par la répétition et l'habitude, comme un sentier « devient » à force d'être parcouru.

(24) Cfr J.C. SCOTT, *Domination and the arts of resistance. Hidden transcripts*, Yale University Press, New Haven/London, 1990.

(25) Les choses pouvaient aussi prendre une tournure extrêmement violente, notamment lorsque les

conflits sur les façons de vivre se transformaient en batailles religieuses et que des hérésies étaient proclamées (les Albigeois et les anabaptistes par exemple) et chassées, persécutées sinon exterminées par l'inquisition. S. FEDERICI, *Caliban et la sorcière...*, op. cit., pp. 44 et s.

(26) P. GROSSI, *L'Europe du droit*, op. cit., pp. 60-77. Dans le même sens : E.P. THOMPSON, *Les usages de la coutume. Traditions et résistances populaires en Angleterre XVII^e-XIX^e siècle*, EHESS-Gallimard-Seuil, Paris, 2015, pp. 155-249.

(27) À vol d'oiseau et sur la base de travaux antécédents. Pour plus de références Voy. entre autres S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons* », *Chronique : Théorie de droit, Revue juridique de l'environnement*, 2016/1, pp. 306-343, aussi via http://works.bepress.com/serge_gutwirth/119/ consulté le 11 août 2022.

(28) P. GROSSI, *L'Europe du droit*, op. cit., pp. 49-50.

(29) Voy. par exemple, K. POLANYI, *La*

Grande Transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps, coll. TEL, Paris, Gallimard, 1983 (orig. 1944), pp. 80 et s. Les travaux sont nombreux, mais on doit la remise sous les projecteurs de l'histoire de la destruction des communs par les enclosures surtout aux travaux des historiens Edward Thompson et Peter Linebaugh. Thompson s'est concentré sur l'incrimination progressive et très violente des usages qui assuraient la survie des populations et les nombreux mouvements de résistance contre ces dépossessions ; E.P. THOMPSON, *La Guerre des Forêts*, Paris, La Découverte, 2014 et E.P. THOMPSON, *Les usages de la coutume*, op. cit. Linebaugh, quant à lui, a souligné l'énorme perte de pratiques, d'expérience et de savoirs se rapportant à la vie en commun et aux conditions de survie, qui furent désormais déclassées et interdites au bénéfice du développement et de l'économie politique libérale, tant en Angleterre que dans les colonies (P. LINEBAUGH, *The Magna Carta manifesto*, op. cit.).

(30) Bronislaw Geremek, cité par S. FEDERICI, *Caliban et la sorcière*, op. cit., p. 51.

(31) N. HAYES, *The book of trespass. Crossing the lines that divide us*, Bloomsbury Circus, London, 2020, p. 98 : « "Enclosure" is the name given to the systematic privatisation of land on which commoners held customary rights of use, a sometimes-legal sometimes-illegal process that began in the early thirteenth century and reached its zenith in the eighteenth. The first Act of enclosure in 1235 ».

(32) G. STANDING, *Plunder of the commons...*, op. cit., p. 13 : « Between the seventeenth and twentieth centuries, parliament passed over 5.000 enclosure Acts, enclosing more than 6.8 millions acres of what had been common, public land ».

(33) E.P. THOMPSON, *La Guerre des Forêts*, op. cit.

(34) P. GROSSI, *L'Europe du droit*, op. cit., p. 85.

nelles et constitutives de l'époque. Au point que même l'État moderne et sa loi omnipotente sont toujours supposés émaner de l'individu souverain et propriétaire de lui-même : c'est l'humanisme individualiste et l'idéologie libérale qui formatera décisivement le paysage légal, politique et économique des 250 années suivantes. Le rayage des communs du territoire peut alors être présenté comme nécessaire et inévitable dans la perspective d'un État tombant aux mains d'entrepreneurs, la *gentry* ou encore le « tiers état ». Loin du respect et de la valeur dont ils avaient été crédités dans les chartes du début du XIII^e siècle, les communs et leurs coutumes vernaculaires se retrouvent relégués au statut de souvenirs d'un passé médiéval archaïque heureusement dépassé, et même pas pittoresque. Et on peut constater le même genre de mouvement dans ce qu'on peut nommer les « deux révolutions françaises », celle du tiers État libéral et celle du peuple révolté³⁵.

Résumons avec l'historien Peter Linebaugh : « There was a great wave of enclosure at the sixteenth-century birth of the aggressive European nation-state. There was another wave led by Parliament in the eighteenth century. A third wave wrought planetary damage beginning in the late twentieth century »³⁶. Pour Federici, la première vague exprime un processus précoce de prolétarianisation qui introduit de nouvelles divisions sociales et économiques au sein des communautés locales et de leur organisation collective³⁷ : une contre-révolution qui tua à la racine les possibilités ouvertes par les conflits de la féodalité³⁸. Pour Marx, les *enclosures* de la deuxième vague ont permis la formation d'une force de travail extrêmement pauvre, démunie de ses moyens de subsistance habituels et facilement disponible car concentrée dans les villes, c'est le processus « d'accumulation primitive du capital »³⁹. Toutefois Linebaugh constate que les *enclosures* n'ont pas cessé de détruire des cultures qui ne connaissaient pas de « propriétaire » de la terre, en particulier par la colonisation, et continuent leur dévastation à travers la privatisation néo-libérale de l'accès libre à des biens dits communs tel que l'eau, l'air et, bien sûr, l'information. Ce que, à son époque, Karl Polanyi nomma « une révolution des riches contre les pauvres » semble être une révolution permanente⁴⁰.

Il est facile de voir le mouvement qui a opéré depuis la proclamation des chartes : en passant par le mercantilisme, l'industrialisation, les révolutions bourgeoises en Europe et l'exploitation coloniale outremer (qui elle aussi partout détruira les façons de vivre collectives), l'effondrement du monde soviétique (alternative productiviste tout aussi problématique dans lequel le Parti et son État éradiquent tant l'individu que les communs), et la mondialisation néolibérale, voilà les principes constitutionnels occidentaux exportés partout dans le monde et certifiés, avec des nuances différentes, par les Nations unies, des organisations régionales (telles l'Union européenne, le Conseil de l'Europe, l'Union africaine, l'Organisation des États Américains...) ou encore l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et la Banque mondiale. Même s'il reste des États puissants qui se réclament explicitement d'autres doctrines que le libéralisme (Chine, Russie, Vietnam, Cuba...), le droit international reste modelé sur ces principes que ces États endossent du bout des lèvres tout en le tournant en mascarade (pour autant, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas de théâtre en Occident aussi...). S'y ajoute l'adhésion quasi unanime des États aux dogmes de la

propriété (qu'elle soit privée ou publique), de la croissance, du productivisme et de la compétition interétatique. Le grand triomphe de la rationalité politique éclairée ressemble donc à une sinistre farce, comme l'expriment les principes de l'OMC et ses mécanismes de règlement des différends qui placent les États et les questions d'intérêt général qu'ils devraient avoir à cœur (par exemple le climat, la pollution, la santé, l'éducation ou la pauvreté) sous la censure des prétendues lois du marché.

L'histoire majoritaire occulte systématiquement celle des perdants, celle de ce qui a été piétiné, détruit et éradiqué, celle de la violence faite à ceux qui ont vu leurs modes de vie dénigrés et dévastés. Comme s'il allait de soi que cette destruction n'était qu'un petit prix à payer pour les progrès incontestables de la modernité, censés justifier la destruction et l'occultation systématique d'un multivers de pratiques de mise en commun, jadis vitales pour de larges pans de la population. Sous le regard libéral, voilà celles-ci réduites à des archaïsmes vétustes et stupides dont il fallait bien se débarrasser en cours de route. C'était inévitable pour les besoins et les nécessités de l'économie, la croissance, les investissements, la liberté d'entreprise et les « libres circulations » (côté « économie »), et bien sûr, des droits individuels (côté « humanisme »)

5 Et pourtant les communs existent et fonctionnent « efficacement » : Elinor Ostrom à contre-courant

9. En 1968 Garret Hardin a tenté de démontrer « mathématiquement » qu'à terme, un *commons* est invi(v)able, autodestructif et est condamné à s'auto-consommer et à s'autodétruire⁴¹. C'est tragique certes, mais c'est comme ça, disait-il. Point final. Or, effet boomerang, c'était sans compter sur la réaction d'Elinor Ostrom, scientifique renommée et sérieuse, future prix Nobel d'économie, qui avait commencé à travailler sur les communs dans le cadre d'un combat de chercheuse en sciences sociales contre les modèles simplificateurs de ses collègues. Dans les années 1970, sa préoccupation s'est focalisée sur l'utilisation de ces modèles par les analystes politiques et les fonctionnaires pour « rationaliser » la gouvernance de l'État. Ainsi, la force même de son argumentation était de se situer au plus près des préoccupations d'efficacité que cette gouvernance était censée promouvoir. Mais il est frappant qu'une partie de son travail est aussi venue ébranler profondément la représentation moderne et « rationnelle » des hommes comme *hominis economici*.

Ostrom refusa donc les modèles scientifiques dominants et préféra entreprendre une série d'études empiriques sur les modes d'organisation des communs (qui existaient encore malgré les mathématiques hardiniennes) et leurs efficacités, au pluriel, bien sûr, car c'est une grande diversité de modes et de formes d'organisations qu'elle a rendue visible. Ses résultats sapent la thèse selon laquelle, sans intervention d'un État, les relations humaines seraient chaotiques, agressives, aveu-

(35) Cfr Y. BOSCH, *La terreur des droits de l'homme. Le républicanisme de Thomas Paine et le moment thermidorien*, Paris, Éditions Kimé, 2018 : la première révolution efface la seconde (avec le massacre de la Commune comme apothéose). Les Robespierriens reconnaissent les communs, tout comme Thomas Paine d'ailleurs (cfr Y. BOSCH, « Loi du 10 juin 1793 sur le partage des biens communaux », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF-Quadrige, Paris, 2017, 766-769. Aujourd'hui le même grand écart se produit entre d'une part les droits individuels de la première génération qui protègent les libertés individuelles, sont vénérés religieusement et donnent accès à des procédures juridiques de droit international, et de l'autre, l'insignifiance et le vide de plus en plus

criants de ceux de la deuxième génération, les droits socio-économiques censés réaliser l'égalité des chances sous la responsabilité des États (cfr S. GUTWIRTH et P. DE HERT, « Human rights : a secular religion with legal crowbars. From Europe with hesitations », *National Law School of India Review*, vol. 33/2, 2022, pp. 417-459, via https://works.bepress.com/serge_gutwirth/148/).

(36) P. LINEBAUGH, *Stop, Thief ! The commons, enclosures, and resistance*, PM Press, Oakland, 2014, p. 4.

(37) Dans *Caliban et la Sorcière* (op. cit.) Federici montre que cette prolétarianisation était particulièrement le sort des femmes, dont le rôle dans l'organisation de la subsistance et de la vie quotidienne — le « travail reproductif » — ne fut pas monétarisé (mais externalisé). Les femmes

perdent ainsi leurs prérogatives et droits coutumiers, doivent migrer vers les villes en plus grand nombre que les hommes, et deviennent des victimes privilégiées de paupérisation, d'exclusion et de discrimination. D'autre part, les villes européennes des XIII^e, XIV^e et XV^e siècles ont donné plus de latitude aux femmes pour échapper à la subordination aux hommes et accéder aux entreprises et professions. Les femmes se voient également attribuer un poids crucial associé aux mouvements millénaristes et aux révoltes hérétiques qui rassemblent souvent de nombreux groupes de la population paupérisée dans des mouvements de rébellion. Mais la violence exacerbée et les réactions répressives dont ils ont fait l'objet (inquisition, croisades, chasse aux sorcières, répression de la sexualité, etc.) de

la part tant des autorités religieuses que séculières, ont été sanguinaires, impitoyables et implacables. C'était le cas même si beaucoup de ces hérésies reprenaient certaines idées fondamentales formulées dans la Charte des Forêts et sa défense des économies de subsistance et des utilisations communes des ressources. (38) *Ibidem*, pp. 92 et s.

(39) Dans *Le Capital*, vol. I, 8^e section. Voy. aussi les articles de Marx publiés dans la *Rheinische Zeitung* en 1842 et 1843, repris en traduction française dans P. LASCOURNES et H. ZANDER, *Marx : du « vol de bois » à la critique du droit*, Paris, PUF, 1984. Aussi : P. LINEBAUGH, *Stop thief ! ...*, op. cit., pp. 43-74.

(40) K. POLANYI, op. cit., p. 77.
(41) G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1243-1248.

glément compétitives et finalement (auto-)destructives. Ils installent au contraire un enjeu général qui change la donne : la possibilité de la confiance. L'intervention de l'État n'apparaît nécessaire que lorsque les participants n'ont aucun moyen de créer la possibilité de se faire confiance, c'est-à-dire aussi de contrôler le respect des décisions prises collectivement et de sanctionner les infractions. L'intervention de l'État n'est donc pas justifiée par l'hypothèse selon laquelle les humains, s'ils sont libérés des coutumes et des croyances qui leur assureraient un comportement conforme, suivent infailliblement leur propre intérêt quelles qu'en soient les conséquences. Elle correspond plutôt à des situations dans lesquelles les humains ont été privés d'une possibilité qu'ils, l'expérimentation le montre, ne sont que trop heureux de mettre en œuvre lorsqu'elle peut résoudre le dilemme auquel ils sont confrontés. Et elle n'est efficace qu'au moyen (coûteux) d'appareils de contrôle et de surveillance *top down*, régis par des principes généraux dont la pertinence locale tient du *wishful thinking*.

Les *design principles*⁴² qu'Ostrom a distillés à partir de ses études empiriques ne sont donc pas des recettes à suivre pour obtenir un bien commun. Ils sont génériques et expriment les préoccupations partagées et explicites de ceux qui participent à un *commons* quant à leurs relations entre eux et la pérennité à long terme du site ou de la chose, la *res*, dont ils dépendent⁴³. Et oui, les humains peuvent coopérer de manière fructueuse au-delà de la poursuite de leurs propres intérêts et résoudre de manière inventive les problèmes liés à l'action collective ; en groupes ils peuvent très bien gérer leurs relations avec une « ressource » garantissant non seulement sa productivité, mais aussi l'équité et la durabilité de l'ensemble. De tels modes collectifs de gouvernance peuvent, défend-elle, donner de meilleurs résultats que l'individualisme propriétaire... *ceteris paribus*, toutes choses restant égales par ailleurs.

10. Ostrom n'était pas une penseuse révolutionnaire, bien au contraire, son objectif était de contribuer par la science à l'amélioration et « rationalisation » de la gouvernance étatique. Elle continuait à « penser comme un État »⁴⁴. Avec la pondération distante de la scientifique, elle montre que l'hypothèse de l'*homo economicus* égoïste immanquablement pris dans des « dilemmes sociaux » ne tient pas la route : « when individuals face a social dilemma in a micro-setting, they are more likely to cooperate when situational variables increase the likelihood of gaining trust that others will reciprocate »⁴⁵. Ce qui fait tenir un commun, c'est ce que les *commoners* inventent et fabriquent collectivement⁴⁶. Les communs *deviennent*, ils construisent leur trajectoire : *there is no commons without commoning*⁴⁷. Faire commun est un genre d'agir (au sens fort de *genre*, comme dans *gender*). En ce sens, rien n'est commun « par nature » sinon, tout le serait, ce qui de fait est la même chose. Le *commoning* se trouve à l'opposé de l'égoïsme social et économique, et se caractérise par l'auto-organisa-

sation d'un collectif autour d'une chose/cause (une « ressource » mais aussi, une chose culturelle ou conviviale) sur un mode génératif, engendrant de nouvelles relations, de nouvelles sensibilités, de nouvelles manières de faire importer. Cette générativité est cruciale ici⁴⁸ : portée par un souci de durabilité⁴⁹, d'exploration, d'apprentissage, et de transmission d'expériences, de pratiques et savoirs, aujourd'hui et demain, elle se trouve en opposition directe à l'extractivisme et au productivisme. Elle est de l'ordre du devenir : ses modes de faire et d'apprendre en commun suscitent des possibilités nouvelles de penser, sentir et imaginer. Ainsi, un commun capitaliste est une contradiction absolue.

6 Plus encore : les communs persistent, résistent, résurgent et ouvrent un monde de possibilités qu'on croyait éteintes ou périmées

11. Les communs tels que nous les caractérisons sont partout. Ils persistent malgré et à l'encontre des forces qui empêchent de vivre un peu partout dans le monde. Pensons aux peuples autochtones, bien sûr, mais aussi aux « aménagements fonciers territoriaux » en Italie⁵⁰ ou aux arrangements de coupe de bois, d'usage d'eaux, de pêche et de travaux agricoles dans des lieux en campagne et montagne. Ils résistent quand leurs pratiques caractéristiques sont sous attaque directe, comme de nouveau pour les peuples autochtones, ou sous pression et *nudging* du néo-libéralisme et la *new public management*, ou soudoyés par elles, comme tout(e) scientifique un peu sérieux(se) le sent dans sa moelle de chercheur(se). Et ils ripostent, comme les informaticien(ne)s du *open software* qui ont compris que leurs propres manières de travailler ensemble à travers l'échange et la collaboration étaient mises en danger par l'appropriation exclusive des savoirs informatiques par les droits de propriété intellectuelle. La *slow science* et l'*open software* (ou *copyleft*) sont des mouvements de résistance et de préservation de la dignité des pratiques qui les font exister.

Les communs résurgent malgré un environnement défavorable dans lequel ils doivent se frayer une existence. Toute initiative collective et générative (de choses, de culture, d'organisation de pensée ou de plaisir), qui passe outre l'« alternative infernale » entre l'État et le marché, ou encore entre la personne privée et l'institution publique⁵¹, en est un exemple. *Zones à défendre*, radios ou TV-libres, des groupes d'agrisquatteurs, des potagers collectifs, des *community land trusts*, des ateliers ouverts, des théâtres (occupés), des lieux de recyclage et d'échange, des squats solidaires, des magasins coopératifs, des centres

(42) E. OSTROM, *La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, 2010, pp. 112-127, et en particulier le tableau 3.1 « Principes de conceptions communs aux institutions durables de ressources communes » à la page 144.

(43) Cfr S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs... », *loc. cit.*, pp. 318-319.

(44) Cfr J.C. SCOTT, *Seeing like a State*, Yale University Press, New Haven et London, 1998.

(45) E. OSTROM, *Beyond markets and states : polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, December 8, 2009 via <https://web.pdx.edu/~nwallace/EHP/OstromPolyGov.pdf>.

(46) *Ibidem*, avant-dernier paragraphe : « The most important lesson for public policy analysis derived from the intellectual journey I have outlined here is that humans have a more complex motivational structure and more capability to solve social dilemmas than posited in earlier rational-choice theory. Designing institutions to force (or nudge) entirely self-interested individuals to

achieve better outcomes has been the major goal posited by policy analysts for governments to accomplish for much of the past half century. Extensive empirical research leads me to argue that instead, a core goal of public policy should be to facilitate the development of institutions that bring out the best in humans. We need to ask how diverse polycentric institutions help or hinder the innovativeness, learning, adapting, trustworthiness, levels of cooperation of participants, and the achievement of more effective, equitable, and sustainable outcomes at multiple scales ». Aussi : S. HELFRICH et D. BOLLIER, « Commoning », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF-Quadrige, Paris, 2017, pp. 204-211 et à la p. 207 : « En bref, chaque commun est unique et chaque commun ne peut être mis en œuvre que par une pratique de *commoning* ».

(47) D. BOLLIER, *Think like a commoner. A short introduction to the life of the commons*, New Westminister, Post Hypnotic Press, 2014 ; D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Patterns of commoning*, Amherst (Massachusetts), The Commons Strategy Group/

Off the Common Books 2015 et D. BOLLIER et S. HELFRICH, 2019, *Free, fair, and alive. The insurgent power of the commons*, Gabriola Island, New Society Publishers, 2019.

(48) S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs... », *loc. cit.*, pp. 335 et s. avec les références à l'inspirant F. CAPRA et U. MATTEI, *The Ecology of law. Toward a legal system in tune with nature and community*, Oakland, Berrett-Koehler Publishers, 2015.

(49) Qui peut aussi être interprété comme une capacité, un « art » de « faire attention » au sens d'I. STENGERS, *Au temps des catastrophes. Résister à la barbarie qui vient*, Paris, La Découverte, coll. « Les Empêcheurs de penser en rond », 2008 ou encore comme un « art of noticing » au sens d'A. LOWENHAUPT TSING, *Le Champignon de la fin du monde. Sur la possibilité de vie dans les ruines du capitalisme*, Paris, La Découverte, coll. « Les Empêcheurs de penser en rond », 2017.

(50) P. GROSSI, « Une autre façon de posséder. Réflexions historico-juridiques sur les aménagements fon-

ciers en Italie », *R.I.E.J.*, 2021, 86, pp. 55-62. A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Une approche «écologique» des «communs» dans le droit. Regards sur le patrimoine transpropriatif, les *usi civici* et la rivière-personne », *In Situ. Au regard des sciences sociales*, 2021, n° 2 (12 mars 2021), 31 p. (via <https://journals.openedition.org/insitu/1206> consulté le 28 août 2022).

(51) On peut d'ailleurs dire qu'aujourd'hui, cette alternative n'en est plus vraiment une... Le néo-libéralisme des trente-quarante dernières années a institutionnalisé une configuration politique dans laquelle l'État s'est démis de toute prétention à gouverner autrement que par le marché. C'est l'État qui se dévore par l'intérieur en prenant comme uniques et ultimes points de repère et de « vérité », ces prétendues « lois » du marché, élevées au même rang que « les lois de la nature » et les vérités scientifiques. Croissance, productivité et concurrence, sont — par un tour de passe-passe fort peu subtil d'ailleurs — devenues comme des lois galiléennes ou newtoniennes. Difficile, dans ces conditions, d'attendre encore quelque chose de l'État...

d'activités pour enfants et jeunes, des ateliers de formation, etc. etc., tout cela foisonne et vit à la manière des communs et toujours dans des environnements hostiles.

Parler de « résurgence des communs », c'est prendre au sérieux qu'il y a toujours eu des communs, des terres et lieux de vie collective où les habitants s'autoorganisaient en faisant vivre des pratiques et usages qui se transformaient au contact avec d'autres pratiques et usages, en friction avec des rois, des marchands, des religieux et des institutions, et ainsi de suite. Mais tant en Europe que dans les régions colonisées par les Européens, les communs ont été détruits de manière violente et/ou légale, et le principe de la souveraineté du propriétaire, libre d'acheter, de vendre et d'expulser, a prévalu. Avec l'éradication des communs a été détruite la culture du « prendre soin ensemble » de la terre dont une communauté tire sa subsistance, et avec elle, des pratiques de solidarité en cas de disette ou d'accident de la vie. Le droit de propriété (de la personne juridique, qu'elle soit naturelle, privée ou publique) règne désormais en maître, et l'idée que la terre ne puisse pas être soumise à un propriétaire s'en voit réduite à une bêtise exotique et saugrenue. C'est pourquoi nous parlons de « résurgence »⁵² : elle demande une régénération de ce qui a été détruit et signifie alors la nécessité non pas de prolonger un passé qui serait encore présent dans nos mémoires, mais d'en réinventer le sens, ou plutôt les sens enchevêtrés. Et une telle réinvention peut partir d'initiatives aujourd'hui encore modestes à condition qu'elles se sachent un premier pas dont les effets fortifiants resteront à explorer. Non pas des décisions à prendre, mais des dynamiques de régénération à agencer.

De fait, les communs tiennent la *default position* dans l'histoire et au présent, dans une grosse partie du monde⁵³. Eradiqués, déclarés morts et honteux, les communs reviennent comme des mauvaises herbes⁵⁴. L'exception c'est le modernisme libéral qui, après tout, n'a que 250 ans et non ce qu'il dénigre et détruit comme étant archaïque, improductif et dangereux. La « résurgence » que nous évoquons n'a rien d'un rêve nostalgique, ni d'un retour aux sociétés coutumières anciennes, mais il représente un appel à la résurgence de notre capacité de *penser comme des commoners*, une résurgence qui pourrait être cruciale pour l'imagination et la construction d'un futur valant la peine d'être vécu⁵⁵.

Ceteris paribus, écrivais-je plus haut. Mais voilà : aujourd'hui, la seule certitude est que les choses ne resteront pas les mêmes... Les ouvrages abondent : la zone de vie, cette tellement fine pellicule autour de la terre, se transforme, sa stabilité holocène a été détruite avec des conséquences catastrophiques, non plus au long terme, mais déjà tangibles. Anthropocène, diront certains, capitalocène, d'autres plus critiques, mais ce n'est pas ici le lieu du débat.

Ailleurs, nous avons plaidé pour la nécessité, fondée ontologiquement⁵⁶, d'une « approche écologique »⁵⁷. Portée par le souci de durabilité, d'exploration, d'aventure, d'apprentissage, de transmission d'expériences, de pratiques et savoirs. Les dynamiques qu'elle engendre sont comparables aux liens « sympoïétiques » que l'on peut reconnaître dans les rapports entre des communautés « autochtones » et leurs territoires. Ensemble ces relations forment un « collectif vivant »

qui est une « écologie » au sens propre du terme, un réseau d'interdépendances mutuellement constitutives et génératives : le groupe transforme le territoire qui transforme le groupe à son tour, et ainsi de suite. Le devenir du collectif est un processus interactif et réciproque. Ce qui implique une contrainte forte : savoir vivre en faisant partie d'une écologie complexe et de ses interactions, parce que justement on en dépend collectivement et individuellement⁵⁸. Mihnea Tănăsescu a donc bien judicieusement, mettant l'accent sur l'espoir d'un avenir et non sur les responsables du désastre, nommé notre époque « écocène »⁵⁹. Le *commoning* en est une des expressions.

7 Communs et propriété : les articles 542 et 544 du Code Napoléon (1804)

12. Comme l'expriment clairement les deux chartes, l'époque féodale avait un système de « propriétés simultanées » dans lequel « la propriété ne signifie jamais qu'un droit aux utilités de la terre »⁶⁰. Concrètement, de tels droits étaient enracinés dans les coutumes locales et régionales qui régissaient et organisaient l'usage collectif de la terre. Ces droits étaient empiriques et pragmatiques. Confrontés au droit des juriconsultes qui avaient repris à leur compte le principe de l'unité du *dominium* romain contraire aux pratiques vivantes et au plurivers juridique existant, les juristes de l'époque médiévale ont interprété et actualisé ce concept pour aboutir à la « théorie du domaine divisé », qui, comme le constate Grossi, « allait connaître une très longue existence puisqu'elle prévaudra encore à la veille de la révolution française »⁶¹. Cette théorie prenait acte du fait que dans la cascade d'inféodations successives, le concessionnaire (le vassal, le *freemen*) obtenait le *dominium utile* sur le morceau de terre en question, le *dominium directum* restant chez le seigneur ou autre ayant droit. Pour les médiévaux, la propriété était donc « un faisceau de pouvoirs sur la chose »⁶² aménagée localement aux exigences, fonctions et fruits de la terre et des forêts qui garantissaient la survie et la subsistance de la petite paysannerie et des serfs.

À la sortie des révolutions libérales, en revanche, et dans le Code civil napoléonien de 1804 par excellence, la propriété se voit liée directement à la liberté de l'individu (et non plus au lieu). Elle va figurer en tête de déclarations de droits naturels, inviolables et imprescriptibles de l'homme (des Lumières) chaque fois qu'une nouvelle constitution fait table rase du passé et annonce un nouvel avenir. La propriété devient « (l')ombre une et indivisible du sujet sur la chose, elle devient pouvoir absolu, éternel et exclusif »⁶³. Selon article 544 du Code civil (1804), comme on le sait, elle « 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 ». Lumières obligent, le grand partage cartésien entre la *res extensa* (objet passif) et le sujet humain actif y transpire dans toute sa radicalité⁶⁴. Les législateurs font miroir et instaurent la *summa divisio* entre objets et sujets de droit. Voilà la terre réduite à n'être que matière ou substance passive corvéable

(52) S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs... », *loc. cit.*, 326-327.

Aussi : S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Pour une résurgence des servitudes », in M. SCHMITZ (coord.) *Le souffleur de feuilles. La biodiversité n'est pas un luxe, elle est vitale*, Éditions Couleurs Livres, Mons, 2022, pp. 83-96.

(53) Le droit comparé et l'anthropologie connaissent parfaitement les enchevêtrements complexes entre d'une part, des systèmes de résolution de conflits basés sur des prémisses collectives et inclusives qui visent des solutions locales et pragmatiques, et de l'autre, des pratiques juridiques modernes dans lesquelles les solutions sont déduites de règles abstraites par des juges, considérés comme des tiers « neutres et objectifs ». Beaucoup de régions du monde (en Afrique, en Asie et en Amérique du Sud, donc dans les ré-

gions dites décolonisées) n'ont cessé d'être caractérisées par des pluralismes juridiques bi- ou multipolaires, qui témoignent de l'importance de modes « communaux » et « interdépendants » d'organisation socio-économique, politique et juridique, en-deçà, en amont, et souvent plutôt « malgré » et « contre » les systèmes juridiques d'origine occidentale et étatiques hérités de la colonisation. Bel exemple : face au nombre de cas à juger après le génocide rwandais, la justice étatique rwandaise a passé la main aux *gacaca*'s c'est-à-dire aux mécanismes de justice traditionnels et « communaux ».

(54) Cfr J. LINGAARD (coord.), *Éloge des mauvaises herbes. Ce que nous devons à la ZAD*, Les Liens qui Libèrent, 2018.

(55) Cfr D. BOLLIER, *Think like a Commoner. A Short Introduction to the Life of the Commons*, New Society Publishers, Gabriola Island, 2014.

(56) Nous n'approfondissons pas ici. Cfr S.F. GILBERT, J. SAPP et A.I. TAUBER, « A Symbiotic View of Life : We Have Never Been Individuals », *The Quarterly Review of Biology*, vol. 87, 2012, pp. 325-341, D.J. HARAWAY, « Sympoïèse, SF, embrouilles multispécifiques », in D. DEBAISE et I. STENGERS (éd.) *Gestes spéculatifs*, Les presses du réel, Dijon, 2015 et *Vivre avec le trouble*, Vaux-en-Velin, éditions des Mondes à faire, 2020 ; L. MARGULIS, *Symbiotic planet. A new look at evolution*, Basic books, Amherst, 1998 et A. TSING, *La Champignon de la fin du monde, Sur la possibilité de vie dans les ruines du capitalisme*, Paris, La Découverte coll. « Les Empêcheurs de penser en rond », 2017. Et l'ancêtre qui resurgit : P. KROPOTKINE, *L'entraide. Un facteur de l'évolution*, Éditions écosociété, Montréal, (1902) 2001.

(57) A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Une approche "écologique" des "com-

muns" dans le droit... », *loc. cit.*, 31 p.

(58) S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs... », *loc. cit.*, 320.

(59) M. TĂNĂSESCU, *Ecocene Politics*, Open Book Publishers, 2022 via <https://www.openbookpublishers.com/books/10.11647/obp.0274> (consulté le 26 août 2022)

(60) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, Wildproject, Marseille, 2018, p. 31.

(61) P. GROSSI, *L'Europe des droits*, *op. cit.*, p. 65.

(62) *Ibidem*, p. 159.

(63) *Ibidem*.

(64) À ce sujet voy. par exemple : S. GUTWIRTH, « Trente ans de théorie du droit de l'environnement », *Environnement et Société*, n° 26, *Normes et environnement*, 2001, p. 6 (aussi : http://works.bepress.com/serge_gutwirth/30/).

à merci et livrée à son propriétaire, devenu son maître et possesseur, tant épistémologiquement que juridiquement : elle est devenue « objet » « bien » et, du même coup, « marchandise ». Cette conception révolutionnaire et libérale de la propriété individuelle signe l'éradication de ces communs archaïques et détruit fièrement les enchevêtrements concrets et vivants de prérogatives d'usage multiples au profit d'un rapport de pouvoir vertical et abstrait entre une personne juridique toute puissante et un objet passif ; un rapport qui, tel un roi Midas, réduira la totalité des relations entre humains et non-humains à lui-même. L'État et la loi mettent ainsi brutalement fin au pluralisme juridique et un monde de pratiques juridiques issues d'expériences collectives⁶⁵.

Si les communs font résurgence aujourd'hui, ils le font donc dans un environnement hostile dont ils ont été exfiltrés systématiquement, en tout cas par la législation et la codification. Autrement dit, le droit de propriété absolu et exclusif décrété par les législateurs des XVIII^e-XIX^e siècles est (par définition) au cœur même du dispositif anti-communs⁶⁶. Et ce n'est pas étonnant parce qu'il est tributaire du régime productiviste et compétitif axé sur le profit qui s'est installé lentement pendant les siècles précédents et reproduit les schémas épistémologiques cartésiens et darwiniens qui s'y accordent parfaitement bien. Tout, absolument tout dans telle conception de la propriété exclut la gestion collective d'une chose, sauf bien sûr, si cette collectivité se soumet aux formes et contraintes qui lui donneraient accès à une personnalité juridique, à nouveau unique (même si fictive) aux modalités d'action individuelles conditionnées et prescrites par la loi⁶⁷.

13. Toujours est-il qu'une petite trace du pluralisme juridique pré-révolutionnaire survivrait dans le Code civil napoléonien, et notamment l'article 542 du Code civil qui reconnaît l'existence des biens communaux, « à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ». Cet article est à l'origine un héritage direct des systèmes de propriété plurielle pré-révolutionnaire, même si aujourd'hui, le droit administratif des communes et les juges les ont transformés en propriétés des personnes morales administratives des communes (c'est-à-dire des personnes publiques et leur « domaine privé ») et les ont détachés des habitants de la commune ou de sections de communes en tant que telles et donc du droit — non plus subjectif, mais objectif — du lieu. C'est bien entendu, comme l'écrit Sarah Vanuxem, une négation du caractère collectif des propriétés communales⁶⁸. Or, qu'est-ce qui nous empêcherait, juristes, de tenter de réactiver et réinvestir cet article dans sa signification originelle et littérale⁶⁹ ? En France, en effet, l'article est toujours « en vigueur ».

En Belgique, en revanche, la réforme récente du droit des biens (Code civil, livre 3) a simplement abrogé l'article 542 sur les biens communaux (loi du 4 février 2020), alors que ce genre d'usage traditionnel de prés, bois, terrains vagues et même de chemins par des habitants est, comme le dit Johan Van de Voorde, « plutôt mais pas complètement

désuet »⁷⁰. Cet article était donc considéré comme une relique ou une curiosité juridique en dépit du fait que les pratiques de partage sont restées bien vivantes dans l'infra-droit⁷¹ du monde rural. En Belgique, donc, les habitants ne peuvent plus que s'adresser aux autorités communales qui les ont destitués comme titulaires-propriétaires collectifs des biens communaux ou sectionaux d'antan. Les *enclosures* continuent encore et toujours en 2020 ; voilà le Code civil belge épuré de vraiment tout ce qui évoquait les communs et le *commoning* dont nous parlons⁷². Plus moyen de réinsuffler vie à l'article 542 ici : il est entermé.

Remarquons que les choses ne se déroulent pas partout de la même façon, même en Occident. Ainsi, en Italie, certaines configurations d'aménagements fonciers collectifs ont résisté et survécu aux lois qui devaient les éliminer et suscitent un nouvel intérêt juridique, notamment les « domaines collectifs », d'abord abolis par une loi fasciste de 1927, mais réinstaurés par la loi 168/2017 qui les dote de la capacité de se donner des normes de manière autonome, pour autant que celles-ci soient constitutionnelles⁷³. Selon l'article 1^{er} de la loi 168/2017 « (l)la République reconnaît les domaines collectifs, sous toutes leurs dénominations, en tant que régime juridique primaire des communautés d'origine ». Paolo Grossi souligne l'intérêt de cette loi, d'une part, parce qu'elle englobe « les milliers de très différents droits fonciers collectifs qui vont des consortiums valdotains aux règles et communautés de l'arc alpin oriental, aux participations émiliennes, aux domaines collectifs de l'Italie centrale, aux droits civiques d'usage du Sud, aux *ademprivii* sardes » et, d'autre part, parce qu'elle représente une « autre » tradition, plus ancienne, plus collective, moins absolue, plus durable et récentrique⁷⁴. La décision de créer un espace de devenir pour ces communs est une décision politique motivée pas seulement par la reconnaissance explicite de façons de faire en commun, mais surtout par leur contribution favorable à la protection de l'environnement et des paysages⁷⁵.

8 Les limites de la propriété « absolue » (droit de l'environnement)

14. Toutefois, l'absolutisme propriétaire du *Code civil* doit être fort relativisé car il fait dès le début l'objet de restrictions et limites (même si pour certains cela n'affecte en rien le dogme de fond ou les règles « par défaut »). Aujourd'hui, le propriétaire est tenu par un tel ensemble de restrictions de ses pouvoirs sur sa chose que la propriété « absolue » en est devenu parfaitement hypothétique et introuvable. Comme prévu à l'article 544, l'État peut, et ne se prive pas de, rétrécir et amputer les prérogatives des propriétaires par des interventions législatives et réglementaires. *Idem dito* pour les juges et leurs constructions judiciaires

(65) A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Le pluralisme juridique retrouvé au temps des désordres écologiques. Penser la relation entre le droit et les communs de la terre avec Paolo Grossi », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2021.86, pp. 37-54.

(66) V. SAGAERT et S. DEMEYERE, « Le droit des biens et le droit de l'environnement : vers une réconciliation ? », *J.T.*, 2019, pp. 313-323.

(67) Cfr D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Free, fair and alive...*, *op. cit.*, pp. 210-214.

(68) S. VANUXEM, « Les contre-feux de l'Empire : le cas des sectionaux, biens de communautés d'habitants », in E. DE MARI et D. TAURISSON-MOURET (dir.), *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, Victoires éditions, 2016, pp. 194-214 et S. VANUXEM, « Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire », in B. GRIMOPREZ (dir.) *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, Pa-

ris, 2018, pp. 55-70.

(69) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, *op. cit.*, pp. 76 et s. qui traite du droit français, constate que le législateur français a encore réduit la portée de cet article les « sections de communes » en le mettant en régime de disparition organisée (2013). Dans le même sens : J. VAN DE VOORDE, « Gemeentegoederen (art. 542 BW) zakenrechtelijk bekeken, met bijzondere aandacht voor de praktijk », in R. BARBAIX et N. CARETTE (éd.), *Tendenzen Vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 199-220.

(70) J. VAN DE VOORDE, « Les droits subjectifs inclusifs en droits belge, français et américain. Analyse à partir du droit aux choses communes (y compris la *public trust doctrine*), du droit à l'usage des voies publiques et du droit aux biens communaux », *European Review of Private Law*, 2020-5, p. 1032.

(71) Le terme d'infra-droit est dérivé de l'emploi qu'en fait Foucault dans *Surveiller et punir* : pour Foucault l'infra-droit des disciplines fausse la

donne en ce qu'il limite les libertés et organise les conduites individuelles sur un mode qui vide le droit (libéral) en vigueur de son contenu. Je me sers du terme mais dans un sens plus positif : l'infra-droit des communs échappe ou résiste au droit en vigueur.

(72) Pour moi, en effet, les « choses communes » et les « biens sans maître » (art. 3.43 nouveau Code civil belge) ainsi que « les biens publics » (article 3.45) n'ont pas de rapport avec les communs qui nous importent : il s'agit toujours de biens appropriables ou appropriés par un propriétaire, qu'il soit individu, personne privée, personne publique ou, abstraction finale, « l'intérêt général » ou même, qu'il réfère aux « générations futures ». L'article 3.43 du Code civil C définit comme non appropriable ce qu'il est matériellement impossible de s'approprier ou de posséder dans sa totalité (air, lumière, vent...) alors que le 3.45 prévoit un régime de propriété, mais avec l'État comme propriétaire. Sur ces *res communis* dans le nouveau

code voy. A. HUCQ, « Code civil et enjeux écologiques : le cas des choses communes », *TBBR/RGDC*, 2022/7, pp. 363-377.

(73) A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Une approche « écologique » des « communs » dans le droit... », *loc. cit.*, pp. 7-9. Il y a d'ailleurs beaucoup d'exemples similaires par rapport au droit des communautés autochtones dans les territoires qui leur furent assignés partout dans le monde. Sans parler de l'infra-droit coutumier qui bien plus que le nouveau droit étatique régit les liens dans la vie des peuples ex-colonisés.

(74) P. GROSSI, « Droits civiques d'usage (Italie) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF-Quadrige, Paris, 2017, pp. 439-444, 441 et P. GROSSI, « Une autre façon de posséder... », *loc. cit.*

(75) A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Une approche « écologique » des « communs » dans le droit... », *loc. cit.*, pp. 7-9.

(par exemple, abus de droit, troubles de voisinage). L'inventaire des limites posées au droit de propriété prend le dessus de la domination directe sur la chose, au point qu'aujourd'hui c'est le pouvoir absolu et discrétionnaire sur l'objet qui est exceptionnel. Constat qui est certainement une raison valable pour aller à la recherche d'une meilleure façon de concevoir le rapport de propriété en droit (comme le propose Sarah Vanuxem *infra*, § 15)⁷⁶.

Depuis le dernier quart du siècle dernier, le droit de l'environnement est devenu la figure emblématique de ce contrepois à la propriété absolue, au point que certains auteurs évoquent des rapports « antinomiques » entre l'un et l'autre. Une quantité de lois et de décisions juridiques réduisent la marge de liberté du propriétaire par rapport à son bien pour préserver l'environnement même si ce dernier continue à être pensé comme un intérêt humain et non en termes d'interdépendance. Ce qui nous fait rester bien loin des contraintes de l'ontologie écologique que j'évoquais plus haut.

Sagaert (un des rédacteurs du nouveau livre 3 du nouveau Code civil belge) et Demeyere dédoublent cette antinomie : la propriété de la personne (qu'elle soit naturelle ou juridique) représenterait l'anti-communs et l'extractivisme, alors que le droit de l'environnement serait marqué par une dimension collective qui s'y oppose et prône durabilité et régénération. Ils voient une dialectique entre propriété et droit de l'environnement comme un signe d'ouverture du droit au collectif ou au commun⁷⁷. Or, cela ne convainc pas, certainement pas la lumière des communs tel que je propose (avec Isabelle Stengers) de les conceptualiser. « L'intérêt général » ou « l'ordre public », dans lequel serait inclus « l'environnement » comme bien public, ou le droit fondamental « à un environnement sain » n'ont en effet pas grand-chose à voir avec les dynamiques *bottom up* et « écologiques » qui caractérisent le *commoning* auquel la terre participe activement à travers les cascades d'interdépendances du devenir commun de la chose-cause ainsi constituée⁷⁸ ? C'est bien pourquoi la discussion sur la définition de la terre comme un objet passif n'est pas entrée dans l'entreprise de réforme des droits des biens. S'il est probable que toute politique environnementale digne de ce nom passe par le(s) collectif(s), ce dernier n'est pas nécessairement au cœur de toute mesure prise au nom de la protection de l'environnement.

9 Habiter les choses

15. Les propositions de Sarah Vanuxem, qui s'enracinent explicitement dans le droit de propriété et son histoire juridique tel qu'elle est décrite dans les travaux de Yan Thomas, sont plus innovatives et spéculatives. Même si on peut retracer l'origine de la toute-puissance contemporaine du sujet sur lui-même et sur la nature déjà dans le droit romain⁷⁹, et qu'aujourd'hui une telle conception s'accorde parfaitement à l'histoire des *enclosures* et de l'éradication des communs, le

droit romain doit se lire autrement car il était de fait processuel, pragmatique et casuistique et rebondissait sur des situations et leurs contraintes bien plus que sur des principes. Aussi, à l'époque romaine, existaient non seulement des situations de rappel de la « nature », notamment, d'une part, les choses communes ou publiques (*res universalis, res communes*) qui déjà alors étaient non exclusives et pouvaient être « habitées » par tous (l'air, l'eau, les fleuves, les routes, les marchés) et, d'autre part, les *res nullius* — comme le gibier — qui, elles, étaient dominables mais pouvant retrouver leur liberté en s'échappant, et pouvaient aller se « réappartenir » de fait. L'animal peut en effet changer de statut en conséquence de son comportement : de chose dominée il redevient chose s'appartenant à elle-même. Plus largement, cela signifie que les choses sont « pleines de déterminations inscrites en elles »⁸⁰ et qu'elles sont le matériau actif de l'existence juridique qui va se fabriquer autour et avec elles. Dans cette perspective, nous voyons bien moins des droits subjectifs qu'un droit objectif pragmatique, façonné par la situation et la propension des choses elles-mêmes⁸¹. La terre peut alors (et enfin) redevenir ce dont nous dépendons et vice versa.

À l'ère romaine, selon Sarah Vanuxem et Yan Thomas, la propriété fut lue non pas seulement comme domination, mais aussi et surtout comme la faculté d'habitation d'une chose, d'un écosystème, d'un milieu ou d'un lieu tout court. La propriété devient alors un droit d'habitation collective (*res publica, res universalis, res communes*) ou individuelle (la sphère privée du romain libre dans sa *domus*). « Dans cette vision, les personnes n'ont jamais la propriété des choses mêmes, mais seulement d'un droit, c'est-à-dire d'une place au sein de choses, en lesquelles demeure toujours, dans une certaine mesure, la communauté »⁸². Et cette proposition se confirme aujourd'hui encore, malgré les vagues successives d'*enclosures*, dans le cas, par exemple de ces biens que des communautés d'habitants pouvaient gérer collectivement en vertu de la signification originelle de l'article 542 évoqué plus haut, ou pour les domaines collectifs italiens, ou encore, en vertu des constitutions bolivienne et équatorienne qui reconnaissent les droits de la Terre-Mère ou la *Pacha Mama*⁸³...

S'ajoute à cela que l'approche du propriétaire comme un habitant de choses répondrait davantage à la réalité des limites législatives et jurisprudentielles à la propriété, d'autant plus que ces limites vont dépendre de la chose elle-même, de son environnement et de sa situation. Ces limites, écrit Vanuxem, « apparaîtraient telles des règles à respecter pour l'habitation des choses conçues comme des milieux. Les lois et règlements prohibant certains usages en formeraient comme un règlement intérieur ; ils obligeraient à respecter la destination des lieux »⁸⁴. La proposition est puissante parce qu'elle implique, d'une part, que les choses en tant que telles ne sauraient être appropriées, et de l'autre, qu'on pourrait être usager « absolu » et « exclusif » des droits et usages que telle ou telle chose permet. Les droits sont alors des « places » habitables de la chose, comme le formule/ait déjà bien explicitement l'article 542 sur les biens communaux. La proposition emboîte également le pas à l'idée du droit-fonction, qui est très perti-

(76) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., pp. 66 et s., V. SAGAERT et S. DEMEYERE, *loc. cit.*, 314 et S. GUTWIRTH, « Trente ans de théorie du droit de l'environnement », *loc. cit.*, pp. 7-8, 67.

(77) V. SAGAERT et S. DEMEYERE, *loc. cit.*, pp. 313-315.

(78) Voy. en particulier l'exemple de Whanganui en Nouvelle-Zélande : A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Une approche "écologique" des "communs" dans le droit... », *loc. cit.*, §§ 25 et s. (79) Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, pp. 85-107.

(80) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., p. 59 (avec les références aux travaux de Yann Thomas)

(81) C'est aussi ce qui ressort du schéma de Ostrom et Schlager concernant le *bundle of rights* (ou le « conceptual schema for arraying property-right regimes that distinguishes among diverse bundles of rights that may be held by the users of a re-

source system ». Ces deux autrices distinguent cinq sortes d'autorités « de type propriétaire » dans l'analyse empirique de la gestion des ressources communes qu'elles ont étudiées. Deux sont de type individuel (*access* et *withdrawal*) et trois de type collectif (*management, exclusion* et *alienation*). Les deux premières sont le droit d'accès à une propriété physique et le droit de prélèvement (d'une partie) de ses produits ou rendements, par exemple par la cueillette. Les trois suivantes donnent à leurs détenteurs le droit de participer aux processus de décision collective : la gestion, c'est-à-dire la régulation de l'utilisation de la propriété ; l'exclusion, c'est-à-dire la détermination de qui aura accès ou non (y compris l'exclusion éventuelle de membres antérieurs) ; et l'aliénation, c'est-à-dire le droit de vendre ou de louer le fonds. La combinaison de ces droits — les « faisceaux » — permet de distinguer quatre positions de puissance : celles du propriétaire

(*owner*), qui détient les cinq droits ; du possesseur (*proprietor*), qui ne détient pas le droit d'aliénation ; du détenteur des droits de gestion, de prélèvement et d'accès ; et de l'utilisateur autorisé, qui ne détient que les droits individuels. À ce sujet : E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-Rights Regimes and Natural Resources : a Conceptual Analysis », *Land Economics*, vol. 68, n° 3, 1992, p. 249 et E. OSTROM, « Private and Common Property », in *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II : *Civil Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, pp. 332-352. Tout cela montre bien que la réduction de la propriété à un pouvoir un et indivisible est fort problématique, et s'incruste historiquement après une longue période d'arrangements d'usage, depuis l'ère romaine jusqu'aux révolutions libérales. Aujourd'hui, ces faisceaux empiriquement constatés sont vulnérables juridiquement aux propriétaires (*owners*) légaux, à l'État et ses

règlements et aux *free riders* revendiquant le libre accès et prélèvement (fussent-ils des multinationales). À mon sens, le schéma montre surtout que le « droit d'aliénation » n'est pas nécessaire pour l'organisation d'une ressource commune, comme le montrent très bien les communs de pêche en mer, les pâturages dans les Alpes ou Pyrénées ou même le terrain de jardinage loué collectivement, tant que le « proprio » ne s'en mêle pas.

(82) S. VANUXEM, « Protéger la diversité juridique pour préserver le projet politique des communs. Entretien avec Sarah Vanuxem », *Délibérée*, 2020/2, n° 10, p. 14.

(83) À ce sujet S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., pp. 87-88 et S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs... », *loc. cit.*, pp. 319-323.

(84) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., p. 67.

nente quand il s'agit d'établir si oui ou non un titulaire a abusé de son droit : dans cette perspective un droit est reconnu par le législateur parce qu'il est supposé remplir une fonction sociale ou autre finalité, de telle sorte que la légitimité de son usage dépend de son alignement sur cette finalité⁸⁵. Pour Vanuxem, la finalité résiderait dès lors dans les déterminations et propensions de la chose elle-même.

Vanuxem explique qu'une telle approche de la propriété foncière permet de renouer avec les propriétés simultanées (*supra*, § 12) qui organisaient l'articulation des usages multiples du fonds tout en préservant sa générativité, justement parce que l'abus et la maltraitance y sont proscrits : « Au final, la propriété foncière peut être définie tel un droit d'habiter la terre opposable à tous, et conférant le droit d'en user, d'en récolter les fruits et d'en disposer aussi bien matériellement que juridiquement, mais dans le respect des lois et règlements constituant son règlement intérieur »⁸⁶. C'est dire qu'il y a des places attirées et attribuées, dépendantes de la chose et son lieu, mais aussi « la liberté de tous d'user et de séjourner dans les choses (...) sans titre, mais dans le respect des positions privilégiées par le (ou les) propriétaire(s) »⁸⁷. Ainsi, plutôt qu'être axée sur l'exclusion, comme dans le droit de propriété « repoussoir », l'approche de la propriété habitation invite au partage des places : « À la différence du propriétaire-souverain, qui garde sa mainmise sur sa chose, les propriétaires-habitants séjournent ensemble dans des choses saturées de monde »⁸⁸.

En s'appuyant encore sur les travaux de Yan Thomas⁸⁹, Vanuxem rappelle qu'aux XII^e et XIII^e siècles, à défaut de personnalité juridique telle qu'elle existe aujourd'hui, les juristes ont cherché des réponses à la question du sort des biens appartenant ou utilisés par une communauté (monastique, ecclésiastique, citadine ou une confrérie) dont tous les membres ont disparu. Parmi ces réponses, celle qui défendait la titularité des bâtiments, des choses ou des lieux eux-mêmes (position de Moïse de Ravenne au XII^e siècle), fut rapidement repoussée au profit du développement de la création de personnalités juridiques. Mais Vanuxem propose de la raviver, justement parce que la personnalité juridique tait et efface les habitants et usagers, alors que la titularité finale des lieux eux-mêmes institue la continuité des usages et des possessions tout en s'opposant à leur destruction ou épuisement. « Avec cette chose-lieu instituée ultime propriétaire, et attributaire de droits, nous disposerions d'un nouvel argument pour expliquer que les personnes-habitants n'ont jamais la propriété des choses mêmes, mais seulement de places, droits ou biens en elles »⁹⁰. Aussi, voilà une place garantie pour la générativité propre aux communs au détriment du productivisme et de l'extractivisme (Lockéens et néo-libéraux) propres à l'*homo economicus*⁹¹. Des communs se forment par l'habitation de choses par des collectifs.

10 Possession

16. Selon le nouvel article 3.18 du Code civil belge la possession « est l'exercice de fait d'un droit, comme si l'on en était titulaire, soit par soi-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers. Celui qui exerce le droit est présumé en être le possesseur, sauf preuve contraire. Une obligation de restitution du droit possédé exclut l'intention d'en être

titulaire. » Pour qu'un « possesseur » puisse légalement jouir des fruits et produits du droit en sa possession, il faut que celle-ci soit « continue, paisible, publique et non équivoque » (3.31 C. civ.) et « de bonne foi » (3.22 C. civ.), ces deux qualités étant présumées jusqu'à démonstration du contraire. De plus, le possesseur est également présumé être titulaire du droit réel dont il a l'exercice de fait, jusqu'à, de nouveau, preuve contraire (3.23 C. civ.)⁹². La possession est donc une relation de fait, mais avec des conséquences juridiques. Elle existe dans tous les systèmes juridiques occidentaux pour les situations dans lesquelles un pouvoir de contrôle sur la chose est installé dans les faits, quand une personne est « assise » dessus ((po)sedere)⁹³.

La possession n'est pas considérée juridiquement comme un droit réel, mais elle est un état transitoire qui implique une intendance (*stewardship*) par rapport à la chose, et plus particulièrement un territoire ou un lopin de terre⁹⁴. Ou bien le temps la transforme en ce droit réel qu'elle exprime de fait et dont elle est « l'ombre » (c'est la prescription acquisitive), ou bien elle permet de stabiliser des situations de conflit à défaut de preuve qu'elle est une détention illégale et usurpée d'un ayant titre (par les actions possessoires prévues au Code judiciaire). Ainsi, la pleine possession durable de bonne foi se transformera en propriété pour le possesseur (*cf* l'*usucapio* romain), ou bien, elle redeviendra propriété du propriétaire qui alors doit se manifester à l'encontre de la possession. Que l'article 3.3 du Code civil, qui instaure le *numerus clausus* des droits réels, ne nomme point la possession, est à cet effet très clair. Faute de ne pas être un droit réel ni de pouvoir l'être, la possession organise temporairement l'usage des choses sur laquelle elle porte. Or ici, c'est la façon de se comporter qui fait exister les protections et actions juridiques propres à la possession : l'usage et le contrôle de la chose (*factum possidendi*) couplé à l'intention de la faire (*intentio possidendi*).

À la note 81, j'ai évoqué les résultats de l'enquête empirique et expérimentale d'Ostrom et Schlager, dans laquelle elles identifient les cinq positions qu'on peut distinguer dans les pratiques de gestion de ressources communes qu'elles ont étudiées. Pour ces deux chercheuses, la position du possesseur (« proprietor » en anglais contre « owner » pour le propriétaire⁹⁵) n'est pas transitoire ou « suspendue », mais au contraire, elle est tout à fait substantielle et indépendante : le possesseur tient en main toutes les prérogatives ou « autorités » de la propriété sauf une, à savoir le droit d'aliénation. Le possesseur empirique peut donc, pour elles, être la locataire, le bailleur sous fermage, les squatteurs ou toute personne possédant la chose de fait, quelle que soit la qualification juridique de cet usage (même si, pour les juristes, il ne peut être question de « possession » au sens du Code civil que s'il y a obligation de restitution). La possession correspond à un faisceau d'autorités sur la chose, le terrain, le territoire.

En ce sens matériel, la possession évoque bien la situation de l'usage des terres au Moyen Âge : si la totalité du territoire appartenait au roi dans l'abstrait, dans la pratique les pouvoirs de gestion et de partage, de l'accès et des fruits dépendaient des cascades non seulement de vassaux du roi, mais aussi des habitants-possesseurs et leurs cultures et emplois des sols avec leurs déterminations et usages locaux, comme je l'ai décrit plus haut déjà. Si la place du propriétaire était dissoute dans l'abstrait lointain, la gestion de l'usage de la terre dépendait de sa possession réelle, c'est-à-dire l'ensemble de ceux qui l'habitaient (des seigneurs locaux aux serfs, *cf* le *beating the bounds*). C'est bien autour d'elle que se sont développés les régimes coutumiers de la terre aux X-

(85) *Cf* L. JOSSERAND, « Relativité et abus des droits », in L. JOSSERAND, *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, en particulier à la p. 90. Théorie fort contestée on s'en doute. À ce sujet en droit belge, voy. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1969, pp. 527 et s. ; W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », *R.W.*, 1979-1980, col. 2472-2483 et P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *R.C.J.B.*, 1976, pp. 329 et s. (86) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., p. 69. (87) *Ibidem*, p. 72. À ce sujet les discussions sur les *right of way* et *right to roam*, *cf* N. HAYES, *The book of*

tresspass..., op. cit., pp. 88 et s. ou encore dans U. MATTEI et A. QUARTA, *The turning point in private law...*, loc. cit., pp. 42-44.

(88) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., p. 75.

(89) Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in Y. THOMAS, *Les opérations du droit*, EHESS-Gallimard-Seuil, Paris, 2011, pp. 207 et s. et S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., pp. 83-87. Aussi : S. VANUXEM, « Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire » in B. GRIMONPREZ (dir.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 55-70.

(90) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., p. 86.

(91) Dans le même sens que Vanuxem, le plaidoyer que tiennent Ugo Mattei et Alessandra Quarta pour une interprétation inclusive et générative de la propriété et qui appellent à une « professional elaboration of an inclusive, relational, and generative notion of property that imports into its deeper structure the needs of the ecological community to which each owner belongs, together with a number of non-owning stakeholders ». U. MATTEI et A. QUARTA, *The turning point in private law...*, loc. cit., p. 45 (avec des exemples juridiques déjà existants en Angleterre, en Scandinavie).

(92) Sur tout cela : J. VAN DE VOORDE,

« Bezit en verkrijgende verjaring », in V. SAGAERT e.a. (éd.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antvers, Intersentia, 2021, pp. 163-202 et J. VAN DE VOORDE et C. ZOLE, « Quelles réponses à la décadence des actions possessoires ? Une analyse comparative des droits français, belge et italien », *European Review of Private Law*, 2018/2, pp. 197-226.

(93) D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Free, fair and alive...*, op. cit., p. 221.

(94) *Ibidem*.

(95) À ce sujet lire le subtil X. THUNIS et F. VAN DER MENSBRUGGHE, « Une trilogie anglaise : possession, ownership et property », *Cahiers du centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI)*, 1988, pp. 101-126.

XIII^{es} siècles, avant que ne s'enclenche le mouvement des *enclosures* et de la privatisation du sol⁹⁶.

Pour favoriser l'essor de communs fonciers (habitation, agriculture, culture...), la possession en tant que telle pourrait être proposée comme modèle préférable à la propriété, puisque les prérogatives qui viennent avec elle se déduisent du devenir de la chose en question (le territoire) et du groupe qui la possède ou l'habite, tant que ce devenir se prolonge, ni plus, ni moins. Peut-être faudrait-il envisager la pérennisation juridique de situations de possession qui laissent l'aliénation et l'*abusus* de la chose définitivement au pied de la porte. Et aller plus loin encore, en remplaçant ou complétant la notion de « bonne foi » par une série de conditions formulées comme des objectifs louables car cruciaux pour la régénération de ce qui a été détruit, tels que par exemple, y pratiquer une agriculture durable et solidaire, générer biodiversité et interdépendance écologique, créer des liens sociaux et des fonctionnements participatifs, construire une autonomie alimentaire et énergétique, agencer des apprentissages collectifs, s'ouvrir sur la culture de diversité, etc.⁹⁷ De tels objectifs pourraient être assimilés à des intérêts généraux pouvant transcender les intérêts des propriétaires ultimes, privés ou public, au temps des catastrophes que nous vivons. Car les possesseurs ont un autre rapport à la chose que les propriétaires : ils s'attachent mutuellement dans un rapport d'interdépendances. Comme ce président du tribunal de première instance à Gand, qui disposa en référé que l'occupation d'une maison par des squatteurs était certainement plus efficace pour son entretien que le délaissement dont elle avait fait l'objet par son propriétaire, et que donc, il n'y avait certainement pas d'urgence à expulser les occupants⁹⁸. Ici la décision judiciaire donne du poids juridique à ce qu'un collectif a fabriqué comme usages génératifs et durables indépendamment des droits des propriétaires. Ce raisonnement pourrait être repris pour toute situation d'usage génératif et durable avec ou sans droits contractuels ou autres (par exemple en cas de non-reconduction d'un bail par un propriétaire).

Hendrik Vuye décrit l'élément matériel de la possession comme « l'utilisation d'un bien *conformément à sa destination* : par exemple, écrit-il, labourer un terrain, clôturer une parcelle, habiter une maison... » (mes italiques)⁹⁹. Cette formule met le doigt sur les déterminations, dispositions ou propensions de la chose qui fait l'objet de la possession : les choses ont bel et bien une destination qui limite leur usage par des possesseurs (ce qui n'est pas le cas, *en principe*, des propriétaires qui peuvent l'épuiser, la polluer et la détruire). La possession d'un territoire est donc très proche de la notion d'appropriation/propriété *au sens d'habitation*, comme le propose Vanuxem (*supra*, paragraphe 15), car cette notion implique que « tu ne peux t'approprier un lieu, une place, qu'en le rendant simultanément propre à toi en te rendant propre à ce lieu ou à cette place, en en devenant un de ses habitants, parmi d'autres, avec d'autres »¹⁰⁰. Les rapports de puissance entre le possédant et le possédé sont donc à double sens. Cette relation à double sens de la possession fut déjà mise en lumière par Gabriel Tarde et Bruno Latour¹⁰¹, et par William James et Isabelle Stengers¹⁰², même s'il ne s'agissait là pas de définition juridique, mais respectivement de sociologie et de psychologie/philosophie. Ou encore, quand Vinciane Despret parle des territoires qui pour les oiseaux « seraient, à la rigueur, une affaire de "possession", à condition qu'on hérite sur ce qui est possédé : un site, des arbres, ses couverts, la nourriture qui pourra alimenter la nichée ? Ou l'oiseau lui-même totalement pris, possédé par la territorialisation ; l'oiseau qui chante encore et encore, qui dialogue avec ses voisins, et qui arpente de son vol un lieu auquel tous ces actes l'attachent de plus en plus intensément ? »¹⁰³. Les langues non plus ne cachent pas ce sens réciproque : je possède et je suis

possédé, *bezitten* et *bezeten zijn* et *possession* qui en anglais peut vouloir dire ou bien « the act of having or taking into control » et « domination by something (such as an evil spirit, a passion, or an idea) »¹⁰⁴.

11 Habiter ou posséder : repenser les rapports « propriétaires »

17. Concevoir la propriété comme habitation ou faire primer la possession de fait sur la propriété juridique ne seraient pas chose nouvelle. Pensons aux peuples autochtones qui depuis « les temps immémoriaux » entretiennent ce genre de liens symbiotiques et mutuellement constitutifs entre eux et avec leurs lieux de vie ou territoires ancestraux. Ces attachements réciproques sont bien plus que cartographiques, ils sont matériels, vécus, historiques, culturels, symboliques et religieux, ou, en un mot « écologiques » (au sens que je donne à ce mot). Les cultures, traditions, coutumes et vies autochtones en dépendent ; elles sont inscrites dans les territoires¹⁰⁵. À ce titre ces communautés sont détentrices de savoirs pratiques qui pourraient nous aider à réapprendre à faire commun écologiquement avec un territoire. *The earth doesn't belong to us, we belong to the earth*, disaient les T-shirts de Greenpeace il y a vingt ans, citant *Chief Seattle*. Les protestations des peuples autochtones contre les États modernes et coloniaux qui, de connivence avec les entreprises et investisseurs, ont installé par législation le règne de la propriété, n'ont cessé de faire écho parmi nous¹⁰⁶.

Mais les revendications et révoltes des peuples autochtones ne sont pas restées tout à fait sans suite en droit : elles ont donné lieu à un corpus de *soft law* international (comprenant la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007) et des dispositions constitutionnelles ou législatives au niveau national (Canada, Australie, Nouvelle Zélande, Bolivie, Équateur, Finlande, Suède, Norvège, Danemark, Malaisie...). De tels textes lient positivement le mode de vie autochtone à la préservation d'écologies locales : territoires, fleuves, biodiversité, semences, plantes médicinales et savoirs ancestraux qu'il faut défendre contre le *land grabbing*, l'exploitation extractive des ressources matérielles et le piratage des savoirs traditionnels, ces derniers très prisés par les prédateurs de l'industrie agro-chimique avides de brevets. Et même si ces textes n'ont pas toujours la force contraignante qu'on souhaiterait, ni ne sont mis en œuvre avec beaucoup d'énergie et de conviction, ils ont commencé à fissurer l'édifice conceptuel des deux souverainetés instituées : celle du propriétaire *lockéen* et celle de l'état *hobbesien*. Sur cet élan, qui est tout à fait en phase avec l'ontologie écologique (*supra*) de la biologie contemporaine (*cf* note 56), peuvent s'inventer de nouvelles interprétations et significations juridiques (comme la rivière personne néo-zélandaise) et nourrir l'imagination des juristes.

Il existe d'ailleurs bien d'autres pratiques et expériences similaires, plus répandues encore, qui pourraient inspirer la recherche de façons de repenser le sens juridique de la propriété occidentale. Ce n'est pas tant des pêcheries, systèmes d'irrigations et pâturages étudiés par Ostrom qu'il s'agit ici, mais de ces multiples « (a)ncient institutions of commons (...) still alive in ecological niches in Europe, and still very much important in Africa, South Asia, and Latin America¹⁰⁷ » : des formes de coopération dans des villages alpins (par exemple, le cou-

(96) S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, op. cit., pp. 21-22.

(97) Comme il faut réinterpréter et étendre la notion de « servitude » pour inventer les « servitudes écologiques », S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Pour une résurgence des servitudes... », loc. cit., pp. 83-96.

(98) Vz. Rb. Gent (Kortgeding), 30 août 2005, *Huur* 2006/1, pp. 28-30.

(99) H. VUYE, « Une autre approche de la possession. Esquisse de la possession et de la protection possessoire dans le nouveau Code civil des

Pays-Bas », *C@hiers du CRHiDI. Histoire, droit, institutions, société*, vol. 8, 1998, p. 75 via <https://poppups.uliege.be/1370-2262/index.php?id=1217>.

(100) V. DESPRET, « S'enfricher au Kinsendaël », in M. SCHMITZ (coord.) *Le souffleur de feuilles. La biodiversité n'est pas un luxe, elle est vitale*, Mons, Éditions Couleurs Livres, 2022, p. 10.

(101) B. LATOUR, « La société comme possession - la preuve par l'orchestre », in D. DEBAISE, *Philosophies des possessions*, Dijon, Presses du Réel, 2011 avec comme exergue

ces phrases de Gabriel Tarde :

« Qu'est-ce que la société ? On pourrait la définir de notre point de vue : la possession réciproque, sous des formes extrêmement variées, de tous par chacun ».

(102) I. STENGERS, « William James : Naturalisme et pragmatisme au fil de la question de la possession », *Philosophies des possessions*, loc. cit., Elle commente l'usage fait par William James de l'adage romain : « What possesses the possessor possesses the possessed ».

(103) V. DESPRET, « S'enfricher... », loc. cit., p. 9

(104) <https://www.merriam-webster.com/dictionary/possession>.

(105) Ainsi, « au Brésil, 25 % des Indiens Xingu moururent après leur déplacement » (N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS et J. POUIMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 470).

(106) D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Free, fair and alive ...*, op. cit., p. 221 et E.P. THOMPSON, *Les usages de la coutume*, op. cit., pp. 229 et s.

(107) F. CAPRA et U. MATTEI, *The ecology of law ...*, op. cit., p. 142.

page de bois de chauffage), en passant par les *ejido's* du Mexique ou la neutralisation du marché de l'habitation par le *Miethauser Syndikat* en Allemagne ou les Community Land Trusts à Bruxelles, certains agrosquats, les *legal hacks* en informatique¹⁰⁸, pour en arriver, à bien plus grande échelle, à la persistance de modes d'organisation communautaire (clans, tribus, *extended families*, quartiers, villages...) et d'usage de terres et d'infrastructures subsistant « sous », et malgré la couche de droit séculaire et étatique « en vigueur » restée après la décolonisation¹⁰⁹. L'existence dans beaucoup de régions du monde, de pluralismes juridiques bi ou multipolaires de ce genre, témoigne aisément de l'importance du courant profond qui fait persister des modes « communaux » d'organisation socio-économique, politique et juridique¹¹⁰. Cependant si le pluralisme juridique parvient tant bien que mal à gérer les rencontres, passages et frictions entre systèmes d'organisation divers, dès que passe la prospection économique (comme l'achat à grande échelle de terres à opportunités agricoles, minières ou autres par des multinationales ou États) et que la propriété privée s'installe, c'est la mort de l'organisation vernaculaire et *bottom up*, l'expulsion des usagers, leur appauvrissement et la destruction de la durabilité inscrite dans l'usage collectif de ce qui était non pas des *res nullius* que le premier qui passe peut s'approprier, mais des ressources gérées communément par des groupes d'usagers qui en dépendent.

Tout cela ne peut que vouloir dire qu'il faut multiplier les tentatives d'adapter le droit à la nouvelle condition écologique (l'écocène) qui est la nôtre. Soit par le jeu politique qui devrait alors aboutir à des changements législatifs profonds rompant avec les assises modernes de nos codes et lois. Soit par un travail d'imagination juridique qui chercherait à interpréter, repenser et imaginer des solutions juridiques meilleures à travers la pratique créative et actualisante du droit, en inventant au cas par cas des nouvelles trajectoires interprétatives pouvant redresser les conséquences de lois. La lutte politique et le processus législatif étant ce qu'ils sont aujourd'hui, je m'intéresse surtout, et en particulier dans cette contribution, au travail des juristes. S'investir dans une lutte juridique qui va stratégiquement chercher à renouveler la pensée juridique en s'investissant dans des conflits locaux entre le classicisme individualiste et propriétaire du droit occidental moderne et la protection de modes de faire génératifs et collectifs de *commoning*. Il s'agit de repérer les interstices du droit, y insérer des pieds de biche juridiques et pousser, ouvrir, faire évoluer, oui, « tordre »¹¹¹ le droit en espérant rencontrer des juges et autres juristes enclins à participer à ce mouvement de rattachement du droit (pas de la loi !) à ce qui concerne la vie dans l'atmosphère terrienne. Faire de la guérilla juridique, en d'autres mots¹¹².

12 Repenser et revitaliser les coutumes comme source formelle du droit

18. Que la coutume soit une source formelle du droit — certes supplétive, secondaire ou accessoire, mais contraignante — représente un

point d'ancrage possible pour une telle guérilla juridique qui voudrait forcer des rencontres génératives entre le droit en vigueur et les communs en devenir. Les manuels d'introduction au droit incluent généralement la coutume comme source formelle, mais en n'y prêtant pas vraiment attention, s'ils ne la poussent pas immédiatement dans l'ombre du Moyen Âge, et se braquent totalement sur le droit contemporain écrit — la loi — et la sécurité juridique qu'il est censé instaurer. Pourtant les coutumes percolent exceptionnellement, dit-on pour être complet, non pas en tant que telles, mais grâce ou en vertu de la loi (*secundum legem*), ou dans son silence pour la supplémenter (*praeter legem*) ou encore en contradiction avec elle (*contra legem*), avec des exemples généralement tirés du droit civil ou du droit commercial (les coutumes de certaines activités commerciales originaires des guildes). Pour qu'il y ait coutume, il faut qu'il y ait matériellement un comportement habituel, répété, constant et suivi (en droit international, il doit être « immémorial ») dans une communauté et que celui-ci soit psychologiquement perçu comme étant obligatoire (*opinio necessitatis*), comme si c'était une règle de droit. On lira même parfois que la loi et le droit écrit sont propres à des civilisations avancées ou modernes, alors que les coutumes caractérisent des sociétés primitives sans État ou « en développement » vers le modèle occidental.

C'est de bon ton : dans des systèmes de droit majoritairement législatifs d'organisation *top down*, la coutume trouble et irrite car elle montre que le terrain à égaliser n'est absolument pas plat mais plein de reliefs et même de montagnes¹¹³. Toujours est-il que l'existence d'une coutume doit être reconnue par la loi (en termes généraux) ou par le juge dans une affaire pour qu'elle se mette à exister juridiquement ; mais elle doit être initiée de façon *bottom up*. Elle est le produit de répétitions contraignantes de comportements collectifs dans le temps¹¹⁴, mais elle n'existera juridiquement que si elle réussit à imposer son existence par la loi ou par une instance judiciaire. Ce qui la rend secondaire par définition¹¹⁵. Comme le disent les Zapatistes, le « vent d'en haut » (le pouvoir descendant des dirigeants) a balayé le « vent d'en bas » (la force ascendante des populations). Telle est la situation difficile à laquelle sont confrontés les communs et leurs droits coutumiers face au droit étatique (sans encore parler de leurs empreintes écologiques respectives)¹¹⁶.

19. Pourtant, l'histoire du droit (*supra*), l'anthropologie juridique et le droit comparé montrent que les coutumes ont une histoire très longue et riche comme producteurs de normes et de modes de résolution de conflits au point où on peut affirmer que le droit coutumier est le droit *by default* (*supra*, § 5). On pourrait même avancer qu'il est bien plus « immémorial » que le droit étatique né il n'y a que 250 ans, ce qui d'ailleurs est un argument pour leur entérinement. Et aujourd'hui encore, les usages, habitudes et coutumes produisent des normes et protocoles/procédures à grande échelle, soit comme droit « d'en bas » préféré des populations d'anciennes colonies et cela, malgré les systèmes de droit « d'en haut » hérités des Occidentaux¹¹⁷ (s'adresser au droit étatique est alors une trahison), soit en Occident au sein des communs ou les normes suivent les agir et les pratiques communes et conventions successives. Ostrom a d'ailleurs bien noté la nécessité de définir clairement, pour chaque *commons*, d'abord les droits et responsabilités des « membres » en ce qui concerne l'extraction et

(108) Cfr les exemples de relationalisation de la propriété dans D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Free, fair and alive...*, *op. cit.*, pp. 237-281.

(109) Cfr É. LE ROY, *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2011, 441 p.

(110) F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 26-27.

(111) ZEC : *Tordre le droit pour défendre les Lentillères*, via <https://communaux.cc/2021/06/zec-tordre-le-droit-pour-defendre-les-lentilleres/>.

(112) S. GUTWIRTH, « Recht en sociale ongelijkheid : een pleidooi voor juridische guerrilla », à paraître dans le prochain (et dernier) Cahier *Tegenspraak* chez die Keure, Bruges. Cfr F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPERIN, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 119-121 (« Des usages militants du droit »).

(113) Jean-Luc Aubert n'hésite d'ailleurs pas de rejeter ce qu'il nomme une conception jurisprudentielle de la coutume et conteste le pouvoir du juge — nécessairement subjectif — d'en constater l'existence. Ce qui voudrait dire qu'un juge devrait a priori écarter tout appel à l'existence d'une coutume ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz/Armand Colin, 2002, 9^e édition, pp. 111-116, 172-173. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans cette discussion, qui d'ailleurs peut être reconduite à la différence de position entre ceux qui voient le droit comme un système de normes (droit axiomatique, selon Deleuze) et ceux, comme moi, qui le voient comme une pratique (droit topique selon Deleuze). À ce sujet voy. S. GUTWIRTH, « Providing the missing link : law after Latour's passage », in K. MCGEE

(éd.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh U.P., 2015, pp. 122-159 (http://works.bepress.com/serge_gutwirth/113/) et S. GUTWIRTH, « Recht en sociale ongelijkheid : een pleidooi voor juridische guerrilla... », *loc. cit.* En tout état de cause la pratique des juges montre qu'ils constatent bel et bien l'existence de coutumes quand celles-ci peuvent leur servir de normes pour affiner et contextualiser leurs raisonnements. Un bel exemple : dans l'affaire *K.A. contre Belgique*, du 17 février 2005, la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas à mobiliser les règles coutumières dans des réseaux et clubs de personnes dites « sadomasochistes » pour bien contextualiser le retrait de consentement par mot-code dans telle pratique sexuelle.

(114) J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la*

science au service du droit, Montchrestien, Paris, 1999 (2^e édition), pp. 25-27.

(115) Gérard Cornu distingue « coutume » et « usage » : la coutume est une « source de Droit de rang théoriquement supérieur aux usages dont la portée est souvent limitée et la force variable » in *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2008 (8^e édition), « Coutume » 251 et « Usage » 946-947. À mon sens, il s'agit d'un continuum dans lequel tout dépendra de l'interprétation donnée par l'instance judiciaire en question.

(116) P. LINEBAUGH, *The Magna Carta manifesto...*, *op. cit.*, pp. 1-2.

(117) Dans cette situation, s'adresser au système officiel de droit risque d'être perçu comme trahison.

l'investissement ; ensuite des procédures adaptatives et participatives engageant l'ensemble des concernés quant aux opérations, et finalement, des mécanismes de contrôle, de résolution de conflits, de sanctions ou d'exclusion (des *free riders* « hardiniens »). L'auto-organisation implique l'autogouvernement et l'autorégulation.

Qu'Ostrom fut sensible à la naissance de règles dans la pratique — comme des « faits normatifs » pour employer l'expression de Grossi — s'inscrit dans la tradition juridique à laquelle elle se réfère, notamment celle des réalistes et pragmatiques américains, qui considèrent que le droit doit être le reflet de ce qui vit dans la communauté et de ce qu'elle exige, et donc de ses habitudes et coutumes, de son expérience¹¹⁸. Le droit coutumier ou vernaculaire (pour employer l'expression de Bollier, Weston et Helfrich) est la condition *sine qua non* du *commoning* génératif car il peut, contrairement à la loi, exprimer et traduire les expériences, les apprentissages, la résilience, la gouvernance et en un mot, le *devenir* d'un collectif donné dans la succession de situations où il se trouvera. Il en va alors de la reconnaissance politique et juridique de ce qu'un collectif déterminé, ou un public (au sens de Dewey¹¹⁹) constitué de participants engagés a réalisé, tant qu'il continue à le réaliser, ou encore, de l'acceptation juridique des pratiques d'un groupe qui se réinvente au rythme des processus écologiques dans lequel il est engagé.

20. S'il est clair aujourd'hui que chacun est censé connaître la loi, cela ne veut pas encore dire qu'il faut savoir ce qu'une instance judiciaire décidera par rapport à ce que la loi signifie *concrètement* dans telle ou telle affaire, fût-ce parce que le travail du juriste ne se limite pas à une application mécanique de la loi et implique un travail d'interprétation bien plus complexe, ouvert et, surtout, créatif. Si la loi s'impose abstraitement et généralement, sa force contraignante ne s'établit qu'ici, maintenant et dans les circonstances précises de l'affaire, au moment du verdict définitif d'un juge en dernière instance. C'est dire qu'il y a toujours du jeu et que le droit ne fait son office que par le travail des juristes et emblématiquement, par les juges. Si tous les joueurs ne faisaient qu'« appliquer » les règles du foot, ce serait terriblement ennuyeux. Il y a donc toujours un espace d'expérimentation avec la loi, même si tout juriste se doit d'éviter de commettre des « fautes » contre les contraintes de sa pratique interprétative. Mais cet espace est bien sûr aussi celui d'une expérimentation ou guérilla juridique à partir du *commoning*, et cela *de lege lata*. Les façons de faire, usages, conventions et habitudes d'un groupe de *commoners* semblent *au moins* pouvoir à chaque fois contribuer à la contextualisation et explication des faits et agissements qui font l'objet de contentieux juridiques. En ce sens, les juristes peuvent certainement tenter de mobiliser « les règles habituellement suivies »¹²⁰ dans la vie pratique des collectifs comme « sources formelles de droit » supplétives, correctives ou même prépondérantes. Rappelons qu'à l'origine la justice de paix devait restaurer une situation de « bon voisinage » et être conciliante plutôt que réprimante : le respect de la loi ne primait pas autoritairement sur la solution locale. C'est pourquoi elle était une justice de proximité d'autant plus efficace qu'elle était familière des usages locaux, savait faire la différence entre revendications abusives et fondées, préférait le compromis acceptable à l'application de la loi, sachant que le sens de son intervention se situait non pas en amont, dans une loi que le juge devait faire respecter, mais en aval, dans la « paix » dont il avait charge d'assister, de soutenir et de favoriser le rétablissement. Même si aujourd'hui, en Europe (et *a fortiori* en France où la justice de paix n'existe plus mais a été remplacée par les tribunaux d'instance) les tâches et compétences des justices de paix furent de plus en plus formalisées, celles-ci continuent à assumer ce rôle conciliatoire, proche et pragmatique. Un tel droit cherche à être compris et accepté par les communautés qu'il concerne et non à s'imposer en vertu de principes venus d'un lieu de pouvoir lointain. Revaloriser cette perspective judiciaire à la faveur du redéploiement de communs pourrait être stimulé

par l'adjonction de juges non professionnels locaux comme porte-parole vecteurs des usages et modes de fonctionnement des communs impliqués.

Mais je vais déjà trop vite, car même s'il est pensable que des tribunaux prendraient en compte des normes issues du devenir d'un commun, il reste fort douteux qu'ils seraient disposés à faire exister un « moyen » valable et donc des droits opposables, aux propriétaires privés et/ou publics. Ils seraient alors non seulement vite confrontés aux limites de la loi, mais aussi à la question technique de faire valoir des droits dans le chef de groupes *a priori* sans personnalité juridique. Ainsi, aussi génératives, bénéfiques et durables qu'aient pu être les activités d'élevage ou de maraîchage d'un collectif sur un terrain occupé ou même loué (c'est-à-dire même si ce collectif a amélioré la terre et participe à la réalisation d'objectifs importants et urgents comme la sécurité alimentaire, l'autonomie alimentaire, la production locale, saine et écologique, la sociabilité et la convivialité, etc.), il reste fort improbable qu'une instance judiciaire fasse prévaloir ces acquis et valeurs sur les droits des propriétaires à l'expulsion immédiate ou en fin de contrat. Le titre prévaut sur l'ensemble des mérites réels, sauf exception (comme ce président de tribunal gantois cité *supra*). Certes la pratique juridique est créatrice et inventive, mais elle reste contrainte par la poigne d'une source formelle autrement plus puissante que la coutume, notamment la loi, émanation des institutions *politiques* de l'État.

13 *Da capo* : État de droit et légalité contre communs et vernacularité¹²¹ ?

21. Nous revoilà donc au premier paragraphe de cet article. L'État de droit démocratique est aujourd'hui le modèle par excellence du bon gouvernement, certes, mais le prix de son avènement fut la destruction d'un monde riche en pratiques collectives autonomes et décentralisées. À tel point qu'il nous est difficile de nous rendre compte que d'autres vies que celles formatées par lui ont existé bien longtemps en pleine lumière, puis ont persisté en sourdine, et résistent, persistent ou resurgissent. Mis à part les quelques bien frêles ouvertures explorées ci-dessus, que la pratique juridique pourrait « forcer », le constat d'incompatibilité entre les communs et le système juridique occidental saute aux yeux et ne surprend pas. L'État contemporain qui consacre la distribution binaire de pouvoir entre l'État souverain et le propriétaire privé — le *Leviathan* et l'*homo economicus* — s'est érigé sur les ruines des communs et de leurs pratiques d'existence.

Si les possibilités qu'héberge la pratique juridique sont tellement modestes, c'est à la prédominance du législateur et de la loi au cœur du dispositif que cela tient. La loi n'est autre que la traduction de décisions politiques prises selon des processus parlementaires (et de délégation) qui tous sont conditionnés par l'axiome premier que toute gouvernance légale se justifie ultimement dans la souveraineté de l'individu¹²² ou de la personne juridique : la Constitution, les lois et arrêtés gouvernementaux en découlent. Et en contraste avec tout agencement du style *commoning*, ces actes législatifs sont abstraits, généraux et fixent les objectifs jusqu'à leur abrogation ou adaptation. S'impose donc de haut en bas le projet ou programme politique que la loi veut réaliser : le texte de la loi fixe les limites du possible pour tous, même s'il y a du jeu pour les juges et que tout n'est pas déjà bétonné. La temporalité du système législatif est donc totalement opposée à celle du *commoning*, dont les règles se forment à travers l'expérience, l'apprentissage et le *feed back* et la reprise. Légalité et vernacularité s'opposent frontalement¹²³. Si la lettre et « l'esprit » de la loi conjurent la possibilité d'action pour les communs, l'objectif reste nécessairement ouvert : *caminante no hay camino, se hace camino al andar*. Alors que la loi

(118) Ce qui est d'ailleurs l'idée de base et originale du *common law* anglo-saxon, qui toutefois a déjà perdu beaucoup de terrain au droit législatif. Voir, par exemple, Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Dover Publications, New York, (1881) 1991, 422 p. et John R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, The Lawbook Exchange edition, Clark New Jersey 2012 (1924), 304 p. (John

Commons fut à l'origine du « bundle of rights »).

(119) J. DEWEY, *The Public and Its Problems. An Essay in Political Inquiry*, Swallow Press, 2016 (1927), 278 p.

(120) C.E.D.H., 17 février 2005, *K.A.C. Belgique*.

(121) Dans *Green Governance* (op. cit.) Bollier et Weston plaident pour la reconnaissance d'un *droit humain*

au commoning. Je ne reprendrai pas cette discussion ici, mais préfère renvoyer le lecteur intéressé à nos commentaires à ce sujet dans :

S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs... », *loc. cit.*, pp. 330 et s.

(122) L'évolution du droit de vote est très expressive ici : d'abord le privilège des membres des classes sociales privilégiées, ce droit devient en-

suite censitaire, accordé à tous ceux qui pouvaient faire valoir des propriétés et de la richesse, pour finalement s'élargir à tout individu homme d'abord, puis aux femmes et même, pour certaines élections, aux habitants légaux étrangers.

(123) D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Free, fair and alive...*, op. cit., pp. 216-218.

est la prémisse posée dans le passé auquel l'agir doit se conformer sous peine d'être exclu ou interdit ; les communs et leurs droits vernaculaires sont tournés pragmatiquement vers un avenir qui se construit à tâtons, pas à pas¹²⁴.

14 Pour une guérilla juridique des communs

22. Alors que faut-il exiger ou attendre du législateur en défense et faveur des communs ? Au-delà du jeu des partis politiques et du lobbying, et dans l'hypothèse que ce soit pour ce législateur un objectif véritable, comment pourrait-il honorer et favoriser la générativité propre à chaque commun et prendre au sérieux le développement d'un agir collectif, génératif et « écologique » faisant exister un droit local et en situation ? Notre système juridique est extractif, il préexiste abstraitement à travers la loi et ses sources formelles. Les juristes, et d'emblée le juge, se tournent donc non pas vers la situation en tant que telle pour en apprendre quelque chose, mais vers l'ensemble des qualifications par lesquelles ils/elles peuvent la « subsumer », l'abstraire, la saisir et donc l'« extraire » de sa réalité afin de décider, d'« arrêter » les choses comme elles doivent l'être et seront désormais. Or, s'il s'agit de protéger les *commons* en tant que « génératifs », ce modèle ne marche tout simplement pas et le problème saute aux yeux. C'est le proverbe chinois qui dit que le fou tire sur la jeune pousse, alors que le sage se borne à sarcler autour. On l'aura compris, la loi ne devrait pas « tirer » les communs vers un idéal abstrait et prémâché qu'elle imposerait pour les reconnaître, mais contribuer à leur générativité, à instaurer et maintenir. Les communs en ce sens ne sont pas demandeurs d'un « statut » (genre ASBL ou fondation) que la loi mettrait à leur disposition. L'enjeu est bien sûr de voir reconnu ce qu'il *devient* dans la durée. Les communs demandent un droit qui prend au sérieux la façon dont ils tissent des pratiques, des sensibilités, des modes de coopération et des habitudes, et donc un droit inductif et topique, plutôt que ce droit écrit, abstrait, déductif et législatif. Un droit des communs n'aurait pas la loi, mais les usages, pratiques et coutumes, et la jurisprudence comme sources adaptées. Ce n'est en effet qu'« (a)près la loi, comme l'écrit Laurent de Sutter, (qu') il y a l'ensemble des moyens que les êtres humains ont inventé pour *devenir* plutôt qu'*être* et pour faire devenir avec eux les relations qui les unissent à d'autres et finissent par les constituer en groupes. Car telle est la différence qui sépare la loi du droit : la loi ne connaît que l'être, un être à la défense duquel elle est vouée par structure et par fonction — un être qu'il est de son devoir de ne pas remettre en question »¹²⁵.

23. L'histoire de l'éradication des communs va de pair avec celle de l'accomplissement de l'État moderne, lui-même intimement lié au développement du commerce et de la monnaie, de la propriété, du productivisme et pour employer le mot, du capitalisme. Le *design* de l'État de droit contemporain ne fut pas seulement élaboré pour faire rempart contre l'absolutisme arbitraire des souverains d'avant les révolutions libérales. Il a fait beaucoup plus (avec plus de succès d'ailleurs) et érigé

une société structurée autour des prémisses relativement jeunes que sont l'individu, sa propriété, ses investissements, ses profits. Cette société rend inséparables l'État de droit et les mécanismes de l'économie de marché qui, entendons-nous bien, ne peuvent fonctionner que grâce à lui, à sa gestion, son ingénierie sociale et son contrôle de plus en plus pointu des agissements nonobstant la religion des droits humains qu'il préconise sans modestie aucune¹²⁶. Au point que toute critique de cette forme d'organisation peut être réduite à de l'ignorance, de la bêtise, des rêveries ou de l'atavisme politique. C'est dire à quel point le *commoning* et les communs en furent victimes, non seulement dans les faits sanglants, mais aussi comme pensée vécue, pragmatique, expérimentale et spéculative.

Naturellement, il faut se rendre à l'évidence : l'État est bien là, et surtout. Son modèle est hégémonique. Il n'y a pas de lopin de terre qui échappe à son emprise, qu'il en soit propriétaire directement ou propriétaire au carré, décidant quand et sous quelles conditions une personne pourrait se l'approprier ou en faire usage. Il fait donc nécessairement partie de l'écologie de toute « pousse » de *commoning* et aucun commun ne pourra faire l'économie de sa rencontre avec lui¹²⁷. C'est bien pourquoi Ostrom considère qu'il est préférable pour un commun de s'entendre avec lui...

Mais il reste alors à savoir ce que les États pourraient en tout état de cause faire pour favoriser le foisonnement des communs. Peut-on vraiment considérer que l'État participerait à l'élimination des obstacles — par exemple l'*homo economicus* et la concurrence aveugle — qui étouffent leur devenir dans l'œuf ? L'État moderne peut-il vraiment préserver et stimuler la vie des pratiques de faire en commun comme il l'a fait avec un succès éclatant pour la vie du capitalisme ? C'est une question réelle, à laquelle j'ai essayé de répondre en me concentrant sur le rôle que pourrait jouer à cet effet la pratique juridique. Oui, celle-ci peut jouer un rôle expérimental, tâtonnant, modeste, exemplaire, inspirant et ce rôle demande à être stimulé par un activisme juridique, ou mieux encore, une guérilla juridique. Au niveau de l'imagination politique toutefois, il faudra explorer les possibilités qu'offre l'effort de (re)penser sans un État synonyme de garantie contre le chaos et l'arbitraire et de se libérer de l'idée de son inévitabilité sous sa forme actuelle¹²⁸. Il n'en reste pas moins que la résurgence ou renaissance des communs devra affronter des institutions somnambules qui restent fermement attachées au récit fondateur libéral et rejettent *a priori* comme une régression irrationnelle toute remise en cause de l'inévitabilité ou de la légitimité de l'ordre social et politique qu'il a produit. L'espoir dans l'obscurité¹²⁹ est bien que ceux qui servent ces institutions rompent leur envoûtement (et cela ne vaut pas seulement pour les juristes, mais aussi pour les scientifiques et les ingénieurs) et qu'ils se laissent réveiller par l'image du Titanic, qui, comme l'édifice de l'ordre étatique libéral, se pensait capable de résister et de vaincre n'importe quoi.

Serge GUTWIRTH

Professeur à la faculté de droit de la Vrije Universiteit Brussel¹³⁰

(124) Dans la postface remarquable de *La guerre des forêts*, « Le droit mis à l'épreuve », *op. cit.*, 99-124, E.P. Thompson s'est lancé dans une réflexion au sujet de l'État de droit — *la rule of law* — dans laquelle il s'est opposé aux raccourcis du marxisme structural de son époque qui réduisait le droit à un instrument (« idéologique ») des classes dominantes, et cela, malgré le fait que ses propres travaux ont souvent « confirmé les fonctions mystificatrices du droit, et son lien avec la domination d'une classe » (104). Thompson développe son argumentation à partir du fait que les dominés « tant que cela est resté possible (...) se sont battus pour leurs droits par le droit » (106, italiques de Thompson). Le droit était en effet souvent le reflet

d'une pratique agraire réelle que les petits paysans, *copyholders*, habitants des forêts et autres pouvaient, parfois avec succès, mobiliser contre la classe dirigeante, ce qui en faisait un lieu de conflit, plus que de domination unilatérale. Cette prise de position lui a valu beaucoup de critiques de ses collègues marxistes. Pour moi, la question ne se pose pas de la même façon, car je ne considère pas que le contenu des normes juridiques (à déduire de ses sources formelles) soit juridique en tant que tel, le fonctionnement de l'État de droit étant un projet à proprement parler politique. Les constitutions et la loi sont toujours l'aboutissement de processus politiques, tout comme les traités internationaux et les règlements communaux. Ce n'est que

quand la pratique juridique s'enclenche qu'on passe au registre juridique, et ici, bien entendu, il y a par définition même du jeu et de la place pour une résistance et invention juridique.

(125) L. DE SUTTER, *Après la loi*, Paris, PUF, 2018, p. 229.

(126) *Cf.* S. GUTWIRTH et P. DE HERT, « Human rights : a secular religion with legal crowbars... », *op. cit.*, pp. 417-459.

(127) Même les territoires déclarés patrimoine commun de l'humanité (par des traités interétatiques) sont parsemés de drapeaux nationaux ou de logos d'entreprises, qu'il s'agisse de la lune, de l'Arctique et de l'Antarctique, des fonds marins.

(128) Au sujet des rapports entre les communs et l'État, voy. les belles

pages de D. BOLLIER et S. HELFRICH, *Free, fair and alive... op. cit.*, pp. 301-316 (avec un plaidoyer pour la subsidiarité de l'intervention de l'État par rapport à l'auto-organisation des communs).

(129) R. SOLNIT, *Hope in the dark. Untold histories, wild possibilities*, Canon/gate Books, Edinburgh, 2016, 176 p.

(130) Cet article est le résultat de travaux que je mène depuis 2016 avec Isabelle Stengers. Même si ce sont mes mains qui l'ont écrit, l'article est imprégné de sa pensée, de nos échanges et de nos épreuves, tâtonnements et avancées en tandem. Merci aussi à Thomas Figuera (VUB), Alessia Tanas (VUB) et Johan Van de Voorde (UA) pour leurs conseils et lectures.

Les communs environnementaux

Comment ouvrir ou garantir l'usage d'une chose à l'ensemble des membres d'une communauté ou assurer, à leur bénéfice, la préservation de cette chose, plus largement le respect d'une affectation à un intérêt commun socialement défini, telle est la question qui anime de manière transversale l'ensemble de ce numéro spécial.

Est-elle bien posée ? Le monde a changé. L'environnement n'est plus nécessairement qualifié de chose dans tous les ordres juridiques. Ce n'est plus d'usage et d'affectation dont il est désormais d'office question, car les milieux ne sont plus perçus d'emblée comme des ressources à exploiter ou comme les déversoirs de toutes nos émissions et pollutions¹.

L'évocation du rapport au commun, dans ses multiples acceptions, permet de montrer comment le droit s'articule à l'environnement sous un jour nouveau, du moins dans l'imaginaire collectif, puisque le droit positif, en Belgique en particulier, hésite encore à se positionner dans le sens de l'histoire des idées, surtout lorsque les pans de la matière concernée, comme le droit civil, sont peu européanisés. La présente contribution saisit des éléments d'actualité pour montrer comment, mis côte à côte, ils participent à l'écriture d'un même récit cohérent, ou le pourraient du moins. Celui de l'environnement consacré comme commun à protéger, pour l'humain et pour lui-même, dans l'intérêt des générations présentes et futures.

La contribution articule tout d'abord la reconnaissance récente du droit humain universel à un environnement propre, sain et durable à la notion de bien commun (1), qui traduit l'idée d'un intérêt collectif juridiquement protégé déjà bien présent dans le droit positif, quels que soient les ordres juridiques concernés (2). Elle aborde la notion de patrimoine commun des habitants, telle qu'inscrite dans le droit de l'environnement, et ses conséquences sur l'intérêt à agir (3), à la lumière du principe de participation du public qui est l'un des piliers du droit contemporain de l'environnement (4). Le commun comme mode de gouvernance est ensuite présenté, dans son ancrage historique en sciences humaines et sociales (5), invitant à s'interroger sur les travers et atouts de la notion de chose commune (6), mais aussi à consacrer le concept de préjudice écologique, ou du moins à le faire surgir des textes (7). Dans ce parcours de nature panoramique, il est rappelé que le choix des mots compte pour forger en droit un univers de valeurs qui soit à la hauteur des enjeux contemporains des crises climatique et environnementale, justifiant sous cet angle l'attrait des « droits de la nature » (8) et de l'incrimination d'écocide (9). La contribution montre

encore que le commun est inhérent aux enjeux de l'environnement, pour de simples raisons physiques, qui tendent elles aussi à bousculer le droit et les institutions. L'environnement est avant tout une affaire de dynamique (10).

1 Du droit humain au commun : l'environnement propre, sain et durable comme intérêt commun socialement défini

Le 26 juillet 2022, l'Assemblée générale des Nations unies a formellement reconnu, par une résolution, l'existence du droit à un environnement propre, sain et durable en tant que droit humain². L'environnement qualifié — propre, sain et durable, quel que soit le sens précis qui sera donné à ces trois adjectifs dans le futur³ — est enfin reconnu comme un droit accordé de manière égalitaire à chacune et à chacun des humains, et donc aussi à toutes et tous, à l'instar du droit à l'eau⁴. De surcroît, il s'agit d'un droit humain autonome, sans obligation de dépendre fonctionnellement de la protection d'autres droits fondamentaux, même s'il reste lié à ceux-ci et contribue à leur réalisation. On y lit l'affirmation d'un droit subjectif, attaché à la personne, l'être humain⁵. Il s'agit de « mettre en exergue le fait que la protection de l'environnement doit être mise sur le même pied que d'autres intérêts indispensables à la dignité humaine, à l'égalité et à la liberté »⁶.

Il faut prendre la mesure d'une telle avancée sur la scène universelle, dont la germination dura plus de cinquante années⁷. Cette résolution concourt à se défaire de l'approche dominante qui laisse encore aux seuls États le choix de définir leur propre degré de protection de l'environnement, sur leur propre sol, tant que leurs pollutions ou dégradations ne s'étendent pas au-delà de leur juridiction⁸. Même si de très nombreuses constitutions nationales, dont celle de la Belgique, intègrent la nécessité de protéger l'environnement, sous une forme ou sous une autre, il planait encore un doute sur l'existence et le contenu *universels* d'un droit humain à bénéficier d'un environnement sain et de qualité, comme un air non pollué, un climat stable ou des écosystèmes aptes à remplir leurs fonctions. D'ailleurs, en Belgique, il appartient toujours au législateur de définir le sens de ce droit constitutionnel et dès lors de décider de l'intérêt général⁹, dans le respect certes d'un principe de *standstill*, de l'article 7bis de la Constitution¹⁰, des

(1) La notion de « pollution zéro » a surgi dans le pacte vert pour l'Europe qui affirme l'ambition d'un environnement exempt de substances toxiques.

(2) La version originale en langue anglaise (« *The General Assembly recognizes the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right* ») est plus innovante que sa traduction française qui semble en diluer le sens (« L'Assemblée générale considère que le droit à un environnement propre, sain et durable fait partie des droits humains »). Or, la version originale prévaut. Résolution A/76/L.75 de l'Assemblée générale, *Droit à un environnement propre, sain et durable*, A/76/L.75 (26 juillet 2022), accessible à l'adresse undocs.org/fr/A/76/L.75 ; version originale en langue anglaise accessible à l'adresse undocs.org/en/A/76/L.75.

(3) Termes repris de la résolution 19/10 (A/HRC/RES/19/10, 22 mars 2010) du Conseil des droits de l'homme auprès des Nations unies instituant la fonction de rapporteur

spécial sur les droits de l'homme et l'environnement, qui visait un environnement « sûr, propre, sain et durable ». Le mot « sûr » (*safe*) a disparu ensuite.

(4) Résolution 64/292 de l'Assemblée générale, *Le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement*, A/RES/64/292 (3 août 2010).

(5) Rapport du rapporteur spécial du 19 juillet 2018, sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement propre, sain et durable (A/73/188) : « Le respect et la réalisation du droit à un environnement sain devraient garantir un niveau minimal de qualité environnementale à tous les membres de la société, conformément aux normes internationales, en particulier pour les populations qui supportent actuellement une part disproportionnée du fardeau que représentent la pollution et d'autres dommages environnementaux ou qui ne jouissent pas d'un accès approprié à certains biens et services environnementaux », § 45.

(6) *Idem*, § 39.

(7) Depuis la déclaration de la Conférence de Stockholm de 1972 qui en posa les jalons, dans son principe 1^{er} : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures. À cet égard, les politiques qui encouragent ou qui perpétuent l'apartheid, la ségrégation raciale, la discrimination, les formes, coloniales et autres, d'oppression et de domination étrangères sont condamnées et doivent être éliminées ».

(8) Le principe coutumier selon lequel « les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement », quel qu'en soit le contenu, à la condition « qu'ils fassent en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent

pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale », va désormais être mis à l'épreuve sous un jour nouveau, même si l'équivalence hiérarchique entre ces dispositions n'est pas acquise et reste à construire. Les États-Unis ont d'ailleurs émis oralement une réserve sur cet aspect, dans la foulée de l'adoption de la résolution.

(9) En matière de politique environnementale, la Cour constitutionnelle considère qu'elle doit, « compte tenu de l'obligation faite aux législateurs régionaux par l'article 23, alinéa 3, 4^o, de la Constitution de garantir le droit à la protection d'un environnement sain, « respecter l'appréciation de ces législateurs quant à l'intérêt général, sauf si cette appréciation est déraisonnable ». C. const., 1^{er} octobre 2015, n^o 132/2015, B.12.1.

(10) En vertu de l'article 7bis de la Constitution, chaque législateur doit, dans l'exercice de ses compétences, poursuivre les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions

normes de droit international et de droit européen. Le droit à un environnement sain qui est garanti à l'article 23 de la Constitution n'a, sauf revirement prochain de la jurisprudence, pas encore d'effet direct au profit des citoyens¹¹.

La reconnaissance universelle de ce droit humain invite à changer le regard sur ce qui en constitue l'objet. La préservation de l'environnement « propre, sain et durable » relèverait donc d'un intérêt commun universel, socialement défini par la communauté mondiale. Le bénéfice d'un environnement d'une qualité définie s'ajoute au registre de valeurs partagées qui, exprimées et choisies, sont susceptibles de fonder autrement les sociétés humaines, selon les termes de Mireille Delmas-Marty¹².

2 L'environnement, un bien commun

On savait déjà, avec la Convention-cadre sur le climat de 1992, que les changements climatiques étaient une « préoccupation commune de l'humanité » (*a common concern of mankind*), déclinée de manière différenciée par des obligations asymétriques. Dans l'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas¹³, à l'appui de la même Convention-cadre de 1992 qui dispose en outre que le caractère planétaire du changement climatique requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible¹⁴ dans l'intérêt des générations présentes et futures¹⁵, la Cour de cassation néerlandaise entérina l'approche selon laquelle un État est titulaire d'une responsabilité partielle et donc partagée à l'égard des émissions globales de gaz à effet de serre ; il revient par conséquent à chacun de ces États de « faire sa part » dans la lutte contre le changement climatique¹⁶.

Judith Rochfeld, dans son ouvrage « Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne »¹⁷, expose la contradiction entre la rareté des références aux communs — que ce soit devant les prétoires ou dans les textes de droit — et l'intuition que « le système climatique, l'atmosphère ou encore l'air que nous respirons, au même titre que la biodiversité ou toutes les autres « ressources » qui nous sont vitales » relèvent pourtant de la catégorie des grands communs mondiaux.

L'argument du bien commun traduit, selon les termes de Marie Cornu, « l'idée d'un intérêt collectif juridiquement protégé »¹⁸, dont la force consiste à réinterroger le rapport à la souveraineté, à l'exclusivité, voire à la responsabilité¹⁹. Si le terme est rarement exprimé en droit positif, son signifié est à l'inverse déjà bien présent, bien réel, bien tangible, comme le démontre d'ailleurs le contentieux environnemental dans sa globalité.

L'objectif de « contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2°C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5°C par rapport aux niveaux préindustriels », inscrit dans l'Accord de Paris sur le climat de 2015, est une nouvelle affirmation d'un intérêt collectif juridiquement protégé, qui devient de plus en plus concret, à l'inspiration des travaux de la communauté scientifique désormais capable de placer des chiffres sur l'idéal d'un projet futur,

sur l'impératif d'une limite planétaire à ne pas dépasser collectivement.

Dans un autre registre, l'obligation de parvenir à un « bon état des eaux » et de prévenir la détérioration de l'état de toutes les masses d'eau de surface dans l'Union européenne²⁰ est également la manifestation de l'existence d'un intérêt collectif protégé, à l'échelle de l'Union européenne, qui pèse sur la liberté des États et des industries.

Il en résulte déjà que les États membres sont tenus, sous réserve de l'octroi d'une dérogation, de refuser l'autorisation d'un projet particulier lorsqu'il est susceptible de provoquer une détérioration de l'état d'une masse d'eau de surface ou lorsqu'il compromet l'obtention d'un bon état des eaux de surface²¹.

« [L]'eau n'est pas un bien marchand comme les autres mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel », dit la directive-cadre sur l'eau. Un cran plus loin, « avec le réchauffement climatique, la nécessité d'assurer dans l'Union européenne la protection de ce bien commun revêt une plus grande importance encore », affirme très explicitement l'avocat général Rantos dans des conclusions du 13 janvier 2022²². Il en infère que les objectifs ambitieux de la directive-cadre impliquent nécessairement des charges pour les États membres, « qui apparaissent encore plus justifiées au regard du changement climatique actuel »²³.

Un certain niveau de qualité de l'air est aussi un intérêt collectif juridiquement protégé dans le droit de l'Union, puisque la Cour de justice, en formation de grande chambre, confirme que le non-dépassement de valeurs limites pour la concentration de certains polluants dans l'air ambiant est une obligation de résultat pour les États et qu'une interprétation autre « laisserait par ailleurs la réalisation de l'objectif de protection de la santé humaine, rappelé à l'article 1^{er}, point 1, de la directive 2008/50, à la seule discrétion des États membres, ce qui est contraire aux intentions du législateur de l'Union »²⁴. L'idée d'un intérêt juridique collectif juridiquement protégé peut aussi se traduire par la figure de « l'ordre public écologique »^{24bis}. En Belgique, la notion d'ordre public s'élargit à l'ordre public environnemental, à partir du 1^{er} janvier 2023, puisque les dispositions générales du nouveau Code civil disposent, dans un article consacré à l'acte juridique, qu'« est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental »^{24ter}.

3 L'environnement, un patrimoine partagé mis sous protection

Un grand nombre d'espèces d'oiseaux vivant naturellement à l'état sauvage sur le territoire européen des États membres subissent une régression de leur population qui constitue un danger sérieux pour la conservation du milieu naturel. Partant, nous indique la Cour de justice de l'Union européenne, la conservation de telles espèces d'oiseaux, « qui sont en grande partie des espèces migratrices et qui

sociales, économiques et environnementales, en tenant compte de la solidarité entre les générations.

(11) Au stade préparatoire de la Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 8 octobre 2021 (A/HRC/RES/48/13), il était uniquement précisé que la reconnaissance de ce droit serait un engagement à « adopter selon qu'il convient des politiques visant à permettre son exercice, y compris en ce qui concerne la biodiversité et les écosystèmes ».

(12) M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit*, IV, Le seuil, 2011.

(13) Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, *Pays-Bas c. Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2006

(14) Convention-cadre des Nations

unies sur le Changement climatique (CCNUCC), préambule.

(15) CCNUCC, article 3.1.

(16) § 5.7.5. Voy. B. MAYER, « L'atténuation du changement climatique est-elle une obligation résultant des traités relatifs aux droits de l'homme ? », *J.E.D.H.*, 2022, n° 1, pp. 8-27.

(17) J. ROCHFELD, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Éd. O. Jacob, 2019.

(18) M. CORNU, « Biens communs, approche juridique », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éd.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2021, 2^e éd., pp. 14-119. D. MISSONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », *Revue interdiscipli-*

naire d'études juridiques, 2018, n° 2.

(19) *Idem*, p. 118.

(20) Directive du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (*J.O.* 2000, L 327, p. 1), considérant 1^{er}.

(21) Ou d'un bon potentiel écologique et d'un bon état chimique de telles eaux à la date prévue par cette directive (fixée à 2015). C.J.U.E., 1^{er} juillet 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (Weser)*, aff. C-461/13, EU:C:2015:433.

(22) Conclusions de l'avocat général Rantos dans l'aff. C-525/20, *France Nature Environnement c. premier Ministre*, ECLI:EU:C:2022:16, § 72. Sur les effets du réchauffement climatique, il renvoie aux documents liés au sixième rapport d'évaluation du

groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), qui sera achevé au mois de septembre 2022, consultables par le lien Internet suivant : <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/>.

(23) Conclusions précitées, § 72.

(24) C.J.U.E., 10 novembre 2020, *Commission c. Italie (Valeurs limites - PM10)*, aff. C-644/18, EU:C:2020:895, § 80.

(24bis) N. BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

(24ter) Loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, article 1.3.

constituent ainsi un patrimoine commun », est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'Union en termes de développement durable et d'amélioration des conditions de vie²⁵. La Cour a longtemps dénoncé la tendance de certains États à ne vouloir protéger que les espèces relevant de leur seul patrimoine national alors que la législation européenne, en organisant la protection des habitats et des espèces, dont des espèces migratrices, définit une responsabilité commune dans la protection du milieu naturel, qui incombe à tous les États membres, d'autant plus que les menaces qui pèsent sur ceux-ci sont souvent de nature transfrontalière²⁶. Ici utilisée, la notion de patrimoine commun de l'Union déplace le centre de gravité de la responsabilité politique et juridique à l'égard des espèces naturelles menacées dans l'Union européenne, vers une perspective globale et solidaire qui ne correspond pas nécessairement à certains intérêts nationaux.

La mobilisation de la notion de patrimoine évoque nécessairement la désignation d'une communauté bénéficiaire²⁷. En Région wallonne, le Code de l'environnement dispose que l'environnement et, notamment, les espaces, paysages, ressources et milieux naturels, l'air, le sol, l'eau, la diversité et les équilibres biologiques « font partie du patrimoine commun des habitants de la Région wallonne »²⁸.

La Région exerce, en vertu de ce même code, un rôle de garante de la préservation de l'environnement, qui fait donc partie du patrimoine commun de ses habitants. Il en a résulté dans la jurisprudence récente l'admissibilité, à titre de dommage *personnel* pour la Région wallonne dans son rôle de garante, de prétentions à la réparation d'un dommage écologique, défini comme le dommage causé directement au milieu pris en tant que tel, indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens. L'affaire concernait un cas de tanderie et des prélèvements massifs d'oiseaux²⁹.

Le même Code de l'environnement indique en outre, au même article, que toute personne veille à la sauvegarde et contribue à la protection de l'environnement, désigné donc comme le patrimoine commun des habitants. Il serait logique qu'ils puissent tout autant en actionner la garde de manière effective, au sens de cette disposition, même si c'est sans les prérogatives de la puissance publique. Or, à ce jour, en cas de litige portant sur la réparation d'un dommage écologique, les juridictions saisies ne voient dans le chef des citoyens — qui sont nécessairement aussi des habitants — qu'un simple intérêt à la conservation de la nature, « qui ne pourrait se traduire en un intérêt direct et personnel à demander la réparation du dommage écologique, au motif que l'environnement n'appartient à personne »³⁰.

L'inappropriabilité de l'environnement pèse donc sur l'intérêt à agir. C'est confondre la titularité de cet environnement et la charge de sa garde³¹. L'affectation potentiellement transcendante qui associe l'environnement au patrimoine commun des habitants, un environnement dont ils sont aussi les gardiens en vertu du Code wallon de l'environnement, n'est ici pas encore mobilisée. Dans le domaine du patrimoine culturel, le critère du dévouement à une cause a été entendu

comme justifiant l'intérêt d'une personne physique isolée à agir devant le Conseil d'État, pour la défense du patrimoine exceptionnel de la Région³². Or, entre les notions de patrimoine culturel et de patrimoine naturel, surtout s'il s'agit d'un paysage, quelle différence³³? D'autant plus que, depuis 2016, selon la nouvelle législation organique concernant le développement territorial, « le territoire de la Wallonie est [aussi] un patrimoine commun de ses habitants »³⁴?

Dans le cadre de l'action en cessation environnementale régie par la loi du 12 janvier 1993³⁵, lue en combinaison avec le droit communal de chacune des régions concernées, l'habitant ne devra pas justifier d'un intérêt propre lorsqu'il agit en justice au nom de la commune, mais il devra démontrer l'intérêt de la commune à l'action ou l'infraction dont elle est victime³⁶. L'action doit être fondée sur un droit de la commune et a pour but de défendre un intérêt collectif. Par conséquent, un habitant d'une commune ne peut agir en justice au nom de celle-ci que pour autant que la commune en question soit elle-même recevable à agir³⁷, mais il peut le faire seul, sans passer par une association environnementale³⁸. Le maintien d'un tel droit d'action en substitution relève du champ d'application de l'article 23, alinéa 3, 4^o, de la Constitution, qui garantit le droit à la protection d'un environnement sain³⁹.

4 L'environnement, jamais sans le citoyen

L'évocation du citoyen et des habitants fait sens car l'un des principes fondamentaux sur lequel s'est bâti le droit contemporain de l'environnement est celui de la participation citoyenne.

L'environnement ne serait correctement protégé que si le citoyen, seul ou organisé, est impliqué. Derrière ce principe, qui fait le pari de l'amélioration de l'environnement par les procédures, plane une méfiance à l'égard de l'État et des autorités publiques, qui pourraient, pour des raisons diverses, involontairement ou sciemment, ne pas assumer pleinement leur rôle de gardien. Un motif implicite qui fait ici encore le lien aux droits humains, dont la protection est rendue nécessaire à l'encontre des États.

« Afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être », mentionnait la Convention d'Aarhus dès 1998 dont la portée n'est pas mondiale (elle fut adoptée sous l'égide de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe) mais qui inspire aujourd'hui les ordres juridiques à l'échelle du globe⁴⁰, « chaque Partie garantit les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement ».

C'est grâce à cette convention d'Aarhus et à l'impulsion du juge de l'Union européenne⁴¹ que, le 11 juin 2013⁴² et après de longues an-

(25) C.J.U.E., 4 mars 2021, *Föreningen Skydda Skogen*, aff. C-473/19 et C-474/19, ECLI:EU:C:2021:166.

(26) Voy., en ce sens, arrêts du 20 octobre 2005, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-6/04, EU:C:2005:626, point 25, et du 15 mars 2012, *Commission c. Pologne*, aff. C-46/11, non publié, EU:C:2012:146, point 26.

(27) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, *op. cit.*

(28) On décèle ici une inspiration venue de la législation française, à la différence notoire que le patrimoine commun est celui des habitants de la Région. Pas seulement celui de la seule Région (même si, selon le Code wallon de l'eau, l'eau fait [aussi] partie du « patrimoine commun de la Région wallonne »), du Royaume ou de la Nation. Voy. M. DEFFAIRI, « Patrimoine commun de la nation - approche juridique », in *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd., 2020, pp. 965-967. Le préambule de la Charte française de l'environnement dispose que l'environnement est le patrimoine commun des êtres hu-

ains.

(29) C.A. Liège, 26 mai 2021, n° 2020/CO/250. *J.L.M.B.* 2022, liv. 8, 350-355, note C. BARTHÉLÉMY. Cette ouverture, visant à admettre la demande de réparation de la Région, ne dispensa pas la Région de la démonstration de la réalité et de l'ampleur du préjudice « collectif » qu'elle alléguait.

(30) C. const., 21 janvier 2016, n° 7/2016, B.8.1.

(31) En ce sens, voy. C. LE BRIS, à propos du patrimoine commun de la nation : « les analyses révèlent une confusion entre les gardiens du patrimoine commun et le titulaire du patrimoine commun » ; C. LE BRIS, *Patrimoine commun de la Nation*, *Dictionnaire*, *op. cit.*, p. 964.

(32) « Considérant qu'à partir du moment où un bien est reconnu comme faisant partie du patrimoine culturel, il ne peut plus, par définition, être considéré comme étant la "chose exclusive" d'une personne morale de droit public quelconque, même propriétaire des lieux, d'une collectivité déterminée ni même de la génération

présente, à plus forte raison des voisins ou des habitants du quartier ; que c'est plus l'intérêt de ceux qui se dévouent à sa conservation qu'une proximité géographique aléatoire qui peut justifier l'action tendant à assurer la préservation du bien culturel ». C.E., arrêt *Brassine-Vandergaeten*, n° 165.965 du 15 décembre 2006 ; B. JADOT, « Rameaux de jurisprudence pour le patrimoine commun », in Y. CARTUYVELS e.a. (éd.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 735-751, p. 743.

(33) M.-S. DE CLIPPELE, *Protéger le patrimoine culturel? : à qui incombe la charge?*, *Collection générale*, n° 157, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020.

(34) Code du Développement territorial (CoDT) - Partie décrétable, 20 juillet 2016, article D.1.1.§1^{er}. Le rôle des habitants y semble cependant plus cadré que dans le Code de l'environnement. Voy. article D.1.1.§2.

(35) Loi concernant un droit d'action

en matière de protection de l'environnement (*M.B.*, 19 février 1993).

(36) C. const., arrêt n° 129/2019, B.4.2. Voy., sur les rétroactes : F. TULKENS, « À quoi sert le droit de l'environnement ? À favoriser une pratique renouvelée et approfondie de la démocratie », in D. MISONNE (éd.), *À quoi sert le droit de l'environnement*, Bruylant, 2019, pp. 109-122.

(37) C. const., arrêt n° 129/2019, B.11.3.

(38) C. const., arrêt n° 129/2019, B.11.6.

(39) C. const., arrêt n° 129/2019, B.6.3.

(40) Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

(41) C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie (Ours slovaques)*, aff. C-240/09, EU:C:2011:125, § 50.

(42) Cass., 11 juin 2013, *Milieu-teunpunt Huldenberg*, RG n° P.12.1389.N., *Pas.*, 2013, n° 361.

nées de paralysie, le droit d'agir en justice a été largement reconnu aux associations de protection de l'environnement par la Cour de cassation, en raison de l'atteinte présumée portée à l'intérêt collectif pour la défense duquel elles ont été constituées⁴³. La Cour décide que lorsqu'une action en réparation d'un dommage causé par une infraction est introduite par une personne morale qui, en vertu de ses statuts, a pour objectif la protection de l'environnement et vise à contester les agissements et les négligences de personnes privées et instances publiques jugés contraires aux dispositions du droit de l'environnement national, cette personne morale satisfait à cette condition de recevabilité relative à l'intérêt pour introduire une action en justice.

5 Le commun : le « faire » plutôt que l'« avoir »

Dans le débat public, la vitalité contemporaine de la référence aux biens communs, aux biens globaux, aux biens publics mondiaux, aux communs, etc., ne surgit pas de la lettre du droit et certainement pas de la notion de choses communes inscrite dans notre droit civil ni de celle de patrimoine commun de l'humanité connue en droit international. Cette vitalité s'est au contraire construite malgré l'état du droit, voire contre lui, en défi à celui-ci, à l'appui d'écrits en sciences humaines, économiques et sociales⁴⁴.

Il y a d'abord le dilemme exploré par le biologiste Hardin dans son article titré la « tragédie des communs », publié en 1968 dans la revue *Science*. Selon Hardin, à l'inspiration de travaux plus anciens portant sur l'occupation libre de pâturages au Royaume-Uni, une situation de libre accès à une ressource limitée, et pour laquelle la demande est forte, mène inévitablement à sa surexploitation puis à sa disparition⁴⁵. L'auteur était en avance sur son temps puisqu'il observait déjà l'existence de limites à la jouissance partagée de certains espaces ou de certains milieux (la notion de limites planétaires est aujourd'hui de tous les discours sur l'environnement et le développement), dont l'humain ne semblait pas prendre la mesure à suffisance, surtout lorsqu'il considère que leur usage est libre. La liberté dans le commun menait nécessairement à la ruine de celui-ci⁴⁶. Il invitait à plus de régulation, en ce compris par des droits d'usage, aux fins de protéger le commun, qu'il s'agisse d'un parc naturel, d'un fleuve à préserver de la pollution, voire de lutte contre la surpopulation. Il faut rappeler qu'à l'époque, le droit de l'environnement était à ses balbutiements et les contraintes rares. Il observait par ailleurs déjà que la manière d'envisager la propriété privée, en droit, favorisait les situations de pollution.

Elinor Ostrom⁴⁷, dont les travaux en sciences politiques furent couronnés par un prix Nobel d'économie, se pencha avec un regard neuf sur cette tragédie des communs et estima qu'entre les tenants de l'accentuation des instruments de marché et ceux de l'accentuation de l'intervention de l'État, une voie médiane était envisageable. Elle identifie et nomme le chaînon manquant (la gouvernance des communs), soit les conditions de l'émergence d'une gouvernance collective qui puisse,

dans certains cas, éviter la surexploitation et assurer la réalisation d'un projet au bénéfice d'une communauté. Elle démontre que la pleine liberté résultant de l'absence de règles « imposées par le haut » ne mène pas, nécessairement, à la destruction ou à l'anarchie, en ce compris lorsqu'il s'agit de l'exploitation de pêcheries, de forêts, de pâturages.

Il ne s'agissait pas seulement de s'intéresser à l'action collective, mais à la dimension générative et mobilisatrice de cette action, dont l'une des caractéristiques est de traiter de questions d'accès et d'être portée par une communauté. Une communauté qui, par ses savoirs et par les règles qu'elle se fixe, est susceptible d'induire d'autres résultats, généralement (mais pas toujours) plus convaincants du point de vue de l'intérêt poursuivi ou de la préoccupation énoncée, que ce qui aurait résulté de l'intervention du seul État ou du seul marché⁴⁸.

Le commun comme clé de lecture rassemble et permet d'établir de surprenants parallèles entre les dimensions globales et locales, en ce compris dans leur traduction institutionnelle ou juridique, qu'il s'agisse de la préservation de l'atmosphère ou du maintien d'un libre accès aux sentiers de promenade dans les campagnes, des enjeux de partage de l'accès aux semences de plantes anciennes ou des revendications portées dans le contentieux judiciaire en matière climatique.

La force du concept de commun d'aujourd'hui est avant tout de mettre en exergue une relation⁴⁹, un mode de gouvernance, un « genre d'agir »⁵⁰, une rencontre. Evoquer le commun, c'est rendre visible un existant rarement exprimé et pourtant essentiel, qui est de l'ordre du faire, plutôt que de l'avoir.

Lorsque le faire « commun »⁵¹, articulé autour de questions d'accès et d'usages, est appliqué à des milieux naturels, à la nature, surgira spontanément le concept de commun environnemental, visant par-là tant la pratique de la gouvernance collective revisitée que, par raccourci, l'élément de nature lui-même, déjà impacté ou non par l'activité de l'homme.

6 La chose commune : dangereuse et réductrice ou prometteuse et émancipatrice ?

L'analyse de Hardin sur la tragédie des communs s'adressait, en clair, aux divers régimes installant une liberté ou une concurrence sur les usages, dans des contextes pourtant soumis à la tension d'une limite. En droit civil, cela évoque nécessairement les choses communes ou les anciens communaux.

Le monde serait-il différent si, depuis ses origines, le Code civil indiquait que l'environnement, en tant que chose commune, est une chose dont l'usage est collectif et dont le respect incombe à tous (plutôt qu'une chose qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous⁵²) ? Voire s'il attribuait, à l'environnement, non pas le statut de chose mais celui de personne, comme pour une entreprise ? Ou s'il disposait que les écosystèmes sont des biens communs dont l'intégrité est garantie ?

(43) C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020/11, pp. 189-201.

(44) E. OSTROM, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 ; E. BROUSSEAU, T. DEDEURWAERDE e.a., *Global Environmental Commons*, OUP, Oxford, 2012 ; U. MATTEI, « The Commons Movement in Italy », *South Atlantic Quarterly*, 2013 ; D. BOLLIER, *La renaissance des communs, Pour une société de coopération et de partage*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer (traduction française), 2014 ; D. BOLLIER et S. HELFRICH, *The wealth of the commons : A world beyond market and state*, Amherst, Levellers Press, 2014 ; D. BOLLIER, *Think like a Commoner. A Short Introduction to the Life of the Commons*, New So-

ciety Publishers, Gabriola Island, 2014 ; P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun, Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014 ; B. CORIAT, *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015.

(45) G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 1968.

(46) G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 1968, p. 1244. « Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit - in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a common brings ruin to all ».

(47) E. OSTROM (1990), *Governing the Commons : The Evolution of Ins-*

titutes for Collective Action, Cambridge, Cambridge University Press.

(48) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, *op. cit.* ; D. MISONNE, *La définition juridique des communs environnementaux*, *Annales des Mines*, Dossier Responsabilité et environnement, 2018, n° 4, pp. 5-9.

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

(50) S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs », *R.J.E.*, 2016, n° 1, pp. 306-343 ; S. GUTWIRTH, « Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 83-107.

(51) M. CORNU, « Biens communs,

approche juridique », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éd.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

(52) Ancien article 714 du Code civil. B. JADOT, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in F. OST et S. GUTWIRTH (éd.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 93-143 ; B. JADOT, « L'article 714 du Code civil et la protection de l'environnement », in *L'actualité du droit de l'environnement*, Actes du colloque des 17 et 18 novembre 1994 organisé par la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles et l'Institut de gestion de l'environnement et d'aménagement du territoire, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 53-72.

Le Code civil est un code pour l'environnement, écrit M. Hautereau-Boutonnet, lorsque, du moins en France, il consacre un régime de réparation du préjudice écologique (articles 1246 à 1252) ou un devoir, pour les sociétés, de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leurs activités (article 1833)⁵³. Une telle évolution, dans la « véritable constitution au sens sociologique du terme »⁵⁴, traduit mais aussi moule un nouvel imaginaire collectif. La préoccupation de l'environnement commence à transformer les racines mêmes du droit commun, du droit privé ; il ne lui suffit plus d'être surajoutée par des règles de police administrative et de droit public⁵⁵, ni d'être évoquée par le biais de seules exceptions, comme une curiosité sympathique.

En Belgique, l'article 3.43 du nouveau Code civil⁵⁶ module l'ancien article 714 et dispose désormais que « Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité. Elles n'appartiennent à personne et sont utilisées dans l'intérêt général, y compris celui des générations futures. Leur usage est commun à tous et est réglé par les lois particulières »⁵⁷. Les travaux préparatoires indiquent que c'est là que se logeront les évocations des questions écologiques et environnementales, mais pour quel effet, sinon de permettre à l'étudiant en droit d'entendre au moins une fois dans son cursus de baccalauréat les mots air, eau, atmosphère ou climat ?

Ce qui fait qu'une chose devient un bien, poursuivent-ils, « c'est sa valeur patrimoniale et la possibilité de se l'approprier ou plus généralement de se la réserver, ce qui permet d'exclure l'hypothèse de choses communes, non appropriables en effet dans leur globalité »⁵⁸. Assimiler encore l'environnement au statut de chose commune, parce qu'il serait non appropriable dans sa globalité, fait fi du constat que les atteintes systémiques à l'environnement sont une forme d'appropriation dans sa globalité — le mot environnement a d'ailleurs surgi pour signifier cette globalité de l'action destructrice de l'humain, qui accentue sa responsabilité, en ce compris à l'égard des générations futures⁵⁹.

Ainsi, l'atmosphère, maintenue dans la catégorie des choses communes, reste un grand réceptacle, faiblement organisé, de l'ensemble des rejets issus des activités humaines, même s'il semble désormais reconnu que sa « capacité d'assimilation est limitée »⁶⁰. Il n'existe pas de cadre global traitant de manière homogène et cohérente de la relation de l'homme et de la communauté internationale à l'atmosphère, sauf pour la navigation aérienne, alors qu'il existe un traité sur le droit de la mer et un traité sur l'espace extra-atmosphérique. Comme si l'espace intermédiaire, atmosphérique, restait fondamentalement *impensé*. L'enjeu véritable du statut de l'atmosphère (ou de son absence) est celui des limites portées à son exploitation et des ressorts de sa protection, qui vaudraient *erga omnes*, dans un contexte où l'atmosphère est non seulement la destinataire de pollutions non évitées mais aussi la cible de projets de modification intentionnelle à grande échelle⁶¹.

Pour en revenir à la terre, le nouveau Code civil a abrogé l'article 542 de l'ancien Code civil sur les biens communaux, y définis comme ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs

communes ont un droit acquis. Sans disposition de remplacement, le statut des sarts communaux est invisibilisé, mais il existerait toujours. Ils relèveraient du domaine privé de la commune, qui en jouirait via ses habitants, selon la réponse donnée à une question parlementaire⁶². Le ministre y affirme que « la définition du Code civil était inexacte, les habitants de la commune n'étant pas propriétaires desdits biens ». La discussion témoigne d'une approche binaire, centrée sur la propriété, alors que c'était d'usages dont il s'agissait⁶³. En Italie, la doctrine a fait émerger une nouvelle catégorie, celle des *beni communi*, intermédiaire entre les biens publics et les biens privés, visant à organiser des droits collectifs d'utilisation par l'entremise d'accords de collaboration, conclus entre les autorités communales et les citoyens, afin de contribuer à la satisfaction des intérêts de la collectivité, à laquelle la Cour de cassation italienne fait déjà écho⁶⁴.

7 Le préjudice écologique

Dans le champ de la responsabilité, l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil opte pour le report « à plus tard » d'éventuels articles sur la réparabilité du préjudice écologique, soit le dommage causé à l'environnement en tant que tel (l'écosystème d'une rivière par exemple), indépendamment de l'atteinte aux personnes et aux biens.

Ce n'est pas que l'importance de la question ait été sous-estimée, disent les travaux préparatoires, mais ce serait « la complexité des enjeux » (*Nihil difficile volenti !*) qui aurait conduit à reporter le débat, au motif de difficultés dans la répartition des compétences et dans le choix des instruments⁶⁵.

Nos voisins du Sud ont pourtant tracé la voie dès 2016, de même que la Cour internationale de justice en 2018, sans pour autant créer de cataclysme en matière de tissu industriel et économique, ce que d'autres semblent redouter.

Les dommages causés à l'environnement, ainsi que la dégradation ou la perte consécutive de la capacité de celui-ci de fournir des biens et services, sont susceptibles d'indemnisation en droit international, dit la Cour internationale de justice⁶⁶. Cette indemnisation peut comprendre une indemnité pour la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux subie, ainsi qu'une indemnité pour la restauration de l'environnement endommagé.

En France, dans la foulée de la jurisprudence issue du naufrage de l'Erika — où, en reconnaissant par la voie prétorienne la notion de préjudice écologique, les juges consacrent l'environnement comme valeur à protéger⁶⁷, « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer. Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non

(53) M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2021. Voy. aussi R. FELTKAMP e.a., « Le droit privé au service d'une société durable : rêve ou réalité démocratique ? », in A. VAN HOE et G. CROISANT (coord.), *Droit et durabilité/Recht en duurzaamheid*, Larcier Intersentia, 2022, pp. 105-177.

(54) *Idem*. L'auteur cite à cet égard J. CARBONNIER (*in Le Code civil*, 1804-2004, Dalloz-Litec, 2004, p. 20).

(55) Le droit civil a bien sûr une influence sur l'ensemble des biens, même si les régions peuvent également édicter des règles à leur égard dans le cadre de leurs compétences (C. const., 21 octobre 2021, n° 148/2021, B.10.1).

(56) Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens ».

(57) M.-S. DE CLIPPELE, « Quel avenir pour les choses communes ? », in *Mélanges Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 537-56.

(58) Proposition de loi du 16 juillet

2019 portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Introduction générale, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extraordinaire 2019, n° 55-0173/1, p. 104.

(59) Cour constitutionnelle allemande, 24 mars 2021, *Neubauer c. Allemagne*, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1 bvr265618 ; E. BROWN WEISS (1984), « The Planetary Trust : Conservation and Intergenerational Equity », *Ecology Law Quarterly*, vol. 11, n° 4, pp. 495-582 ; I. GONZALEZ et A. GOSSERIES, *Institutions for Future Generations*, Oxford, OUP, 2016.

E. GAILLARD (2011), *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, préf. M. DELMAS-MARTY, Paris, LGDJ.

(60) Commission de droit international, « Protection de l'atmosphère », *Projet de directives et de préambule (deuxième lecture) adopté à sa 72^e session, mai-août 2021*, UN Doc A/CN.4/L951.

(61) L'Accord de Paris sur le climat ne règle pas la question du statut de l'at-

mosphère. Voy. D. MISONNE, « Atmosphère », in *Dictionnaire juridique du changement climatique*, Paris, Mare Martin, M. Torre-Schaub (éd.), à paraître, 2022.

(62) Question parlementaire, https://www.uvcw.be/no_index/files/7517-question-parlementaire-10-11-2021-sarts-communaux.pdf.

(63) M.-S. DE CLIPPELE, « Quelle réception juridique des communs, entre public et privé ? », in J. VAN MEERBEECK e.a., *Distinction (droit) public/(droit) privé : brouillages, innovations et influences croisées*, Presses Université Saint-Louis : Bruxelles, 2021.

(64) J.B. AUBY et M. DE DONNO, « Communs dans le droit italien : les "beni comun" et "patti di collaborazione" », *chemins-publics.org*, 26 avril 2021.

(65) Pp. 16 et s.

(66) C.I.J., 2 février 2018, *Costa Rica c. Nicaragua*, §§ 39-43. La Cour fait observer « qu'elle n'a jamais auparavant statué sur une demande d'indemnisation pour dommages envi-

ronnementaux. Il est cependant conforme aux principes du droit international régissant les conséquences de faits internationalement illicites, et notamment au principe de la réparation intégrale, de conclure que les dommages environnementaux ouvrent en eux-mêmes droit à indemnisation, en sus de dépenses engagées par l'État lésé en conséquence de tels dommages » et que « Les dommages causés à l'environnement, ainsi que la dégradation ou la perte consécutive de la capacité de celui-ci de fournir des biens et services, sont susceptibles d'indemnisation en droit international. Cette indemnisation peut comprendre une indemnité pour la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux subie pendant la période précédant la reconstitution, et une indemnité pour la restauration de l'environnement endommagé ».

(67) M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 352.

négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable »⁶⁸.

Sur la responsabilité extracontractuelle, l'avant-projet discuté en Belgique « se contente »⁶⁹ d'indiquer que le dommage résultant de l'atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et conditions déterminées par la loi.

Un intérêt collectif protégé ? Nous revoici dans le registre inspirant des biens communs. La clause pourrait être interprétée comme une invitation à prévoir, par la voie législative régionale, les conditions de la réparabilité des dommages à l'environnement en tant que tel, comme intérêt collectif, sans incidence requise sur les personnes et les biens.

8 Les droits de la nature

Toute personne qui, par sa faute, cause à « autrui » un dommage à autrui est tenue de le réparer. Si la nature était cet « autrui », le dommage à la nature, en tant que telle⁷⁰, serait nécessairement couvert. Mais ce n'est pas encore le cas, en Belgique, même si des arbres ont déjà tenté d'ester en justice pour demander réparation du dommage qu'ils subissent en raison du changement climatique. Dans l'état du droit positif belge, les arbres ne sont pas encore « sujets de droits », c'est-à-dire des êtres aptes à exercer des droits et obligations, répondit le tribunal en 2021, qui estime que seul l'être humain possède cette aptitude, sous réserve des personnes morales⁷¹.

Pourtant, devant l'Assemblée générale des Nations unies, lors de l'adoption de la résolution sur le droit humain à un environnement sain, propre et sûr, c'est sans sourire que certains pays, comme le Costa Rica, rappelèrent dans un tel cénacle qu'ils ont déjà chez eux depuis des années, et sans incompatibilité avec les droits humains, accordé des droits à la Terre mère, à la nature elle-même donc, et aux écosystèmes. Les droits de la nature sont en vogue et forment un nouvel imaginaire, concernant ce que devrait ou pourrait être un vrai droit protecteur⁷².

Ce n'est pas tant la question de savoir si c'est possible juridiquement qui est la plus délicate — il n'y a même aucun doute à cet égard, c'est possible ; il n'y a rien de fatal à ce que les fleuves ne parlent pas, puisque les juristes parleront pour eux — mais bien la question de savoir si la société a l'obligation morale de faire évoluer son droit en ce sens, écrivait déjà C. Stone en 1972⁷³. La modernité de la proposition consistait à forcer l'allocation de gardiens dédiés et de représentants attirés pour défendre la nature en danger (un rôle assumé depuis par les associations de protection de l'environnement accréditées), mais également d'envisager la réparation d'un dommage autrement. Le dommage ne serait plus apprécié en termes de rapport à l'humain uniquement, mais aussi à l'égard de l'atteinte à la nature en tant que telle.

Il s'agissait d'une autre voie permettant de faire advenir, en droit, le concept de préjudice écologique.

Les mots importent, puisqu'ils impactent les consciences, expliquait C. Stone. Le choix d'une expression nouvelle peut donc faire toute la différence. Quel est le message fondamental du droit de l'environnement ? Il est difficile à saisir, c'est un droit de spécialistes. Alors que celui des « droits de la nature » parle par lui-même, au plan symbolique à tout le moins.

9 L'écocide

Dans la même veine, le concept d'écocide irrigue les discussions sur l'environnement dans le débat public, alors qu'il n'est pas encore reconnu formellement, à l'heure où nous écrivons ces lignes.

Là aussi, le choix du mot importe. « La notion d'écocide ouvre l'imagination du public, alors que celle de crime environnemental contre l'humanité n'évoquerait rien », vérifia un éminent groupe de juristes présidé par P. Sands et D. Sow⁷⁴. Ils proposent d'entendre par écocide « les actes illégaux ou manifestement irrespectueux, commis en connaissance du fait qu'il existe une probabilité élevée de dommage sérieux causé à l'environnement, géographiquement étendu ou avec des effets sur le long terme, dont la cause se trouve dans ces mêmes actes »⁷⁵. La définition n'exige pas qu'il y ait nécessairement une illégalité, car ce serait au préjudice de régions du monde ou de situations où il existe encore peu de législations en matière d'environnement.

La proposition vise à faire rentrer le crime d'écocide dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en complétant la liste reprenant aujourd'hui le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. Pour ce groupe de juristes, il est essentiel que l'écocide fasse l'objet d'une incrimination autonome, distincte du crime contre l'humanité car il faudrait sinon prouver le dommage aux individus. Or, ce qui est à nouveau visé de manière nouvelle, c'est le dommage à l'environnement pour lui-même, même si ce dommage impacte aussi les humains.

La proposition est le pendant pénal de l'idée, en matière civile, de consacrer la réparabilité d'un préjudice « écologique », à la différence que l'écocide ne couvre que les atteintes de très vaste ampleur spatiale ou temporelle, les méga-crimes à l'égard de l'environnement.

À l'heure d'écrire ces lignes, le crime d'écocide est à l'agenda de la Chambre des représentants⁷⁶. Le Code pénal est par ailleurs en cours de révision et, dans ce cadre, une Commission d'experts a été spécialement chargée de donner un avis concernant l'insertion de ce crime d'écocide dans le futur Code. Les conclusions de la Commission ont été publiées dans la présente revue, où elle s'inquiète de la meilleure manière de couvrir véritablement les atteintes à la biodiversité, indépendamment de toute retombée pour l'homme.⁷⁷ C'est précisément la raison pour laquelle le choix d'une incrimination autonome, distincte de celle de crime contre l'humanité, est nécessaire, selon P. Sands⁷⁸.

(68) Articles 1246, 1247, 1251.

(69) Exposé des motifs de l'avant-projet d'article 5.172.

(70) Nous évitons à dessein la mobilisation de l'expression « dommage écologique pur », utilisée dans la doctrine en langue française. La recherche du « pur » évoque l'extrémisme et convoque un registre de références préoccupant, sans rapport à ce que veut fondamentalement signifier l'expression.

(71) Civ. Bruxelles, 17 juin 2021, *ASBL Klimaatzaak c. État belge*. P. LEFRANC, « Het Klimaatzaakvonnissen : wachten op "de man die bomen plantte" », *T.M.R.*, 2021, pp. 332-341.

(72) D. MISONNE, « Une Nature Hors du Commun », in Y. CARTUYVELS e.a., *Le droit malgré tout*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles 2018,

pp. 709-733. F. OST, *La personnalisation de la nature et ses alternatives*, A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition*, Presses de l'Université Saint-Louis Bruxelles, 2020, pp. 413-438 ; F. OST, « Personnaliser la nature, pour elle-même vraiment ? », in Ph. DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Éditions du Collège de France, 2018, pp. 205 et s.

(73) C. STONE, « Should Trees Have Standing ? - Toward Legal Rights for Natural Objects » (1972) 45 *Southern California Law Review* 450 ; C. STONE, « Should Trees Have Standing Revisited : How Far Will Law and Morals Reach - A Pluralist Perspective » (1985) 59 *S Cal L Rev* 1, p. 105 ; C. STONE, « Response to Commentators » (2012) 3 *J Hum Rts & Env't* 100 ; V. DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de

droit. Le monde est-il enfin Stone ? », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 37, n° 3, 2012, pp. 469-485.

(74) Rapport d'une conférence organisée le 15 novembre 2021 à l'Université Saint-Louis Bruxelles, accessible en ligne sur [cepres.hypotheses.org](https://theses.org). Voy. A. DEMEYER, « Vers une définition universelle du crime d'écocide », *Compte-rendu de conférence, J.T.*, 2021, pp. 895-896. Voy., concernant le travail du panel d'experts : Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and core text, June 2021, accessible via <https://www.stopecocide.earth/legal-definition>.

(75) Traduction libre de la version originale en anglais : « "ecocide" means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a

substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts ».

(76) Résolution demandant d'inscrire le crime d'écocide dans le droit pénal international, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, doc 55-1429/005 ; proposition de loi visant à introduire le crime d'écocide dans le Code pénal, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, doc 55-2356/001.

(77) C.H. BORN, J. DE HERDT, J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « Vers l'insertion d'un crime d'écocide au titre de crime de droit international dans le nouveau Code pénal », *J.T.*, 2022, pp. 297-307, p. 305.

(78) Voy. *supra*.

10 Les réalités physiques qui font le commun

Évoquer le commun, c'est aussi un défi au tracé des souverainetés, qui ne tiennent pas suffisamment compte de la réalité physique des milieux ou ne créent pas les conditions idoines pour répondre aux défis globaux qui les caractérisent : la nappe phréatique, la forêt, l'océan, le fleuve, tous soumis désormais aux affres du changement climatique. On pourrait même considérer que la frontière est une autre forme de commun environnemental par nature, qui impose de nombreuses procédures de coopération particulières en relation à l'environnement⁷⁹.

Cette approche par la réalité physique des milieux doit de surcroît être abordée dans une perspective dynamique, à la lumière des nouvelles connaissances scientifiques démontrant les interactions constantes entre ces milieux et en leur sein.

La France, toujours elle décidément, connaît déjà dans sa loi sur la biodiversité un « principe de solidarité écologique », qui appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres naturels, des milieux vivants ou aménagés⁸⁰. Le changement climatique y est déjà qualifié de préjudice écologique, par l'effet de la modification des fonctions de l'atmosphère. Puisque le Code civil français définit le préjudice écologique, on l'a vu, comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement », le tribunal administratif de Paris considère que l'augmentation constante de la température globale moyenne de la Terre cause la modification de l'atmosphère et de ses fonctions écologiques⁸¹. Le terrain avait été préparé par la doctrine, lors de l'élaboration d'une nomenclature des préjudices environnementaux⁸².

« L'eau n'a pas de frontière, c'est un bien commun. On est un petit territoire et l'eau doit être partagée avec tout le monde », évoquait un spécialiste de l'hydrologie dans *La Libre Belgique* du 24 août 2022⁸³, en lien au fait que certaines communes riches en eau pourraient s'abs-

tenir de prendre des mesures restrictives, rendant vain l'effort de leurs voisines d'interdire l'arrosage ou le pompage, vu que ce sont les nappes phréatiques qui sont concernées. « Il faut aborder l'enjeu de manière plus collective, c'est l'avenir », concluait-il. Pour éviter de donner raison à Hardin, il importe de s'interroger sur la pertinence de certains découpages institutionnels à l'aune du changement climatique, s'ils ne correspondent plus à la réalité physique des milieux dans leurs interactions, telle que connue aujourd'hui.

Conclusion

C'est tant au bénéfice de l'humain, seul ou collectivement, et de la nature elle-même qu'une protection juridique de plus en plus robuste est octroyée ou sollicitée pour cette chose, bien ou personne que l'on nomme généralement encore « l'environnement », même si le terme est daté. Les deux tendances se complètent (vers un « patrimoine commun des êtres vivants »⁸⁴ ?) et tissent une approche systémique qui rehausse le niveau de protection recherché et démultiplie les gardiens de la cause. Le droit ne semble plus résister à la force des idées dont le temps est venu⁸⁵, ceci même s'il achoppe sur quelques écueils en Belgique, mais pour combien de temps encore ?

La mobilisation de la préoccupation des communs qui, comme on l'a vu, n'est pas uniquement liée à des considérations relatives à la propriété, invite au mélange des genres. Elle rassemble des morceaux épars et montre par décalque qu'ils content en réalité une même histoire, déjà vécue ou toujours fantasmée, où le droit s'emparerait mieux, par la pression sociétale et le poids des constats scientifiques, des enjeux environnementaux.

Delphine MISONNE
Chercheuse qualifiée au FNRS
Université Saint-Louis - Bruxelles

(79) La Convention d'Espoo de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière vise par « impact transfrontière » tout impact, et non pas exclusivement un impact de caractère mondial, qu'aurait dans les limites d'une zone relevant de la juridiction d'une Partie une activité proposée dont l'origine physique se situerait en tout ou partie dans la zone relevant de la juridiction d'une autre Partie.

(80) A. MICHELOT, 21-39.

Article L 110-1-II, al. 6.1.

(81) T.A. Paris, 3 février 2021, *Association Oxfam France e.a.*, req. n^{os} 1904967, 190498, 1904974/4-1.

(82) L. NEYRET et G. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, p. 14., cités par C. CURNIL, A. LE DYLIO e.a., *op. cit.*, p. 232 : « La nomenclature établie par le professeur Laurent Neyret précise, concernant les atteintes aux fonctions de l'air ou de

l'atmosphère, qu'elles s'entendent du rôle qu'ils jouent au sein des écosystèmes tel que [...] participer à la régulation du climat ».

(83) G. TOUSSAINT, « On doit aborder l'enjeu de la sécheresse de manière plus collective... », *La Libre Belgique*, 24 août 2022 (interview de K. Thibaut).

(84) J. ROCHFELD, M. CORNU et G. MARTIN, « L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens com-

muns en droit », Rapport de recherche de la Mission Droit et Justice, n^{os} 17-34, 2021, p. 159.

(85) C'est le vocabulaire mobilisé en 2018 par le rapporteur spécial J. Knox, sur la nécessité de reconnaître, au niveau universel, le droit à un environnement sain (A/73/188), afin de transformer un droit moral en obligation juridique.

Les communs culturels, une réalité multiforme à la recherche de traduction juridique

Le champ culturel constitue un terrain fertile pour les communs, fût-ce par l'intuition que la culture nous est commune. Mais accoler la culture aux communs est un exercice aussi complexe que varié, tant la notion de communs que celle de culture renvoient à des concepts polysémiques. Aussi, la qualification des « communs culturels » demeure périlleuse. Que sont finalement les communs culturels et comment leur offrir une résonance juridique ? Non définis en droit belge, les communs culturels rassemblent néanmoins des réalités juridiques dispersées. Ces réalités sont intéressantes à analyser afin d'esquisser les premières concrétisations des communs, émergents ou en retour¹. Qu'il s'agisse d'un monument protégé à titre de patrimoine culturel, d'une œuvre littéraire dans le domaine public ou d'une fête de carnaval célébrée par une communauté, tous partagent, à un certain degré, l'esprit des communs².

Au terme d'un aperçu des différentes acceptions, nous proposerons dans le présent article de définir les communs culturels comme suit : les productions, expressions et pratiques culturelles individuelles ou collectives marquées par une forme d'inclusion et suivant une gouvernance participative. Cette définition reflète la richesse des éléments culturels (1), tant matériels (2) qu'immatériels (3), et elle reprend deux critères liés aux communs : l'inclusion et la participation (4). La présente contribution s'attachera ainsi à dégager, de manière sommaire, les traits structurants de ce que nous estimons caractériser des communs culturels.

1 La multiformité des communs culturels

Ni les communs ni *a fortiori* les communs culturels ne font l'objet d'une définition en droit positif belge, participant ainsi à une nébulosité (A) et une multiformité (B) dans leur traduction juridique.

A. La « nébuleuse »³ des communs

Le concept de communs demeure dans les limbes du droit positif, malgré quelques ouvertures, dont la redéfinition de la propriété⁴ et des choses communes⁵ dans le nouveau Code civil.

L'absence de définition tient en partie à la difficulté de saisir la notion, celle-ci étant éminemment plurielle, reprise par des termes variables, des biens communs aux communs, en passant par les choses communes, les patrimoines communs, le commun ou les *commons*, voire le *commoning*. Les communs portent tant sur des choses matérielles (ressources naturelles, culturelles, etc.) qu'immatérielles (connaissances, informations, numérique, etc.), variant dans le temps et dans l'espace ainsi qu'entre les champs disciplinaires.

Cette pléthore de sens a donné naissance à une pluralité d'approches et de théories de ce que constituent les communs, se basant tantôt sur des arguments naturalistes, tantôt fonctionnels, voire sur des éléments d'ordre institutionnel, ou encore d'ordre politique⁶. Malgré cette diversité, nous avons pu écrire, avec Delphine Misonne et François Ost, qu'une ligne claire ressort, fédérant les théories autour de :

« l'entrelacement de trois constantes :

» — Tout d'abord, un souci de l'accès et, par extension, du partage de l'usage ;

» — Ensuite, l'existence d'une communauté, que l'on qualifiera d'instituante⁷ ;

» — Enfin, la revendication d'un projet — souvent dans le sens d'un « faire mieux » — et de la possibilité de sa réalisation »⁸.

Les communs invitent par ailleurs à repenser la propriété, parfois de manière radicale ou parfois de manière plus nuancée, éclairant d'un regard nouveau des réalités opérantes dans notre système juridique.

Dans une autre contribution rédigée avec François Ost et Delphine Misonne sur la propriété et les biens communs, nous avons dégagé quatre modèles différents relatifs à la propriété ou à son absence, qui se croisent, s'opposent ou se complètent, voire s'hybrident ou s'articulent et permettent d'accueillir d'une manière plus ou moins affirmée la notion de communs⁹ :

— appropriation : régime dominant de la propriété individuelle, exclusive et absolue¹⁰ ;

— publiropriation : régime de la propriété publique soumise à l'intérêt général et en particulier le régime d'indisponibilité de la domanialité publique¹¹ ;

— transpropriation : régime de partage de droits et d'intérêts sur un même bien ;

— dépropriation : régime d'absence de propriété.

Parmi ces quatre modèles, deux en particulier¹² entrent dans la logique des communs : celui de la transpropriation — qui apparaît le plus per-

(1) B. CORIAT, « Le retour des communs », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, décembre 2013, n° 14 ; B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Éditions les Liens qui libèrent, 2015.

(2) Cette expression a également été utilisée par le sociologue Antonio Casilli, interviewé à propos de son essai *En attendant les robots. Enquête sur le travail du clic*, Paris, Seuil, 2019 ; « L'essor des technologies numériques a encouragé un renouveau de l'esprit des "communs" », *Le Monde.fr*, 14 février 2019, disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/02/14/l-essor-des-technologies-numeriques-a-encourage-un-renouveau-de-l-esprit-des-communs_5423574_3232.html (consulté le 1^{er} septembre 2022).

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

(4) Voy. à cet égard, M.-S. DE CLIPPELE, « La réception juridique diffuse des communs, au-delà du public et du privé », in J. VAN MEERBEECK, D. BERNARD ET A. BAILLEUX (éd.), *Distinction (droit) public/(droit) privé Brouillages, innovations et influences croisées*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2022, pp. 187-215.

(5) À ce sujet, voy. J. VAN DE VOORDE, « Les droits subjectifs inclusifs en droit belge, français et américain. Analyse à partir du droit aux choses communes (y compris la public trust doctrine), du droit à l'usage des voies publiques et du droit aux biens communaux », *European Review of Private Law*, 2020, n° 5, pp. 1009-1063 ; A. HUCQ, « Code civil et enjeux écologiques : les choses communes », *RGDC/TBBR*, 2022/7,

pp. 363-377 ; M.-S. DE CLIPPELE, « Quel avenir pour les choses communes ? », in *Mélanges Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 537-566.

(6) Ces quatre approches sont présentées dans J. ROCHFELD, M. CORNU ET G.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, avril 2021, p. 520, disponible sur <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/> (Consulté le 1^{er} septembre 2022), pp. 44-50.

(7) P. DARDOT ET C. LAVAL, *Commun : essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

(8) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE ET F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », *Revue inter-*

disciplinaire d'études juridiques, 2018, n° 2, pp. 60-61.

(9) F. OST, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, 2^e éd., (1^{re} en 1995), Paris, Éditions La Découverte, 2003, et étudié dans F. OST, D. MISONNE ET M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WINIGER e.a. (dir.), *La propriété et ses limites/Das Eigentum und seine Grenzen*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 131-172.

(10) Modèle de l'article 544 de l'ancien Code civil, désormais remplacé par l'article 3.50 du nouveau Code civil qui met fin au double superlatif « de la manière la plus absolue », signalant un changement d'époque.

(11) Régime évoqué à l'article 3.45 du nouveau Code civil.

(12) Le régime de la publiropriation dispose également de caractéristique des communs, comme le soulèvent, à

tiennent pour les biens culturels matériels — et celui de la dépropiation, intéressant pour les biens culturels immatériels. Nous reviendrons sur ces deux modèles ci-dessous.

B. Les communs culturels à la jonction du matériel et de l'immatériel

Pas plus que les communs, les communs culturels ne font l'objet d'une définition en droit positif belge. Ils pourraient rassembler les communs à caractère culturel, sachant que la notion de culture est également difficile à définir. Selon le dictionnaire de Larousse, la culture, qui vient du latin *cultura* (habiter, cultiver, célébrer, tant la terre que l'esprit humain), comporte une dimension individuelle et une dimension collective. D'une part, la culture renvoie à « l'enrichissement de l'esprit par des exercices intellectuels », ainsi qu'aux « connaissances dans un domaine particulier », et d'autre part, au sens collectif, la culture reprend l'« ensemble des phénomènes matériels et idéologiques qui caractérisent un groupe ethnique ou une nation, une civilisation, par opposition à un autre groupe ou à une autre nation ». En d'autres termes, la culture porte tant sur la connaissance et le savoir individuel, que sur l'identité partagée par une collectivité.

La déclaration de Mexico sur les politiques culturelles de 1982 (Unesco) donne, quant à elle, une définition large de la notion de culture au sens collectif :

« Dans son sens le plus large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts, les lettres et les sciences, les modes de vie, les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances »¹³.

Quarante ans plus tard, Mexico se prépare à célébrer cette déclaration en travaillant autour de la notion de culture comme bien public mondial¹⁴, dans l'objectif de construire des sociétés inclusives et résilientes¹⁵. Dans le dernier numéro *Courrier de l'Unesco* de juillet-septembre 2022, le sous-directeur général de la culture de l'Unesco déclare que :

« La culture est ce qui nous définit dans le temps et dans l'espace, notre ancrage passé et présent, notre ligne d'horizon. La culture constitue une ressource inépuisable et renouvelable, qui s'adapte aux contextes changeants et qui interpelle l'humain au premier chef dans sa capacité à imaginer, à créer et à innover. La culture est notre bien public mondial le plus puissant »¹⁶.

Le lien entre culture et communs semble ainsi devenir plus évident. L'actuelle politique de l'Unesco insiste d'ailleurs sur l'accès à la culture et sur la « diversité culturelle comme une composante essentielle des communs globaux »¹⁷.

Au niveau doctrinal, il est intéressant de mentionner les travaux de Céline Romainville, qui, tout en se dissociant de la (trop) large déclaration de Mexico, définit la culture comme « une activité de signification ou de sens et de construction de l'identité »¹⁸.

L'économiste Enrico Bertacchini entend, quant à lui, la culture de manière collective comme « humanly constructed shared resources that arise from the collective and interactive activity of members of groups and communities »¹⁹. Pour Bertacchini, les communs culturels portent dès lors sur les expressions artistiques et culturelles « expressed and shared by a community »²⁰. L'auteur met l'accent sur les pratiques collectives et fait entrer la ou les cultures comme telles dans le giron des communs : « Analyzing cultures as a commons allows a better and general understanding of the dynamics and of the main factors affecting the production, sharing and evolution of cultural expressions », cette intégration des cultures dans les communs permettant d'« analyze under a unified framework both tradition and more up-to-date cultural phenomena »²¹.

Pour d'autres auteurs, toutefois, les communs culturels se situent uniquement dans le domaine de l'intangible et recouvrent tous les communs informationnels : « "constructed cultural commons," as we use it, refers to environments for developing and distributing cultural and scientific knowledge through institutions that support pooling and sharing that knowledge in a managed way, much as a natural resource commons refers to the type of managed sharing environment for natural resources that the Maine lobster fishery represents »²².

D'autres encore entendent les communs culturels comme « l'ensemble des productions artistiques ou "créatives" d'une société »²³, reprenant des communs à caractère intangible et tangible. De même, pour Le Crosnier, l'« ubiquité » caractérise l'ensemble de ces communs culturels, portant tant sur des biens tangibles qu'intangibles : musées, bibliothèques, collections d'œuvres d'art, etc.²⁴

Dans le sillage de ces derniers auteurs, nous entendons également les communs culturels dans leur multiformité, reprenant tant des ressources matérielles qu'immatérielles, c'est-à-dire des productions, expressions et pratiques à caractère culturel. Des distinctions sont néanmoins intéressantes à observer en fonction de leur (im)matérialité, sur lesquelles nous reviendrons aux deux points suivants. Par ailleurs, ces contenus culturels peuvent être individuels ou collectifs, comme une composition musicale dans le domaine public (ex. symphonie de Mozart) ou une pratique culturelle séculaire (ex. carnaval de Binche). Enfin, à notre estime, ces productions, expressions et pratiques culturelles sont marquées par un degré d'inclusivité et par une gouvernance de participation pour qu'elles fassent partie des communs.

2 Les communs culturels matériels : des biens rares à conserver

La plupart des auteurs considèrent que les communs matériels portent sur des ressources rivales en voie de raréfaction et sont soumis à une gouvernance participative dans un objectif de conservation²⁵. Les ressources naturelles en constituent l'exemple le plus parlant²⁶. Dans le

propos du domaine public administratif français, les auteurs

J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit. (13) Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982.

(14) Cette notion a notamment été forgée par le professeur d'économie, Charles Kindleberger, qui lui prête les caractéristiques de non-rivalité et non-exclusivité, et la définit également par le fait que les bénéficiaires sont quasi universels (au-delà des États, des personnes et des générations), voy. C.P. KINDLEBERGER, « International Public Good without International Government », *American Economic Review*, 1986, vol. 76, n° 1, pp. 1-13.

(15) La Conférence mondiale de

l'Unesco sur les politiques culturelles et le développement durable, MONDIACULT, aura lieu du 28 au 30 septembre 2022 à Mexico, « MONDIACULT 2022 | UNESCO », disponible sur <https://www.unesco.org/en/mondiacult2022> (Consulté le 1^{er} septembre 2022).

(16) Ernesto OTTONE R., « Edito », *Le Courrier de l'Unesco*, juillet-septembre 2022, p. 4, disponible sur : https://unesdoc.unesco.org/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_51f50e5b-42fc-4cf0-934f-2eca582b8b01?_=382082fre.pdf&to=44&from=1#pdfjs.action=download, (Consulté le 1^{er} septembre 2022).

(17) *Ibidem*.

(18) Elle décèle au demeurant quatre acceptations de la culture, autant de cercles concentriques : La culture comme condition humaine, la culture comme figure sociale, la

culture comme ensemble de pratiques aptes à faire sens et la culture comme création et comme patrimoine, C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique - Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 61-81.

(19) E. BERTACCHINI e.a. (éd.), *Cultural commons : a new perspective on the production and evolution of cultures*, Cheltenham ; Northampton, MA, Edward Elgar, 2012.

(20) E. BERTACCHINI e.a., « Defining Cultural Commons », *Cultural Commons*, 2012, p. 3.

(21) E. BERTACCHINI e.a. (éd.), *Cultural commons*, op. cit. (22) M.J. MADISON, B.M. FRISCHMANN et K.J. STRANDBURG, « Constructing Commons in the Cultural Environment », *Cornell Law Review*, 2008, vol. 95, p. 657, disponible sur

<https://papers.ssrn.com/abstract=1265793> (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(23) V. GUILLIER, « La culture comme commun : une approche à préciser », *tic&société*, mai 2018, pp. 43-68, disponible sur <https://journals.openedition.org/ticetsociete/2350?lang=es> (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(24) H. LE CROSNIER, « Communs de la connaissance », M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éd.), *Dictionnaire des biens communs*, Quadrigue, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 270.

(25) Voy. notamment les travaux réputés d'Elinor Ostrom à cet égard, E. OSTROM, *Governing the commons : The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge university press, 1990.

(26) Voy. M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité

champ culturel, les ressources matérielles portent principalement sur les biens du patrimoine culturel. En effet, comme nous avons pu le soutenir²⁷, les biens protégés, dès les premières législations datant du début du XX^e siècle, à titre de patrimoine culturel immobilier (les monuments, les sites, les ensembles, les sites archéologiques...) et de patrimoine culturel mobilier (les biens culturels mobiliers, les collections culturelles...) peuvent être qualifiés de communs. Ces biens sont « pétris » d'un intérêt culturel, juridiquement protégé²⁸, en raison de leur valeur historique, artistique, culturelle, technique, scientifique, ou sociale, leur offrant de la sorte une dimension collective²⁹. Le propriétaire d'un bien protégé ne peut agir à sa guise, mais est chargé de conserver le bien en bon état, au bénéfice de tous³⁰.

À ces communs culturels matériels s'appliquerait un régime particulier, celui — encore prospectif à ce stade même s'il traduit une certaine réalité — de la transpropriation. Terme forgé par François Ost dès 1995, la « transpropriation » vise une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires »³¹, pas si éloignée des faisceaux de droits anglo-saxons. La transpropriation n'abolit pas la propriété, ni publique ni privée, mais entend la finaliser ou la transcender, en lui imposant des charges et des démembrements au profit de la collectivité. Une collectivité que l'on pourrait qualifier, à la suite de Judith Rochfeld, de « communauté diffuse » d'ayants droits, pas nécessairement identifiés, mais pouvant prétendre à un usage (souvent aussi un accès) légitime de la ressource³².

Ainsi, le régime de la transpropriation pour les communs culturels matériels signifierait de prendre au sérieux les différents droits et intérêts qui s'agrègent autour du bien culturel et de les intégrer au sein d'un modèle. Dans nos recherches, nous avons qualifié ce modèle de « propriété culturelle d'intérêt partagé »³³. Centré sur le partage de trois catégories de droits et d'intérêts ainsi que sur l'inclusion des membres de la communauté (diffuse) autour du bien protégé, la propriété culturelle d'intérêt partagé n'est pas pour autant détachée de la réalité juridique. En effet, depuis le 1^{er} septembre 2021, le législateur reconnaît la fonction sociale de la propriété³⁴, offrant une première traduction juridique d'une propriété finalisée, notamment par un intérêt culturel. Par ailleurs, l'article 23 de la Constitution reconnaît « le droit à un environnement sain » et « le droit à l'épanouissement culturel ». Ces deux droits fondamentaux, couplé à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société³⁵, offriraient une assise constitutionnelle au droit d'accès au patrimoine culturel³⁶, malgré sa faible justiciabilité³⁷. Enfin, la reconnaissance d'un intérêt culturel commun, comme une déclinaison de l'intérêt partagé, s'appuie d'une part sur des mesures de participation déjà existantes dans certaines législations belges (droit d'initiative pour demander la protection d'un monument, ouvert à des riverains et à des associations sous certaines conditions et dans certaines législations belges, tout comme la participation aux enquêtes publiques ou encore

les commissions consultatives dont l'avis est parfois contraignant). Ces bribes de gouvernance participative ne remettent toutefois pas en cause le monopole du pouvoir de décision de l'autorité publique³⁸. D'autre part, la jurisprudence reconnaît un intérêt culturel pour agir en protection du patrimoine culturel. Dans l'affaire Brassine-Vandergaeten concernant sur le champ de bataille de 1815 dit « de Waterloo », le Conseil d'État a ainsi accepté le recours sur la base du raisonnement suivant :

« Considérant qu'à partir du moment où un bien est reconnu comme faisant partie du patrimoine culturel, il ne peut plus, par définition, être considéré comme étant la "chose exclusive" d'une personne morale de droit public quelconque, même propriétaire des lieux, d'une collectivité déterminée ni même de la génération présente, à plus forte raison des voisins ou des habitants du quartier ; que c'est plus l'intérêt de ceux qui se dévouent à sa conservation qu'une proximité géographique aléatoire qui peut justifier l'action tendant à assurer la préservation du bien culturel »³⁹.

Comme le résumait Noé Wagener et Marie Cornu, le droit du patrimoine culturel exprime en effet des formes juridiques de communs « déjà là », mais pour lesquels il n'existe pas (encore) de « grammaire juridique », « en ce sens que nos manières de lire le droit n'expriment que partiellement les préoccupations collectives que le droit organise effectivement »⁴⁰.

3 Les communs culturels immatériels : des ressources illimitées à enrichir

Le champ des communs apparaît *a priori* plus évident dans le domaine de l'immatériel. Compris comme des ressources non rivales — dont le partage ne prive pas l'accès des autres — et marqué par une gouvernance d'enrichissement, les communs immatériels répondraient ainsi davantage aux critères d'inclusion et de participation.

Concernant les communs culturels immatériels, ceux-ci reprendraient, pour Madison, Frischmann & Strandburg, le domaine public des œuvres de l'esprit ainsi que de nouvelles formes de communs, notamment en lien avec la numérisation⁴¹. Ainsi, une symphonie de Mozart dans le domaine public remixée par un compositeur contemporain ou un livre numérisé dont le contenu est modifié par les usagers illustrent des communs intangibles dans le champ culturel⁴².

Le patrimoine culturel immatériel constitue également une source de communs culturels immatériels. Insistant sur la dimension collective, le patrimoine culturel immatériel s'entend, au sens de la Convention

écologique », *Revue juridique de l'environnement*, 2020/4, pp. 689-714, ainsi que la contribution de Delphine Misonne dans le présent numéro spécial.

(27) Pour une analyse du champ du patrimoine culturel matériel au travers du prisme des communs, voy. notamment M.-S. DE CLIPPELE, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Collection générale, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, disponible sur <http://books.openedition.org/pusl/26644>.

(28) M. CORNU, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; M. CORNU, J. FROMAGEAU et C. WALLAERT (éd.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS Éditions, 2012.

(29) M. CORNU, *Le droit culturel des biens*, *op. cit.*

(30) Un des enjeux étant de déterminer qui est entendu comme bénéficiaire, ce qui constitue un des angles morts des législations patrimoniales, et se rapporte à la réflexion de la ou des communautés derrière les communs.

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

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

(33) M.-S. DE CLIPPELE, *Protéger le patrimoine culturel*, *op. cit.*

(34) Dans son exposé des motifs, le législateur s'explique de la suppression des termes « de la manière la plus absolue » de l'article 544 de l'ancien Code civil. Selon lui, la nouvelle définition de la propriété, qui se veut « fonctionnelle », en décrivant les prérogatives du propriétaire, « correspond à l'évolution du droit de propriété intervenue au cours des dernières décennies, mettant sans cesse davantage l'accent sur l'impact social de l'exercice de la propriété », Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl., Ch.*, 10 décembre 2019, Doc n° 55/0173/001, p. 126.

(35) Convention dite de Faro, signée le 27 octobre 2005. La loi d'assentiment du 10 avril 2022 à cette

convention a été publiée au *M.B.* le 22 août 2022.

(36) Dans le même sens, C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique - Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014. Pour une interprétation différente, voy. L. VANDENHENDE, « Een evolutieve interpretatie van het EVRM : Is de lans voor het recht op cultureel erfgoed gebroken ? », *TROS*, 2019, n° 94, pp. 161-173.

(37) Voy. M.-S. DE CLIPPELE, « La dimension collective du patrimoine culturel : la nature et les prérogatives des acteurs du collectif. Perspectives de droit belge », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 2022, vol. 49.

(38) Pour des réflexions approfondies à cet égard, voy. M. CORNU et N. WAGENER, « L'objet patrimoine, Une construction juridique et politique ? », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, janvier 2018, n° 1, pp. 33-47.

(39) C.E., arrêt *Brassine-Vandergaeten*, n° 165.965 du 15 décembre 2006, souligné par nous. Voy. aussi

B. JADOT, « Rameaux de jurisprudence pour le patrimoine commun », in Y. CARTUYVELS (éd.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 735-751.

(40) J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *op. cit.*, p. 124.

(41) M.J. MADISON, B.M. FRISCHMANN et K.J. STRANDBURG, « Constructing Commons in the Cultural Environment », *op. cit.*. Voy. également la contribution d'Alain Strowel dans le présent numéro.

(42) Voy. par exemple le tableau d'Alain Strowel reprenant une variété d'exemple de biens et de produits intangibles dans le domaine créatif et artistique, objets de propriété intellectuelle ou non, A. STROWEL, *Le droit d'auteur européen en transition numérique : de ses origines à l'unification européenne et aux défis de l'intelligence artificielle et des Big Data*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 95.

de l'Unesco pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel du 17 octobre 2003⁴³, comme :

« les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire — ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés — que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. (...)»

» 2. Le « patrimoine culturel immatériel », tel qu'il est défini au paragraphe 1 ci-dessus, se manifeste notamment dans les domaines suivants :

- » (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ;
- » (b) les arts du spectacle ;
- » (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs ;
- » (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ;
- » (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel ».

Quant au régime applicable à ces communs culturels immatériels, nous pourrions nous appuyer sur celui esquissé dans notre article à six mains avec F. Ost et D. Misonne : le modèle de la dépropiation⁴⁴. Optant pour une inclusion par contrat, qui reconnaîtrait un accès à la ressource immatérielle et un partage des droits, la dépropiation se détache, tout comme la transpropriation, du dogme de l'appropriation. L'implication des membres de la communauté autour de ces communs dépropiés constitue également une des originalités de ce modèle⁴⁵.

Alain Strowel a affiné ce modèle pour les communs numériques. Pour lui, les droits de propriété intellectuelle sont « la matrice pour faire advenir les communs » dans la mesure où ils peuvent garantir, par des licences principalement, l'usage libre de l'œuvre qu'ils protègent⁴⁶. Ainsi, les communs numériques, et notamment les communs culturels immatériels, proviendraient de la jonction paradoxale⁴⁷ de :

- licences libres (par exemple les *Creative Commons*⁴⁸, autorisant accès, copie, duplication et/ou diffusion, selon les formules choisies) ;
- l'effet propriétaire des droits d'auteur, dans la mesure où seul le propriétaire a le pouvoir d'interdire une réappropriation dans les licences accordées et de pérenniser ainsi les communs ;
- et enfin, la gestion et la diffusion de ces licences par des fondations, comme la Fondation Wikimedia, qui mettent en place une gouvernance de partage afin de garantir que la logique des communs continue à être respectée⁴⁹.

S'agissant du patrimoine culturel immatériel, le régime ne peut reprendre l'alliance paradoxale avec les droits d'auteur, dans la mesure où ces droits de propriété intellectuelle sont inadaptés aux besoins de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, tant au niveau de la nature des biens immatériels, de la titularité des droits que de la durée de protection⁵⁰. Le régime de protection du patrimoine culturel immaté-

riel est davantage fondé sur le principe de sauvegarde. Ce principe s'éloigne toutefois de la dépropiation car, selon la Convention de l'Unesco de 2003, la sauvegarde suppose « des formes d'appropriation publique, lesquelles passent par l'État »⁵¹. Il conviendrait toutefois d'accueillir des régimes collectifs de sauvegarde au départ des communautés⁵², sortant du carcan propriétaire comme le suggère en partie la dépropiation.

4 L'inclusion et la participation comme éléments de propulsion des communs

Déjà abordé dans les points précédents, les critères d'inclusion et de participation caractérisent les communs, en ce compris les communs culturels. Les productions, expressions et pratiques culturelles entrent véritablement dans le giron des communs lorsqu'elles sont marquées par l'inclusion et une gouvernance participative.

Dans le rapport français précité sur l'« échelle de communalité », le critère de l'inclusivité permet de mesurer, à côté de celui de l'intérêt commun, le degré de communalité dans des figures juridiques existantes. L'inclusivité s'entend comme le degré « d'inclusion d'autrui dans les usages d'une chose [...] sans possibilité d'exclure l'une d'elles », renvoyant ainsi à une « palette de positions, de degrés, dans un continuum allant de l'exclusivité à l'inclusivité » : plus le pouvoir d'exclure est limité, plus le degré d'inclusivité et partant la communalité de la chose augmente⁵³.

Aussi, s'agissant des biens matériels du patrimoine culturel, nous avons défendu dans le modèle de la propriété culturelle d'intérêt partagé l'inclusion de plusieurs droits (droit de propriété, droit fondamental au patrimoine culturel) et d'intérêts (intérêt culturel), tout en aversissant du manque de justiciabilité de certains droits et intérêts dans cette palette.

Concernant les communs culturels immatériels, l'inclusion découle plus naturellement de la configuration de ces ressources non rivales. Toutefois, même si l'accès peut paraître plus évident, le degré d'accès peut néanmoins varier. Concernant les contenus culturels dans le numérique, Bertacchini et Morando distinguent ainsi quatre modèles d'accès et d'usage⁵⁴, qui nuancent la réflexion sur les communs : tout accès à un contenu culturel numérique ne signifie pas que le contenu fasse partie des communs. En même temps, le fait qu'un contenu culturel fasse l'objet de droits de propriété intellectuelle n'empêche pas nécessairement l'avènement de communs.

Les communs culturels sont également caractérisés par un modèle de gouvernance participative, orientée soit vers la conservation pour les communs culturels matériels, soit vers l'enrichissement pour les communs culturels immatériels.

La gouvernance participative comporte tant un volet substantiel qu'un volet procédural. En termes procéduraux, la participation suppose entre autres la reconnaissance de droits de participation dans un ob-

(43) Ratifié par la Belgique le 24 mars 2006.

(44) F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WINIGER e.a. (dir.), *La propriété et ses limites*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 131-172.

(45) Il s'agirait des membres d'une communauté « négative » qui n'exclut personne, J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *op. cit.*, p. 365.

(46) A. STROWEL, « Les communs numériques et les outils juridiques de la transition », in A. BAILLEUX (éd.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, pp. 285-331.

(47) À l'appui de cet argument d'une alliance paradoxale entre communs

et droits d'auteur, Lawrence Lessig distingue une culture libre d'une « permission culture » : la culture libre ne signifie pas qu'elle soit affranchie de toute propriété, des droits d'auteur peuvent encore exister sur des œuvres, mais il ne peut être question d'une « culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of creators from the past », L. LESSIG, *Free Culture : How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, Penguin Press HC, 2004, p. 13.

(48) L. LESSIG, *Free Culture*, *op. cit.*

(49) A. STROWEL, « Les communs numériques et les outils juridiques de la transition », *op. cit.*

(50) Voy. l'ouvrage résultant d'une importante recherche collective (projet Osmose), rassemblant une analyse en droit international ainsi que dans de nombreux droits nationaux

M. CORNU e.a. (éd.), *Intangible Cultural Heritage Under National and International Law : Going Beyond the 2003 UNESCO Convention*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 25 septembre 2020, notamment la contribution de Lily Martinet « The interactions between intangible cultural heritage and intellectual property law », pp. 97-121. Voy. aussi G. CARUGNO, « How to Protect Traditional Folk Music ? Some Reflections upon Traditional Knowledge and Copyright Law », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, juin 2018, vol. 31, n° 2, pp. 261-274, disponible sur <https://doi.org/10.1007/s11196-017-9536-7> (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(51) A. STROWEL, « *Omnia sunt (c)ommunia* : des opera au Big Data », *RIEJ*, 2018, n° 2, p. 188.

(52) J. BLAKE, « UNESCO's 2003

Convention on Intangible Cultural Heritage : The implications of community involvement in 'safeguarding' », in *Intangible Heritage*, Londres, Routledge, 2008, pp. 29 et s. ainsi que L. WANG, *La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel : son application en droits français et chinois*, *Droit du patrimoine culturel et naturel*, Paris, L'Harmattan, 2013.

(53) J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *op. cit.*, p. 78.

(54) E. BERTACCHINI et F. MORANDO, « The future of museums in the digital age : new models for access to and use of digital collections », *International journal of arts management*, 2013, vol. 15, n° 2, pp. 60-72.

jectif de justice (environnement⁵⁵, urbanisme⁵⁶, patrimoine, etc.). Au niveau substantiel, la participation s'intéresse entre autres à la légitimité d'une politique basée sur l'adhésion de toute personne concernée (le « all-affected principle »⁵⁷), qui ne peut être remportée qu'au travers d'une participation significative⁵⁸. En vertu de cette notion de toute personne concernée, sont compris toutes les catégories d'acteurs, les autorités et les organismes publics, les acteurs privés, les organisations de la société civile, les ONG, le secteur du bénévolat et les personnes intéressées, de même que, de manière diachronique, les générations futures. Ces acteurs devraient participer — à des degrés divers — au processus décisionnel, à la planification, à la mise en œuvre, au suivi et à l'évaluation des programmes et des politiques pour qu'une véritable participation ait lieu.

Nous l'avons évoqué, des mesures de gouvernance participative existent dans les législations belges protégeant le patrimoine culturel matériel. La gouvernance participative en matière culturelle gagne également en importance au niveau international, principalement au sein de l'Unesco⁵⁹, et au niveau européen⁶⁰, même si force est de constater qu'elle demeure lacunaire⁶¹.

De même, la participation est essentielle en matière de communs culturels immatériels. Les règles relatives au patrimoine culturel immatériel sont construites autour de la participation des communautés à l'identification et à la sauvegarde de leur patrimoine. S'agissant en particulier des communs culturels dans le monde numérique, la participation passe principalement par des plateformes, elles-mêmes sources de communs⁶². La plateforme Europeana, qui promeut la création et le maintien de « biens communs culturels européens »⁶³ en constitue une illustration intéressante. Europeana a pour vocation de rassembler les œuvres du patrimoine culturel dans le domaine public et numérisées par les États membres et en donner le libre accès par des licences *Creative Commons*⁶⁴. La plateforme a par ailleurs établi des règles de gouvernances participative afin d'intégrer les citoyens dans la construction de ce patrimoine numérique. D'une part, les citoyens peuvent prendre part à des journées de collecte organisées par les musées, archives ou bibliothèques, pendant lesquelles des objets person-

nels de citoyens (photographies, documents ou autres archives familiales) peuvent être numérisés ou des témoignages recueillis. D'autre part, des possibilités de contribution en ligne sont offertes, les citoyens pouvant partager un objet numérisé et en raconter l'histoire, même si le contenu de ces contributions fait l'objet d'un contrôle pour s'assurer d'être dans le champ d'Europeana (seulement du patrimoine européen) et éviter tout caractère offensant⁶⁵. Lily Martinet fait ainsi remarquer qu'Europeana « a contribué à la réalisation à l'échelle européenne d'un droit culturel essentiel : le droit de participer à la vie culturelle »⁶⁶, soulignant la dimension fondamentale de la participation.

5 Conclusion

Héritier de son temps, le droit peine parfois à embrasser des réalités sociales émergentes. Le « passage au droit »⁶⁷ n'est en même temps pas anodin, il ancre des pratiques et traduit des valeurs de manière générale et abstraite. Aussi, la conjugaison de concepts réels mais diffus, comme celui des communs (culturels), défie la grammaire juridique actuelle. Mais, si le juriste aiguise son regard, il peut observer des éléments de communs culturels déjà présents au sein du droit. Les règles relatives à la protection du patrimoine culturel, au libre accès aux œuvres dans le domaine public ou encore au partage numérique sur des plateformes culturelles participent au mouvement des communs sans le dire. Il ne resterait qu'aux faiseurs de normes d'opérer cette traduction juridique, déployant, par cette consécration, le mouvement et l'esprit des communs.

Marie-Sophie DE CLIPPELE
Professeure invitée
Université Saint-Louis - Bruxelles
Chargée de recherches FNRS

(55) Voy. les droits de participation reconnus entre autres dans la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement de 1995.

(56) Voy. par exemple la thèse de M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2007.

(57) *International Law Association Committee on Participation in Global Cultural Heritage Governance, Final Report*, Lisbon Conference 2022, inédit, p. 12-13, voy. aussi S. NÄSSTRÖM, « The Challenge of the All-Affected Principle », *Political Studies*, 2011, vol. 59, n° 1, pp. 116-134, qui fait le point sur cette notion, notamment de ses limites.

(58) *International Law Association*

Committee on Participation in Global Cultural Heritage Governance, Final Report, Lisbon Conference 2022, inédit, p. 11.

(59) Déjà en 1996 avec le Rapport « Notre diversité créatrice », disponible sur : https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000105586_fre (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(60) Conclusions du Conseil sur la gouvernance participative du patrimoine culturel le 23 décembre 2014, Doc 2014/C 463/01, *Participatory Governance of cultural Heritage, Report of the OMC* (Open Method of Coordination), Working Group of Member States' Experts, Luxembourg, avril 2018, 108 p : <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b8837a15-437c-11e8-a9f4-01aa75ed71a1/language-en> (Consulté le 1^{er} septembre 2022).

(61) *International Law Association Committee on Participation in Global Cultural Heritage Governance, Final Report*, Lisbon Conference 2022, inédit.

(62) A. VLASSIS, M. RIOUX et D. TCHÉHOUALI (éd.), *La culture à l'ère du numérique : plateformes, normes et politiques*, Essai, Liège, Belgium, Presses Universitaires de Liège, 2020 ; A. VLASSIS, « Governance of culture and regulation of online platforms : cross-national issues (Global watch on culture and digital trade, n° 16) », juillet 2021, disponible sur <https://orbi.uliege.be/handle/2268/264990> (Consulté le 1^{er} septembre 2022).

(63) S. MENDIS, « Europeana », M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., pp. 521-524.

(64) Europeana, « Usage Guidelines

for Metadata », disponible sur <https://www.europeana.eu/fr/rights/usage-guidelines-for-metadata> (Consulté le 1^{er} septembre 2022).

(65) L. MARTINET, « Europeana : une plateforme réalisant le droit d'accès au patrimoine culturel européen », op. cit., p. 65. Voy. aussi les règles pour les partenaires plus professionnels (les institutions culturelles plutôt que les citoyens), « Process », Europeana Pro, disponible sur <https://pro.europeana.eu/share-your-data/process> (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(66) L. MARTINET, « Europeana : une plateforme réalisant le droit d'accès au patrimoine culturel européen », op. cit., p. 63.

(67) Voy. à cet égard F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

L'eau, la terre, l'environnement : trois biens communs en quête de reconnaissance concrète en droit belge

1. Face à la raréfaction et la surexploitation des ressources naturelles et dans un contexte de multiplication des « droits de péage »¹, le « commun » serait de « retour »². « Le » commun, ou mieux, « les communs » font l'objet d'une littérature interdisciplinaire riche³. Il en ressort un objet épistémologique aussi large que fuyant, qu'il est difficile de saisir de manière analytique sans risquer d'en altérer ses multiples nuances. En première proposition simplifiée, on peut identifier trois caractéristiques constitutives du « commun » : une ressource (1) est mise en commun par une communauté (2) autour de règles de gouvernance (3). Cette définition ne rend néanmoins pas compte des différentes directions que prend la notion de « commun ». À la suite de S. Gutwirth et A. Tanas, l'on peut distinguer trois approches du sens à donner à la notion de « commun », qui ne sont nullement exclusives et peuvent se recouvrir mutuellement⁴. Une première approche se focalise sur le commun en tant que « ressource ». C'est l'approche que convoie le vocable de « biens communs »⁵. Une deuxième approche, d'influence *ostromienne*, appréhende le commun par rapport à ses formes spécifiques d'auto-organisation collective des usages d'une ressource par une communauté⁶. Une troisième et dernière approche vise les communs dits « écologiques ». Dans cette optique, le commun est avant tout une activité, une pratique voire une *praxis* écologique, dite « générative », c'est-à-dire que celle-ci est portée par « un souci de durabilité, d'exploration, d'aventure, d'apprentissage, de transmission d'expériences, de pratiques et savoirs »⁷.

1 Les (biens) communs en droit belge

2. Ces différentes approches ne sont pas nécessairement immanentes au droit et peuvent nécessiter une traduction au sein des catégories qui lui sont propres.

(1) Voy. J. ROCHFELD, « Entre propriété et accès : la résurgence du commun », in *La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant, Autrement*, 2009, pp. 69-87.

(2) B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, 2015 ; D. BOLLIER, *La renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, éd. Charles Léopold Mayer, 2014 ; S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Théorie du droit. Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs », *Revue juridique de l'environnement*, 2016, vol. 41, pp. 306-343.

(3) Le commun est devenu une rhétorique puissante dans de nombreuses disciplines comme la science politique, l'économie, la philosophie, la sociologie ou l'anthropologie (M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Presses Universitaires de France, 2017 et P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014).

(4) A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Une approche « écologique » des com-

muns dans le droit », *In Situ. Au regard des sciences sociales [En ligne]*, 2021, pp. 4 et s. Voy. la contribution de S. Gutwirth dans le présent numéro.

(5) Comme l'exprime M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, « le terme de bien commun est, à l'évidence, évocateur des éléments susceptibles d'un commun (l'eau, la mer, le patrimoine, l'environnement, etc.), mais il est aussi réducteur. Davantage concentré sur la ressource, il laisse quelque peu dans l'ombre la dimension profondément sociale des communs ainsi que la dynamique de leur mode de fonctionnement » (« Introduction », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. vii).

(6) E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-Rights Regime and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, 1992, vol. 68, n^o 3, pp. 249-262.

(7) A. TANAS et S. GUTWIRTH, op. cit., p. 5.

(8) En ce sens, D. Misonne évoque « l'a-neutralité des communs » (D. MISONNE, « La définition juridique des communs environnementaux », *Annales des*

En l'état actuel du droit positif, le « commun » apparaît moins comme un concept nettement défini, ou comme un régime juridique précis, que comme idée méta-juridique. La littérature sur les communs adopte, de manière générale, une lecture critique du système juridique⁸ et défie « les fondamentaux du droit (...) dont celui du rapport à l'appropriation »⁹. Une des principales thèses de cette littérature est qu'il est nécessaire de transformer notre rapport aux « choses », qui reste tout empreint, par le droit de propriété qui est le principal vecteur de ce rapport, d'individualité et d'exclusivité. Les travaux sur les communs s'attachent à souligner les apories d'une telle vision de notre rapport aux choses, et à multiplier les exemples de « transpropriation »¹⁰ où les intérêts du propriétaire sur son bien, sans être effacés, sont articulés avec d'autres intérêts¹¹.

La vision de la propriété comme une relation exclusive et absolue entre un propriétaire et une chose est effectivement une fiction juridique à dépasser. S'adossant à ce constat, la recherche en sciences juridiques sur les communs entreprend une double tâche. D'une part, elle s'attache à déconstruire des récits dominants comme celui de la propriété individuelle exclusive et absolue, prônant une refondation de nos systèmes juridiques. D'autre part, elle vise à (re)construire des récits promouvant l'agir commun, soit en situant ses réflexions sur ou à partir de figures juridiques déjà existantes¹², soit, dans un exercice de droit comparé et/ou d'histoire du droit, en imaginant de nouvelles institutions juridiques vectrices de commun¹³. Le chantier est vaste et touche de nombreux domaines du droit comme l'illustre la richesse du présent numéro.

3. La notion de « bien commun » place la focale sur la « ressource » mise en commun. Il serait cependant réducteur de considérer que seuls les « biens » qui sont *naturellement* partagés, comme le climat ou l'air, sont éligibles à la qualification de « communs »¹⁴. Une telle vision naturaliste oblitérerait le fait que le commun déploie une dimension de construction sociale et d'expression politique au sein d'une société donnée. Plusieurs travaux ont dès lors été menés en faveur de l'institution d'une nouvelle catégorie juridique de « bien commun »¹⁵,

mines, 2018, n^o 92, pp. 5-8).

(9) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux environnementaux et de la culture », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/2, vol. 81, p. 80.

(10) La transpropriation est un concept théorisé par F. Ost qui le définit comme imposant « une logique complexe qui prend en compte les usages multiples que permettent les espaces et les ressources, et met en place des réseaux de droits d'accès, d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété autant que de la souveraineté » (F. OST, *La nature hors-la-loi*, La Découverte, 1995, p. 323).

(11) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux environnementaux et de la culture », *R.I.E.J.*, 2018/2, vol. 81, pp. 70-74.

(12) Voy. par exemple, les fascinants travaux de Johan Van de Voorde, sur les droits subjectifs inclusifs. L'auteur examine à frais nouveaux les figures juridiques des « choses communes » ou de la « public trust doctrine », redécouvertes par la doctrine, et

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

(13) Voy. pour un exemple d'une étude portée par la toute jeune recherche : J. STRAET, L. JACOB et P. WALCKIERS, « Des droits hybrides et communs pour protéger la terre. Etude de droit comparé et application à la Région wallonne », *Ann. dr. Louvain*, 2022, vol. 84, n^o 1, pp. 215-235.

(14) En ce sens, M. CORNU, « Le bien commun, nouvelle catégorie juridique ? », *La Revue du Centre Michel de l'Hospital*, 2019, vol. 19, p. 2.

(15) B. PARANCE et J. DE SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS éditions, 2015, 350 p.

notamment en Italie, par la Commission Rodotà, qui proposait de la définir en référence avec l'existence d'un lien clair et explicite avec les droits fondamentaux¹⁶.

4. Le droit belge ne connaît pas directement de la notion de « biens communs ». Cependant, il connaît quelques figures juridiques opératoires qui, sans pouvoir prétendre à constituer une véritable catégorie juridique des « biens communs », sont imprégnées d'un certain degré de « communalité » : les éléments du patrimoine commun¹⁷ ou encore le régime juridique des choses communes¹⁸ en sont des illustrations.

5. Dans un tel contexte, nous avons choisi de confronter le régime juridique de trois biens que nous identifions comme des « communs » : l'eau, l'agriculture et l'environnement — entendu dans le sens de « biodiversité »¹⁹ à certains enjeux identifiés comme étant fondamentaux dans la littérature sur les communs. Si ces trois « biens » ne sont pas qualifiés comme des « biens communs » en droit interne, force est de constater que des signes probatoires de leur communalité peuvent être trouvés, notamment en droit wallon qui les compte comme éléments du patrimoine commun de la Région wallonne²⁰. La décision de se concentrer sur trois biens communs différents s'explique par le fait que les enjeux relatifs à ces « biens communs », eu égard à leurs caractéristiques, ne se posent pas nécessairement dans les mêmes termes. Ainsi, les préoccupations relatives à ces « biens communs » sont tantôt davantage formulées en termes d'accès (l'eau, la terre), tantôt en termes de conservation (la biodiversité)²¹. En outre, l'eau et la terre agricole concernent des intérêts plus clairement anthropocentrés que ceux qui peuvent se manifester dans les problématiques liées à la conservation de la diversité biologique.

6. Dans les limites de la présence contribution, notre propos sera centré sur les enjeux procéduraux soulevés par l'information (2), la participation (3) et l'accès à la justice (4)²². Ces trois problématiques, qui renvoient par ailleurs aux trois piliers de la Convention d'Aarhus²³, constituent les outils procéduraux nécessaires — mais non suffisants — pour une gouvernance renouvelée des biens communs, tant pour les acteurs publics, que pour les acteurs privés, issus du monde économique, de la société civile ou encore des citoyens.

2 L'accès à l'information relative aux « biens communs »

7. L'information est au fondement de la gouvernance des « biens communs ». Elle permet de poser *sciemment*²⁴, sans tomber dans le mirage de la certitude absolue, les décisions relatives, notamment, à leur protection ou à leur usage. L'accès à l'information est également crucial en ce qu'il permet l'accès aux actes et aux décisions du passé. Lorsque l'information est accessible, lorsqu'elle est rendue lisible et intelligible²⁵, elle permet l'évaluation des actes et décisions adoptés dans le passé. Le préambule de la Convention d'Aarhus, en matière environnementale, formule l'enjeu de l'information dans ces termes :

« dans le domaine de l'environnement, un meilleur accès à l'information et la participation accrue du public au processus décisionnel permettent de prendre de meilleures décisions et de les appliquer plus efficacement, contribuent à sensibiliser le public aux problèmes environnementaux, lui donnent la possibilité d'exprimer ses préoccupations et aident les autorités publiques à tenir dûment compte de celles-ci ».

8. Examinons maintenant dans quelle mesure l'information est réglée pour les trois biens communs identifiés.

L'accès à l'information concernant le foncier agricole n'est pas réglé directement et précisément par un texte international ou européen qui serait d'une valeur juridique contraignante ; néanmoins les recommandations émanant d'instruments de *soft law* se multiplient. C'est que l'enjeu est crucial. En Région wallonne, en particulier, l'accès à la terre est un parcours d'obstacles, pour les jeunes — ou moins jeunes — qui souhaitent reprendre ou lancer une exploitation agricole, en raison notamment du prix des terres, qui ne fait l'objet d'aucune régulation, et de l'opacité du marché du foncier agricole. Les démons de l'opacité jouent à deux niveaux : d'une part, ils entravent l'installation des agriculteurs (qui ne savent pas identifier où et dans quelles conditions des terres seraient disponibles, condition *sine qua non* pour avoir ensuite, éventuellement, une chance d'accéder à la terre), d'autre part, le manque de connaissances sur les terres publiques fait obstacle au développement d'une politique foncière maîtrisée²⁶. Les consé-

(16) Du nom du juriste italien S. Rodotà qui fut le Président de la Commission qui avait pour mission de modifier les dispositions du Code civil italien en matière de biens publics. Les biens communs sont définis par cette Commission comme « des choses qui expriment une unité fonctionnelle à l'exercice des droits fondamentaux ainsi qu'au libre développement de la personne. Les biens communs doivent être protégés et sauvegardés par l'ordre juridique, notamment au bénéfice des générations futures. Les titulaires des biens communs peuvent être des personnes juridiques de droit public ou privé. Dans tous les cas, leur accès à tous doit être garanti, dans les limites et selon les modalités déterminées par la loi. Quand les titulaires sont des personnes publiques, les biens communs sont gérés par eux et mis hors de la portée du monde marchand » (voy. D. MONE, « Commission Rodotà (Italie) », in Dictionnaire des biens communs, *op. cit.*, pp. 196-199). Cette proposition de réforme n'est jamais entrée en vigueur. Ces travaux ouvrent néanmoins de nouvelles interrogations, notamment sur l'autorité compétente pour décider de la qualification de « communs », interrogations que nous laisserons à ce stade de côté pour de nouvelles recherches.

(17) Voy. la contribution de N. BERNARD.

(18) B. JADOT, « L'article 714 du Code civil et la protection de l'environnement », in L'actualité du

droit de l'environnement, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 53-72 ; M.-S. DE CLIPPELE, « Quel avenir pour les choses communes ? », in J. SAMBON (coord.), *L'environnement, le droit et le magistrat. Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Larcier, 2021, pp. 553-582 ; A. HUCQ, « Le code civil et enjeux écologiques : le cas des choses communes », *R.G.D.C.*, 2022, vol. 7, pp. 363-387.

(19) Comme l'environnement est une notion large, nous nous concentrons essentiellement sur sa composante « diversité biologique ». La « diversité biologique » ou, biodiversité, peut se définir comme la « variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celles des écosystèmes » (article 2, Convention sur la diversité biologique). Sur les relations entre diversité biologique et commun, voy. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « La protection de la biodiversité via le statut de *res communis* », *Revue Lamy Droit civil*, 2009, n° 56, pp. 68-80 ; M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », *Revue juridique de l'environnement*, 2020/4, pp. 689-714.

(20) Pour l'agriculture, voy. article D.1^{er}, § 1^{er}, Code wallon de l'agriculture. Pour la diversité biolo-

gique, voy. article D.1, alinéa 1, Code wallon de l'environnement. Pour l'eau, voy. l'article D.1^{er} du Code wallon de l'eau. Voy. également les références indirectes à la notion d'*usagers* du bien commun et de leur relation avec le bien commun, notamment concernant l'eau : « L'eau est une *res communis*. Elle constitue le patrimoine de la Région. Les générations présentes bénéficient de l'usufruit de ce patrimoine. Elles ne peuvent porter atteinte à la substance de la ressource, de sorte que sa qualité doit être en amélioration constante pour le bénéfice des générations futures » (Exposé des motifs du décret du 27 mai 2004 relatif au Livre II du Code de l'Environnement constituant le Code de l'Eau, *Doc.*, Parl. w., sess. 2003-2004, doc. 696 n° 1, pp. 32-33).

(21) L'eau et la diversité biologique sont des biens naturels qui ne sont pas illimités, et l'agriculture est une activité humaine dont son support, le sol, est une ressource limitée et non renouvelable à l'échelle humaine. À l'opposé, les « biens communs » numériques ou de la connaissance s'articulent plus volontiers autour d'enjeux liés à leur accès. Pour autant, notre propos n'est pas non plus de nier les problématiques d'accès en ce qui concerne l'eau, de la diversité biologique ou encore de l'agriculture (voy. entre autres, N. PAUCHARD, *Gouverner les ressources génétiques. Les stratégies des acteurs face aux droits de propriété et aux règles sur l'accès et le partage des avantages*,

Ed. Alphil, 2022 ; H. SIURUA, « Nature above people : Rolston and "fortress" conservation in the South », *Ethics and environment*, 2006, vol. 11, n° 1, pp. 71-96).

(22) Sur une approche similaire en droit français, voy. J. ROCHFELD et al (dir.), *Rapport final de recherche. L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, 2021, 520 p.

(23) Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998.

(24) « En sachant précisément ce que l'on fait » (définition issue du Centre national de ressources textuelles et lexicales, [en ligne], <https://www.cnrtl.fr/definition/sciement#:~:text=En%20sachant%20pr%C3%A9cis%C3%A9ment%20ce%20que%20l'on%20fait>, accès le 21 août 2022).

(25) Voy. notamment les travaux de Pierre Rosanvallon sur l'enjeu de la lisibilité dans P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015.

(26) I. VERHAEGEN, *L'accès au foncier agricole en Région wallonne. Comment rendre davantage de terres disponibles au service d'une agriculture durable et du bien commun*, Travail de fin d'études réalisé dans le cadre du Master de spécialisation en droit public immobilier et droit de l'environnement Université Saint-Louis Bruxelles - Université catholique de

quences de cette situation se traduisent dans des chiffres alarmants : il y a toujours de moins en moins de fermes alors que la concentration des terres est toujours plus importante, dans un contexte de forte spéculation²⁷. Or, on sait que le modèle de production qu'induit l'augmentation de la taille des exploitations n'est pas soutenable²⁸.

L'enjeu que représente l'accès à l'information sur le foncier agricole n'est plus totalement ignoré. L'article D.357 du Code wallon de l'agriculture du 27 mars 2014 prévoit ainsi l'organisation d'un Observatoire du foncier agricole. Ce dernier a publié son premier rapport en 2018. La même année, les notaires ont réalisé un baromètre des prix du foncier agricole²⁹. Ces instruments permettent de documenter l'envolée des prix, et l'écart très important entre ces prix et les revenus que peuvent en tirer les agriculteurs. Mais force est de constater qu'ils ne permettent pas, pour l'heure, le développement d'une politique préventive et de gestion du foncier agricole (qui par exemple reposerait sur un droit de préemption), dès lors que l'information est, à ce stade, récoltée et diffusée trop tard. Quant au marché de la location des terres agricoles, il n'est pas beaucoup plus ouvert ni plus transparent, avec pour conséquence une grande difficulté d'accès à l'information sur les terres disponibles à la location³⁰, qui constitue une entrave supplémentaire pour l'installation, en particulier des jeunes agriculteurs.

9. Les régimes d'accès à l'information environnementale, qui s'appliquent à la biodiversité et à l'eau, sont quant à eux beaucoup plus développés. Comme le rappelle le premier considérant de la directive relative à l'accès à l'information en matière d'environnement³¹, « [l]'accès accru du public à l'information en matière d'environnement ainsi que la diffusion de cette information favorisent une plus grande sensibilisation aux questions d'environnement, le libre échange d'idées, une participation plus efficace du public à la prise de décision en matière d'environnement et, en définitive, l'amélioration de l'environnement ». Ce droit procédural, pour certains fondamentaux³², de protection de l'environnement³³, puise ses sources dans la Convention d'Aarhus, dans le droit européen, qui met en œuvre ladite Convention, et dans les transpositions en droit interne des normes européennes³⁴. L'on distingue généralement les régimes de publicité active de ceux de la publicité passive : dans les premiers, l'autorité pu-

blique est tenue par des obligations de rapportage et/ou de diffusion de l'information, alors que dans les seconds, des personnes morales et physiques ont le droit de solliciter certaines informations en matière d'environnement. Dans l'objectif d'assurer que « les informations sur l'environnement deviennent progressivement disponibles dans des bases de données électroniques »³⁵, les législateurs wallon, bruxellois et fédéral prévoient la diffusion de certaines informations environnementales³⁶. De manière complémentaire, les régimes de publicité passive visent à garantir à toute personne physique ou morale qui le demande un droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques ou pour le compte de celles-ci sans que cette personne soit obligée de faire valoir un intérêt³⁷. Ceux-ci sont largement formulés à de nombreux égards. *Primo*, la notion d'« information environnementale » vise notamment celles relatives à l'état des éléments de l'environnement, en ce compris l'eau ou la diversité biologique et ses composantes, aux facteurs susceptibles d'avoir des incidences sur ces éléments, aux mesures prises pour la protection de ces éléments ou encore les rapports relatifs à l'application de la législation environnementale³⁸. *Deuxio*, l'accès à l'information environnementale est de principe, auquel seules des hypothèses dérogatoires limitativement énumérées et restrictivement interprétées peuvent y être opposées³⁹. Par exemple, la confidentialité des informations commerciales ou industrielles ou la confidentialité des données à caractère personnel pourrait peut-être être invoquée pour justifier le refus d'accès à l'information environnementale⁴⁰. Une mise en balance doit alors être effectuée, par l'autorité publique, dans le cadre d'un examen particulier de chaque situation⁴¹. L'on peut se demander quel poids attribuer à la qualité de « bien commun » dans la mise en balance de ces différents intérêts. Pour A.-P. Epstein, de ce que ces « informations se rapportent à un bien commun, l'environnement « patrimoine commun des êtres humains », il s'ensuit que « [c]e caractère commun justifie la limitation des prérogatives du producteur ou du titulaire des informations considérées qui ne peut s'opposer à leur diffusion que pour des motifs légitimes restreints »⁴². *Tertio*, il faut que l'information soit détenue par l'autorité publique⁴³ ou pour son compte⁴⁴. Une information détenue par une autorité publique, même originaire d'une entreprise privée, est en principe communicable au public⁴⁵. L'origine de l'information importe peu⁴⁶.

Louvain, année académique 2019-2020, p. 11.

(27) Voy., notamment, les données fournies par statbel (<https://statbel.fgov.be/fr/themes/environnement/sol/utilisation-du-sol#figures>)

(28) Voy. notamment : IPPC, United Nations Environment Programme, Intergovernmental Panel on Climate Change, *Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems*, 8 août 2019

(29) <https://www.notaire.be/nouveautes/detail/1er-barometre-des-notaires-sur-le-marche-des-terres-agricoles-en-belgique>

(30) On remarquera, avec Isabelle Verhaegen, que la mise en place de politiques de transparence en matière de marché du foncier agricole devra s'accompagner de dispositifs visant à bloquer la spéculation foncière ou visant à « rééquilibrer » l'accès des plus petits producteurs au marché locatif (et également acquisitif). Voy. I. VERHAEGEN, *op. cit.*, p. 49.

(31) Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, J.O.U.E. L 41/26 du 14 février 2003 (ci-après, directive « IE »).

(32) J. SAMBON, « Les voies de recours en matière d'accès à l'information environnementale : diversité et complexité des régimes applicables », *Aménagement-Environnement*, 2021/2, p. 73 et réfé-

rences citées.

(33) Elle est, à ce titre, et comme le reconnaît la Cour, une matière étroitement liée à la participation du public (CJUE, C-216/05, pt 39).

(34) Voy. notamment la directive « IE » précitée et Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, J.O.U.E., L 145/43, 31 mai 2001. Au niveau fédéral, voy. loi du 5 août 2006 relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement, *M.B.*, 28 août 2006 (ci-après, « loi fédérale ») ; au niveau wallon, voy. le titre 1^{er} « Accès à l'information relative à l'environnement » du Code wallon de l'environnement, *M.B.*, 9 juillet 2004 ; au niveau bruxellois, Décret et ordonnance conjoints de la Région de Bruxelles-Capitale, la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française du 16 mai 2019 relatifs à la publicité de l'administration dans les institutions bruxelloises qui concernent l'accès à l'information environnementale, *M.B.*, 7 juin 2019 (« Décret et ordonnance conjoints »).

(35) Article 5, § 3, Convention Aarhus.

(36) Article 5, Convention Aarhus ; article 7, dir. IE ; articles D.20.15 et s., Code wallon de l'environnement ; articles 17 à 24, Décret et ordonnance conjoints ; articles 11 à 15, loi fédérale. Cette approche reste encore disparate, et non pleinement investie. Par exemple, si le droit bruxellois pré-

voit la publication au *Moniteur belge* des dérogations « espèces protégées » en vertu de l'article 84, § 1, alinéa 4, de l'ordonnance Nature, tel n'est pas le cas pour le droit wallon. Pourtant, celui-ci prévoit, en son article D.20.16 que les autorités publiques « mettent au minimum à disposition du public et diffusent auprès de celui-ci les informations environnementales suivantes (...) f. les autorisations qui ont un impact significatif sur l'environnement ». S'il est vrai que tous les actes nécessitant dérogation ne sont pas nécessairement constitués d'un impact significatif sur les espèces protégées, il est également faux de penser qu'aucun de ces actes ne peut impacter significativement une espèce protégée. Une publicité active des dérogations pourrait dès lors être envisagée pour celles qui présentent un effet significatif.

(37) Article 4, Convention Aarhus ; article 3, dir. IE ; articles D.12 et s., Code wallon de l'environnement ; Articles 6 à 16, Décret et ordonnance conjoints ; articles 18 à 26, loi fédérale.

(38) Article 2, § 1, dir. IE ; article D.6, 11^o, Code wallon de l'environnement ; article 4, 9^o, Décret et ordonnance conjoints ; article 3, 4^o, loi fédérale. Voy. également article 2, § 3, Convention Aarhus.

(39) Article 4, § 4, Convention Aarhus ; article 4, dir. IE ; articles D.18 et s., Code wallon de l'environnement ; article 19, Décret et ordonnance conjoints ; articles 27 à 32, loi fédérale.

(40) Voy. notamment M. KNOCKAERT,

« L'incidence du Règlement général sur la protection des données (RGPD) sur l'accès à l'information en matière d'environnement : une rencontre nécessaire mais délicate », *Aménagement-Environnement*, 2020/3, pp. 136-148 ; A.-S. EPSTEIN, « La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : Prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *Revue juridique de l'environnement*, 2020, numéro spécial, pp. 137-149.

(41) C.J.U.E., C-619/19, point 59 et jurisprudence citée.

(42) A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, p. 143.

(43) L'article 2.3 de la directive « IE » définit l'« information détenue par une autorité publique » comme « l'information environnementale qui est en la possession de cette autorité et qui a été reçue ou établie par elle ».

(44) L'article 2.4 de la directive « IE » définit l'« information détenue pour le compte d'une autorité publique » comme « toute information environnementale qui est matériellement détenue par une personne physique ou morale pour le compte d'une autorité publique ».

(45) Article 4, Convention Aarhus ; article 1, sous a) et 7, dir. IE.

(46) Une seule exception peut être trouvée à l'article 4.2, sous g), dir. IE. Il s'agit de l'hypothèse d'une personne qui a transmis une information sur base volontaire tout en voulant la garder confidentielle.

10. Comme l'avance D. Misonne, « [l]'accès à l'information contribue de manière fondamentale à l'avènement d'une société "ouverte", où les données sur les biens communs, comme l'environnement, ne sont plus considérées comme l'apanage de l'autorité publique qui les détient mais doivent être partagées [au profit du citoyen seul ou organisé]. (...) L'information sur l'état du commun naturel devient en quelque sorte un commun informationnel »⁴⁷.

La question de l'accès à l'information relative aux « biens communs » fait surgir plusieurs problématiques. D'abord, il faut que l'information existe, qu'elle soit collectée et traitée. Ensuite, si cette information s'inscrit dans un régime d'accès à l'information, ce dernier peut induire un conflit de droits, ou d'intérêts, entre le droit à l'accès et d'autres narratifs juridiques qui s'y opposent (comme le secret des affaires ou l'existence de droits à la propriété intellectuelle, par exemple). Une mise en balance des intérêts est alors être effectuée par les autorités, et, le cas échéant, par le juge. En outre, l'on notera la pluralité des régimes d'accès aux informations, conséquence directe de la structure fédérale du pays, ne facilite pas leur accessibilité pour le citoyen⁴⁸. Enfin, comme l'analyse du cas de la terre agricole le révèle, il est crucial de bien saisir les conséquences que peuvent emporter la libération de l'information et sa mise en circulation pour les plus vulnérables, lorsque le bien commun est toujours régi par les lois du marché. En effet, si elle n'est pas accompagnée de dispositifs de protection et de rééquilibrage de certains rapports d'inégalité, la transparence peut emporter le risque d'aggraver certaines inégalités⁴⁹.

3 La participation et la codécision concernant les biens communs

11. La notion de « participation » à la gouvernance du « bien commun » est protéiforme et peut renvoyer à plusieurs degrés d'intensité. On peut distinguer, à ce stade de notre contribution, un niveau visant la participation du public à la décision concernant le bien commun et un autre niveau visant la gestion directe d'un « bien commun » par des particuliers⁵⁰.

12. Comme nous venons de voir, la « participation » du public peut prendre différentes formes. En matière d'environnement, et de biodiversité, l'on notera l'influence prépondérante de la Convention d'Aarhus⁵¹, des directives Projets⁵² et Plans et programmes⁵³ et leur transposition en droit interne comme outils favorisant la participation du public. Sans rentrer dans toute la technicité de ces normes⁵⁴, la participation du public implique, de manière générale, le droit pour le « public »⁵⁵ d'être informé, notamment des résultats des évaluations environnementales des projets, plans et programmes et au public « concerné »⁵⁶ et le droit de pouvoir émettre des observations et des avis à un stade précoce de leur processus d'autorisation. Si les avis et les observations doivent être pris en compte dans le processus déci-

sionnel⁵⁷, la portée de cette obligation reste cependant essentiellement procédurale et n'encadre pas matériellement la décision de l'autorité compétente.

13. S'agissant plus spécifiquement de l'eau, le droit wallon offre quelques figures juridiques qui consacrent, à des degrés divers, la participation et la codécision. L'on peut citer à cet égard le contrat de rivière⁵⁸, le contrat de captage⁵⁹ et le contrat de nappe⁶⁰. Le contrat de rivière est sans doute l'exemple le plus emblématique : sont parties au contrat de rivière les représentants des communes et provinces concernées par le sous-bassin hydrographique concerné, les acteurs locaux (cette notion recouvrant les associations en environnementales, les entreprises exerçant des activités ayant un impact significatif sur le sous-bassin hydrographique concerné et les acteurs actifs dans le domaine culturel et éducatif) et les administrations et organes consultatifs concernés. Chacun de ces trois groupes envoie des membres pour le représenter au sein des organes de gestion, sans qu'un groupe ne prenne le pas sur l'autre. Le contrat de rivière se voit assigner comme fonction l'atteinte des objectifs fondamentaux énoncés aux articles D.1^{er} et D.22. Les contrats de captage et de nappe ont comme objectif de réduire les pressions exercées respectivement sur les zones de captage d'eau potabilisable et les masses d'eau souterraine à risques en vue de préserver ou de restaurer la qualité de l'eau. Ces conventions sont élaborées dans une démarche participative qui implique des personnes de droit public en ce compris la SPGE et la Région wallonne, des personnes de droit privé ainsi que les différents acteurs concernés, en ce compris les usagers des parcelles concernées. En dehors de ces cas bien précis, le droit wallon n'ancre pas explicitement le droit à la participation et à la codécision concernant les ressources en eau.

14. En ce qui concerne la terre agricole, on ne trouve pas, à ce stade, d'obligations internationales précises en termes de participation et de codécision, ni, en droit belge, de dispositifs internes organisant la participation du public. Certaines sources de *soft law* soulignent l'importance de la consultation et de la participation⁶¹, qui est par ailleurs mise en relief par certaines expériences étrangères, comme les SAFER françaises⁶². Dans un tel contexte, on peut se demander si l'élaboration des normes en matière de foncier agricole est adéquatement balisée pour garantir la participation effective et équitable de toutes les parties prenantes et une délibération parlementaire complètement informée sur les enjeux liés au foncier agricole.

4 L'accès à la justice et les biens communs

15. Se poser la question de l'accès à la justice pour des préoccupations liées aux biens communs revient souvent à s'interroger sur l'intérêt à agir, condition d'accès devant les juridictions tant pour le contentieux objectif⁶³ que subjectif⁶⁴. L'action populaire est interdite en droit belge

(47) D. MISONNE, « Accès à l'information (en droit de l'environnement) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Presses Universitaires de France, 2017, p. 17.

(48) En matière environnementale, voy. J. SAMBON, *op. cit.*, 2021/2, p. 85.

(49) I. VERHAEGEN, *op. cit.*, p. 49.

(50) Cette échelle provient de J. ROCHFELD e.a. (dir.), *op. cit.*, 2021, p. 400, lui-même reprenant une gradation effectuée par P. Idoux dans son étude, « Les eaux troubles de participation », *Environnement*, 2005, étude 26, n^{os} 11 et s. Le rapport repose sur une gradation qui vise, au-delà de la participation et de la codécision, au premier étage, l'accès à la justice (que nous traiterons dans le point suivant), au deuxième étage, l'accès à l'information (déjà traité).

(51) Articles 6 à 8, Convention d'Aarhus.

(52) Directive 2011/92 concernant

l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *J.O.U.E.*, L 26/1, 28 janvier 2012, ci-après, directive « EIE ».

(53) Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *J.O.U.E.* L 197/30 du 21 juillet 2001, ci-après, directive « ESIE ».

(54) Voy. M. LEE et C. ABBOT, « The usual suspects ? Public participation under the Aarhus Convention », *The Modern Law Review*, 2003, vol. 66, n^o 1, pp. 80-108 ; L. KRÄMER, « The EU and public participation in environmental decision-making », in J. JENDROSKA et M. BAR (éd.), *Procedural Environmental Rights : Principle X in Theory and Practice*, Interseta, 2017, pp. 121-141

(55) Reprenant la définition de la Convention d'Aarhus (article 2, § 4), la directive projet définit le « public » comme « une ou plusieurs personnes

physiques ou morales et, conformément à la législation ou à la pratique nationales, les associations, organisations ou groupes constitués par ces personnes » (article 1, § 2, sous d).

Une définition quasiment identique est donnée par la directive plan et programme (article 2, sous d).

(56) S'inspirant de la définition donnée par la Convention d'Aarhus (article 2, § 5), la directive projet définit le « public concerné » comme « le public qui est touché ou qui risque d'être touché par les procédures décisionnelles en matière d'environnement visées à l'article 2, paragraphe 2, ou qui a un intérêt à faire valoir dans ce cadre. Aux fins de la présente définition, les organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur de la protection de l'environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne sont réputées avoir un intérêt » (article 1, § 2, sous e). La directive plan et programme autorise les États membres à définir le public

(57) Article 8, dir. Projets ; article 8, dir. Plan et programme.

(58) Article D.32 du Code de l'eau (livre II du Code wallon de l'environnement).

(59) Article D.2, alinéa 1^{er}, 15^oter, du Code de l'eau (livre II du Code wallon de l'environnement).

(60) Article D.2, alinéa 1^{er}, 15^oquater, du Code de l'eau (livre II du Code wallon de l'environnement).

(61) Articles 6.9., 8.8. et 8.9., FAO, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, Rome, 2012.

(62) Voy. <https://www.safer.fr/les-safer/nos-2-metiers/>.

(63) Article 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle et article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

(64) Article 17 du Code judiciaire.

sauf exceptions légales⁶⁵. Cette condition a longtemps été appréhendée selon la théorie classique, libérale et individualiste, qui impliquait que seules les situations juridiques touchant personnellement le demandeur étaient en mesure de lui reconnaître un intérêt à agir, ce qui soulevait de nombreuses difficultés, notamment en matière environnementale.

A. De la conception libérale et individualiste de l'intérêt à la reconnaissance de l'intérêt collectif à agir des associations

16. À rebours de ces théories classiques qui opposent de manière binaire l'intérêt général, c'est-à-dire l'« intérêt commun à l'ensemble des membres », substantialisé par les organes compétents de l'État⁶⁶, et l'intérêt individuel, réduit à la protection des droits et des intérêts purement subjectifs, des auteurs ont plaidé, durant des décennies, pour la reconnaissance de l'intérêt collectif. Ces auteurs estiment qu'il existe dans nos sociétés contemporaines complexes, articulées autour de relations d'interdépendance, « des droits diffus », ou « méta individuels et collectifs » qui risquent de rester sans protection dès lors qu'ils ne sont susceptibles d'être protégés ni par l'individu ni par l'État⁶⁷. Il s'agit de remédier, par la reconnaissance de l'action d'intérêt collectif, à « l'insuffisance d'une protection juridique exclusivement individuelle » pour tous les droits à dimension collective (droits sociaux, environnementaux...), notamment, mais aussi à l'insuffisance d'une telle protection exclusivement individuelle dans les situations de violations de masse des droits et libertés⁶⁸ et lorsque les victimes de telles violations sont dans des situations de vulnérabilité telle qu'elles se retrouvent privées d'un accès effectif à la justice.

Dans un tel contexte, de nombreuses voix ont déploré, en Belgique, l'irrecevabilité de l'action d'intérêt collectif, c'est-à-dire l'irrecevabilité de « l'action en justice introduite par un groupement, afin de protéger la finalité en vue de la défense de laquelle il s'est constitué »⁶⁹. Avant décembre 2018, en effet, une telle action était exclue au contentieux subjectif, sauf les cas expressément et précisément organisés par le législateur, et sauf pour ce qui concerne les associations environnementales⁷⁰.

17. Depuis la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, le droit belge admet la recevabilité d'une « action d'une personne morale, visant à protéger des droits de l'homme ou des libertés fondamentales reconnus dans la Constitution et dans les instruments internationaux qui lient la Belgique », à la quadruple condition que « l'objet social de la personne morale est d'une nature particulière, distincte de la poursuite de l'intérêt général », que « la personne morale poursuit cet objet social de manière durable et effective », que « la personne morale agit en justice dans le cadre de cet objet social, en vue d'assurer la défense d'un intérêt en rapport avec cet objet » et que « seul un intérêt collectif est poursuivi par la personne morale à travers son action »⁷¹. Ces conditions sont calquées sur la jurisprudence développée en la matière par la Cour constitution-

nelle, qui connaît de longue date l'action d'intérêt collectif, comme, *mutatis mutandis*, le Conseil d'État⁷².

18. Si les associations recherchent dans leur action d'intérêt collectif, désormais considérée comme étant recevable (moyennant le respect des conditions précitées), la réparation d'un dommage auprès d'une personne privée ou publique, leur action peut soulever la question de l'existence d'un dommage réparable. Si ces deux questions sont conceptuellement distinctes⁷³, elles se recoupent souvent en pratique⁷⁴. Or, la reconnaissance en droit belge de l'existence d'un dommage personnel résultant de l'atteinte à l'objet social de l'association, qui soit susceptible d'être réparé, est restée longtemps controversée⁷⁵.

Résumons ici brièvement quelques évolutions récentes sur ce point. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 21 janvier 2016⁷⁶, a considéré que, premièrement, il est possible d'évaluer le dommage moral subi par une association, qui peut donc ne pas se réduire à un euro symbolique, et que, deuxièmement, l'interprétation de l'article 1382 ne peut aboutir à priver une association de son droit à la réparation intégrale du préjudice causé par l'atteinte à son intérêt collectif⁷⁷. La Cour estime en effet que : « étant donné que de tels éléments de l'environnement n'appartiennent à personne, le citoyen ordinaire n'aura en principe aucun intérêt direct et personnel à intenter une action en réparation pour la lésion de cet intérêt. En revanche, une personne morale qui a été constituée en ayant pour objet spécifique de protéger l'environnement peut (...) effectivement subir un dommage moral et intenter une telle action »⁷⁸. En ce qui concerne les juridictions de l'ordre judiciaire, la cour d'appel de Liège, le 26 mai 2021, a reconnu à la Région wallonne et à plusieurs associations environnementales qui s'étaient constituées parties civiles « un préjudice écologique distinct de leur préjudice économique et moral »⁷⁹ — sans toutefois tirer tous les enseignements de cette reconnaissance dans l'évaluation de ce dommage⁸⁰. La Cour de cassation a confirmé, le 10 novembre 2021, implicitement mais certainement, cette avancée que représente la possibilité de reconnaître à une association un préjudice écologique de manière distincte du préjudice économique et moral⁸¹.

B. Vers une reconnaissance de l'intérêt à agir des individus en tant qu'usagers des biens communs ?

19. Si des associations peuvent donc désormais introduire des actions d'intérêt collectif liées à des biens communs, qu'en est-il des individus ?

Dans son jugement rendu par le tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Klimaatzaak*, le tribunal admet l'intérêt direct et personnel des personnes physiques à introduire une action en responsabilité à l'encontre des autorités publiques compétentes pour inaction climatique. En effet, il a d'abord rappelé que « l'action des personnes physiques n'est recevable que dans la mesure où chacune d'elles démontre un intérêt individuel à l'action »⁸², avant de constater, sur la base des rapports rendus par le GIEC et les institutions euro-

(65) Voy. l'article 2 de la loi du 12 août 1911 pour la conservation des paysages, *M.B.*, 19 août 1911.

(66) J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, CURAP, Paris, Presses universitaires de France, 1978, p. 18.

(67) Voy. notamment M. CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la procédure civile », *R.I.D.C.*, 1975, p. 573.

(68) Mauro Cappelletti décrit la nécessité de percevoir l'importance du groupe, du collectif, pour garantir le respect des droits et libertés (M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 576).

(69) O. DE SCHUTTER, « Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative », note sous Cass. 19 septembre 1996, *R.C.B.J.*, 1997, p. 113.

(70) La Cour de cassation a en effet aménagé une certaine spécificité pour les associations environnementales. Dans un arrêt du 11 juin 2013,

elle admet, à la suite des engagements pris par la Belgique en matière d'environnement (la Convention d'Aarhus, précitée, protège en effet l'accès à la justice sur les enjeux environnementaux), la recevabilité d'une action portée par une personne morale dont l'objet social est la protection de l'environnement, pour mener une action ayant pour objet la contestation de décisions d'autorités publiques.

(71) Sur ces conditions, voy. : C. ROMAINVILLE, collab. F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020, p. 198.

(72) Voy. pour davantage de précisions : C. ROMAINVILLE, collab. F. DE STEXHE, *op. cit.*, pp. 191-193.

(73) J. VAN COMPERNOLLE, « Quelques réflexions sur l'action d'intérêt collectif : à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation », *Revue pratique des sociétés*, 1984, p. 10.

(74) À telle enseigne que, pour Maxime Marchandise, avant la re-

connaissance de l'action d'intérêt collectif, sous l'empire de la jurisprudence *Eikendael*, tout l'enjeu des actions d'intérêt collectif visant à établir une responsabilité était souvent de démontrer l'existence d'un préjudice personnel pour pouvoir réclamer l'application des règles de la responsabilité civile. M. MARCHANDISE va jusqu'à écrire que « il est inutile de tenter de démontrer que l'association possède un intérêt au stade de la recevabilité, ce qui est nécessaire, c'est de prouver qu'elle subit un dommage. Son intérêt à agir en découlera automatiquement » (M. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 269).

(75) Voy. la position de J. DABIN (développée dans « La recevabilité des actions en réparation intentées par les groupements privés autres que les sociétés, en raison du dommage causé soit à la généralité de leurs membres, soit aux fins qu'ils poursuivent », obs. sous Cass., 9 décembre 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 268), nuancée ensuite par J. VAN

COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, *op. cit.*, p. 391.

(76) C. const., 21 janvier 2016, n° 7/2016, *Amén.*, 2016/3, p. 192.

(77) C. const., 21 janvier 2016, n° 7/2016, B.11.1.

(78) C. const., 21 janvier 2016, n° 7/2016, B.8.1.

(79) C. BARTHÉLÉMY, « Le préjudice écologique consacré par la jurisprudence : Winston Churchill ou Neville Chamberlain ? », *J.L.M.B.*, 2022/8, pp. 350-355.

(80) *Ibidem*.

(81) C. BARTHÉLÉMY, « Le préjudice écologique consacré par la jurisprudence : Winston Churchill ou Neville Chamberlain ? », *J.L.M.B.*, 2022/8, pp. 350-355. Cass. (2^e ch.), 10 novembre 2021, obs. B. HAVET, « Reconnaissance et indemnisation du dommage écologique par les juridictions judiciaires belges », *Droit pénal de l'entreprise*, 2022/1, pp. 92-95.

(82) Civ. Bruxelles, 17 juin 2021, p. 48.

péennes, que « la Belgique, en ce compris ses habitants, n'échappe pas aux conséquences mondiales et européennes pré-décrites du changement climatique » et que « cette menace fait courir un risque sérieux aux générations actuelle et future vivant notamment en Belgique de voir leur vie quotidienne profondément perturbée »⁸³. Lu sous un certain prisme, l'on peut déduire des considérations du jugement *Klimaatzaak* la prise en compte d'une composante essentielle d'un bien commun : la mobilisation implicite de la notion d'*usagers* du « bien commun climatique » — entendue comme comprenant tant les générations actuelles que futures, qui permet de matérialiser l'intérêt direct et personnel de ces usagers humains⁸⁴ à enclencher une action judiciaire pour sa protection^{84bis}.

20. Des législations particulières peuvent organiser l'accès de certains usagers de biens communs au prétoire, comme en matière environnementale. À défaut, il reviendra à l'usager de démontrer qu'il a un intérêt à agir en se fondant sur, voire en rusant avec les approches classiques de la protection juridictionnelle des droits subjectifs.

Dans le cas du bien commun qu'est l'eau, l'usager soucieux de protéger ce bien devra démontrer qu'il est titulaire d'un droit réel (d'usage), tel qu'une servitude conventionnelle d'écoulement des eaux, afin d'obtenir du juge la protection de la ressource en eau contre les agissements du titulaire du fonds supérieur. Dans ce cas, la mobilisation d'un droit réel — comme prétexte pour saisir le juge — fonctionne comme un palliatif à l'absence de reconnaissance de l'accès à la justice pour les usagers d'un bien commun. Bien entendu, ce palliatif ne saurait être satisfaisant puisque, d'une part, les usagers d'un bien commun ne se limitent certainement pas aux titulaires de droits réels (d'usage) et, d'autre part, une protection complète du bien commun exigerait de revoir les conditions de l'intérêt à agir afin d'ouvrir les portes du prétoire plus largement⁸⁵.

S'agissant des terres agricoles, ce seront également des droits subjectifs individuels qui pourront être mobilisés par l'individu, comme le droit à la liberté d'entreprendre ou, paradoxalement, le droit à la propriété, au-delà ou en complément d'une action d'intérêt collectif. On notera avec intérêt que c'est en se fondant sur leurs droits subjectifs qu'un groupe d'agriculteurs a contesté la vente par le CPAS de Gand de 450 hectares de terres à une entreprise de Fernand Huts. Devant le juge, ces agriculteurs dénoncent l'attitude des autorités, en particulier la vente de l'ensemble des terrains en une seule fois, qui contribue à la spéculation sur les terres agricoles et à la concentration de la propriété de celles-ci, éloignant encore davantage la gestion des terres publiques d'un modèle agroécologique. Ils invoquent une violation de leur droit à l'égalité et à la non-discrimination et s'estiment victimes d'une aide d'État illégale⁸⁶.

5 Conclusion - De l'égo à l'écocentrisme ?

21. À l'heure actuelle, si la doctrine embrasse généreusement les récits juridiques du « commun », ces derniers ne trouvent qu'un écho très limité dans la pratique du droit et sa technicité. C'est que les traditions juridiques dans lesquelles elles s'inscrivent restent fondées sur l'individualisme et l'anthropocentrisme. Ces axiomes sont à la source des difficultés majeures à penser et à pratiquer concrètement le « bien commun ». La défense des « biens communs » se heurte rapidement aux catégories juridiques existantes forgées en fonction de leur rapport aux intérêts privés. Il en résulte, d'une part, des détournements du sys-

tème juridique, et, d'autre part, des angles morts. Des détournements du système juridique, parce que les droits réels et personnels (à travers des titres formels) peuvent servir de véhicule à la défense de l'intérêt « commun », ce qui n'est pas leur vocation première ni principale. Des angles morts, parce que nos catégories juridiques éprouvent des difficultés à appréhender ce qui se situe au delà des intérêts privés.

22. La défense des biens « communs » peut aussi se voir opposer d'autres intérêts juridiques, anthropocentriques. Poser la question de la défense du bien commun amène incidemment celle de la balance des intérêts entre, d'une part, ceux du bien commun, et d'autre part, les intérêts individuels. Nous avons eu l'occasion de relever quelques brèches qui viennent nuancer notre propos. D'une part, la conception purement individualiste semble reculer au profit de la reconnaissance de formes plus collectives en matière de participation, de décision et d'accès à la justice. D'autre part, cette approche juridique anthropocentrique est altérée par la reconnaissance (très) récente, de principe, du « dommage écologique », qui constitue une manifestation explicite de la capacité du droit à penser la biodiversité en elle-même, et non à travers l'humain. Cet acquis autorise à envisager d'autres possibles, tels que l'accès de la nature au prétoire.

Néanmoins, aussi bienvenues soient-elles, ces évolutions n'en constituent nullement un renversement de paradigme. En effet, elles ne peuvent pas nous faire perdre de vue qu'elles s'inscrivent, malgré elles, dans un système juridique fragmenté et qui leur est fondamentalement défavorable. C'est pourquoi il faut bien se garder de discerner dans ces évolutions l'existence d'une dynamique ordonnée autour de la défense du « bien commun » tant elles semblent relever davantage de l'intervention pointilliste du législateur et des juges.

23. Le modèle du « bien commun » porte en lui un possible riche d'opportunités. Il est voué à surplomber les intérêts privés, sans les écraser, à la faveur de l'intérêt collectif. Ce dernier étant nécessairement anthropocentrique, le « bien commun » a même vocation à le dépasser afin de faire corps avec l'universalité. L'aspiration à une juste et complète défense du « bien commun » ne permet pas de faire l'économie d'une réflexion globale amenant à interroger, voire à repenser les fondements juridiques de notre société. Tant que ceux-ci subsisteront, il est certain que le « bien commun » et son articulation cohérente tiendront davantage du vœu pieux que d'un modèle juridique effectif. À cet égard, la structure fédérale belge constituera sans nul doute un obstacle sur la route des législateurs désireux d'inscrire les « biens communs » dans l'ADN du droit belge. Pourtant, à l'heure de la convergence croissante des crises — sociale, environnementale, climatique et économique — entraînant inévitablement des conflits d'usage des ressources — tant entre humains qu'entre humains et le vivant dans son ensemble —, nul doute qu'il s'agit d'un chantier urgent afin de préserver la cohésion sociale et l'habitabilité de notre planète.

Aurélien HUCQ

Doctorant au Séminaire de recherche en droit de l'environnement et de l'urbanisme (SERES) de l'UCLouvain

Gautier ROLLAND

Assistant au Centre de recherches sur l'État et la Constitution (CRECO) de l'UCLouvain et avocat au barreau de Bruxelles

Céline ROMAINVILLE

Professeure de droit constitutionnel à l'UCLouvain et membre du Centre de recherches sur l'État et la Constitution de la même Université (CRECO)

(83) *Ibidem*, p. 50.

(84) Les composantes de la biodiversité, qui n'ont pas la personnalité juridique, n'ont pas accès au juge. Dans son jugement, le Tribunal de première instance de Bruxelles refusa l'accès au prétoire de 82 arbres à longue durée de vie pour la raison que les arbres n'ont pas la personnalité juridique. L'on ne peut que renvoyer au texte de C. Stone, qui avait, pour cette raison très précise, plaidé en son temps, et en droit américain, en faveur de l'octroi de la personnalité juridique à des éléments naturels (C. D. STONE, « Should Trees Have

Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, 1972 vol. 45, n° 2, pp. 450-501).

(84bis) Voy. les travaux sur les « choses communes » de J. VAN DE VOORDE, « Het nieuwe goedenrecht en het milieu », *T.M.R.*, 2020/3, pp. 273 et s.

(85) On peut, en parallèle, mentionner l'existence des servitudes légales en matière d'eau. En vertu de l'ancien article 643 du Code civil, le propriétaire de la source ne pouvait changer le cours d'une source d'eau, lorsqu'il fournit aux habitants d'une

commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. Désormais, ce libellé a été revu à la faveur du nouvel article 3.130 du Code civil, inséré sous le chapitre 3 consacré aux servitudes légales. Cette disposition prévoit que les propriétaires d'une source et riverains d'un cours d'eau peuvent utiliser l'eau, uniquement pour leurs propres besoins et à condition de ne pas en modifier substantiellement le cours, la quantité et la qualité de l'eau. L'utilisation de l'eau ne peut pas porter préjudice aux droits des propriétaires voisins (en ce compris les titulaires de tous droits

réels d'usage). À notre estime, le texte de l'article 3.130 va plus loin que l'ancien article 643 dans la mesure où il porte une interdiction générale de modifier substantiellement, non seulement le cours, mais également et surtout, la quantité et la qualité de l'eau. Par ailleurs, à notre sens, les habitants qui bénéficient de la fourniture d'eau — qui en constituent les usagers — demeurent admis à saisir le juge en cas de violation cette interdiction.

(86) L'affaire est pendante devant la cour d'appel de Gand.

Les communs (déjà) à l'œuvre dans le domaine de l'habitat : l'exemple du *community land trust*

1 Position de la question

1. Le sol est probablement la ressource la plus précieuse qui soit en matière d'habitat, puisque les constructions qui nous abritent ne peuvent qu'y prendre appui. Or, devenue rare avec le temps (et l'urbanisation à tout crin qui caractérise nos sociétés actuelles), cette ressource est en quantité finie, en ce que le stock de terrains disponibles n'est pas extensible. La pression qui pèse sur les parcelles restantes n'en est que plus forte, exacerbée encore par la poussée démographique intense que connaît une Région comme Bruxelles¹. Les prix du logement, fatalement, s'envolent (tant dans le secteur locatif² qu'acquisitif³), ce qui à la fois empêche un grand nombre de ménages d'accéder à la propriété et les contraint à affecter à leur loyer une part indécente de leur budget⁴; il n'est pas fortuit à cet égard que les propriétaires soient, en chiffres relatifs, près de deux fois moins nombreux⁵ à Bruxelles⁶ que dans les deux autres Régions du pays⁷. Or, pour son titulaire, la propriété constitue tout à la fois une épargne forcée (puisqu'on récupère un capital à la fin du remboursement de l'emprunt hypothécaire, contrairement à la location⁸) et un rempart contre l'inflation (dès lors que les mensualités hypothécaires sont généralement invariables avec le temps⁹, insensibles à toute indexation). Le problème est donc aigu.

2. Ce constat nourrit les appels à faire de la terre un commun, qu'il faut prémunir dans une certaine mesure contre l'appropriation marchande et soustraire aux logiques spéculatives (voire mettre « à l'abri de la prédation [...] capitaliste »¹⁰), aux fins de rendre possible simplement l'exercice du droit fondamental (et constitutionnel) à se loger¹¹; indispensable à la population dans son ensemble, le sol appelle une gestion déclinée sur le mode du collectif. Ce que l'on ignore parfois, c'est qu'un tel mécanisme existe déjà : il s'agit du *community land trust* (CLT), personne morale désintéressée qui gère des terrains pour le bien de la collectivité et permet de la sorte à ses membres de devenir propriétaires (pour une longue période) de leur lieu de vie à des prix modiques¹² — tout en étant associés à la gestion collective de l'ensemble¹³. Né aux États-Unis¹⁴, ce concept s'est implanté à Bruxelles et y prospère depuis¹⁵. Il jouit par ailleurs d'un solide ancrage dans les textes de loi, ayant fait son entrée dès 2013¹⁶ dans le Code bruxellois

de logement par exemple¹⁷ (et, deux ans plus tard, les premiers logements CLT étaient inaugurés en Région bruxelloise¹⁸); suite à une refonte de la définition intervenue en 2022¹⁹, il faut décrire officiellement aujourd'hui le CLT (ou « l'alliance foncière régionale ») comme une « organisation sans but lucratif qui a vocation à acquérir et gérer des biens immeubles bâtis ou non bâtis dans la Région de Bruxelles-Capitale en vue de créer aussi bien des habitations accessibles pour les ménages à bas revenus que des équipements d'intérêt collectif, entre autres » et qui « favorise dans ses projets et dans son mode de fonctionnement l'implication citoyenne et le partenariat entre monde associatif, citoyen et pouvoirs publics »²⁰. Avec l'Italie peut-être²¹, la Belgique est incontestablement la terre d'élection du CLT en Europe continentale (et Bruxelles spécifiquement).

Plutôt que de creuser encore le champ théorique des communs (déjà bien labouré²²), il a semblé plus instructif, au sein de cette contribution (qui se veut pratique et didactique²³), de donner à voir les rouages d'un dispositif concret qui, depuis une dizaine d'années, met en application sur le terrain l'idée des biens communs, dans le domaine du logement à Bruxelles²⁴. Sera ainsi déployée la triple originalité du mécanisme CLT : la dissociation de la propriété du bâti et du sol, la captation de l'essentiel de la plus-value en cas de revente (dont le prix est par ailleurs plafonné) et la gestion participative du bien. Ces développements permettront de forger une réponse à la question de savoir si le *community land trust* peut promériter le label de bien commun, avant que l'on se penche, en finale, sur les potentialités qu'ouvre pour le CLT la réforme récente du droit des biens.

2 Démembrement du droit de propriété (et sanctuarisation de la terre)

A. Le mécanisme juridique : un droit de superficie (avantageux financièrement)

3. Le *community land trust* poursuit un double objectif (simultané) : faciliter l'acquisition de la propriété et favoriser l'accès au logement

(1) La Région a gagné ainsi 271.000 habitants entre 1996 et 2021, soit une hausse de 28 % (source : Institut bruxellois de l'analyse et des statistiques).

(2) Les loyers ont ainsi bondi de 20 % en moins de vingt ans à Bruxelles, en plus de l'inflation (source : *Enquête 2018* de l'Observatoire des loyers de la Région de Bruxelles-Capitale, la dernière en date malheureusement, p. 14).

(3) Le prix réel médian (compte tenu donc de l'inflation) des appartements a ainsi été multiplié par 2,2 à Bruxelles entre 1995 et 2017, ce qui correspond à une croissance annuelle moyenne de 3,6 % (source : Institut bruxellois de l'analyse et des statistiques).

(4) Le loyer absorbe en moyenne près de 40 % des revenus des locataires, alors que le seuil maximal communément admis, pour ne pas mettre en péril l'équilibre financier global du ménage, tourne autour des 30 % (source : *Enquête 2018* de l'Observatoire des loyers de la Région de Bruxelles-Capitale, p. 42).

(5) 38 % (source : Censur 2011).

(6) Dont la population est certes plus pauvre : 14.973 EUR de revenu moyen à Bruxelles en 2019 par

exemple, contre 17.949 EUR au sud du pays et, au nord, 20.501 EUR (source : Statbel).

(7) 71 % en Flandre et 66 % en Wallonie (source : Censur 2011).

(8) Où l'on investit en quelque sorte à fonds perdu.

(9) Pourvu que l'on ait contracté à taux fixe, ce qui est le cas de la grande majorité des individus concernés.

(10) D. BOCQUET, « Les communs comme concept et catégorie de pensée : complexité et polysémie du miroir historiographique », *Espaces et sociétés*, n° 175 (« Biens communs et territoires »), 2018, p. 184.

(11) Article 23, alinéa 3, 3^o, de la Constitution.

(12) Même si certains biens produits par le CLT ont été dévolus à la location, par le recours à des acteurs sociaux intermédiaires.

(13) Voy. De manière générale sur le sujet TIMMERMANS, *De Community land trust*, Malines, Kluwer, 2016, ainsi que N. BERNARD, « The community land trust as a new sustainable housing paradigm », *Sustainable Dwelling. Between spatial polyvalence et residents' empowerment*, sous la direction de G. Ledent et al., Louvain-la-Neuve, Presses universi-

taires de Louvain, 2020, pp. 145 et s.

(14) Cfr J.E. DAVIS e.a. (dir.), *On common ground. International perspectives on the community land trust*, Madison, Terra Nostra Press, 2020.

(15) Avec une centaine de logements déjà opérationnels au total, et des dizaines autres en chantier.

(16) Ordonnance du 11 juillet 2013 portant modification du Code bruxellois du logement, *M.B.*, 18 juillet 2013, err. 26 juillet 2013.

(17) Article 2, § 1^{er}, 27^o. Voy. également les articles 134/1 et s. du même Code, ainsi que l'arrêt du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 1^{er} avril 2021 organisant les Alliances foncières régionales, leur agrément et leur financement, *M.B.*, 10 mai 2021.

(18) Le premier immeuble CLT a ainsi ouvert ses portes à Molenbeek dès le mois de septembre 2015 ; il s'agissait là d'une grande première pour l'Europe continentale !

(19) Article 13 de l'ordonnance du 10 février 2022 modifiant le Code bruxellois du logement, *M.B.*, 14 mars 2022.

(20) Article 134/1, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du Code bruxellois du logement.

(21) Voy. A. VERCELLONE, *Il community land trust. Autonomia privata,*

conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana, Milan, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

(22) Sur le sujet, voy. notamment (outre les références citées ailleurs dans cet article) B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015, T. BOCCON-GIBOD et P. CRÉTOIS (dir.), *État social, propriété publique et biens communs*, Lormont, Le bord de l'eau, 2015, C. CORNU et al. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, ainsi que F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 81 (« L'actualité des communs »), 2018, pp. 59 et s.

(23) En phase du reste avec l'esprit qui souffle sur le présent numéro thématique.

(24) Cfr N. BERNARD, G. DE PAUW et L. GÉRONNEZ, « Coopératives de logement et *community land trusts* », *Courriers hebdomadaires du CRISP*, n° 2073, 2010.

pour les plus démunis. L'accessibilité financière et la pérennité, en quelque sorte. La quadrature du cercle ? N'est-il pas irréaliste en effet, sur un strict plan financier (vu les valeurs de l'immobilier), de vouloir faire des personnes peu en fonds des propriétaires ? Non. La chose est parfaitement envisageable, si l'on recourt pour ce faire à la dissociation de la propriété du sol de celle du bâti. Cette solution, en forme de trait fondateur du CLT, a emprunté en Belgique la figure du droit de superficie²⁵. Schématiquement, cet acteur non marchand (mais subsidié par la puissance publique) qu'est le CLT à Bruxelles acquiert des parcelles, y élève (ou rénove) des bâtiments pour concéder ensuite des droits de superficie, qui confèrent à leurs titulaires un authentique droit de propriété sur ceux-ci — certes de manière provisoire, mais sur le long terme tout de même (durée maximale de 50 ans²⁶ et, depuis peu²⁷, 99 ans²⁸).

Sur le plan pécuniaire, le droit de superficie offre ainsi de multiples avantages par rapport à un achat classique. Tout d'abord, le superficiaire ne paie rien pour le tréfonds (sol et sous-sol), qui reste d'ailleurs dans les mains du constituant du droit ; partant, le coût du foncier proprement dit, qui pèse lourd traditionnellement dans le calcul du prix de vente (entre 20 et 25 %, voire 30 % dans certaines zones dites de forte pression foncière), est ainsi neutralisé²⁹. Par ailleurs, le droit d'enregistrement, qui atteint les 12,5 % à Bruxelles³⁰ chute à 2 % lorsqu'il s'agit non pas d'un transfert en pleine propriété mais d'une constitution d'un droit de superficie³¹ ; le gain s'avère d'autant plus appréciable que le droit d'enregistrement s'acquitte généralement *sur fonds propres*, ce qui peut représenter un obstacle (parfois insurmontable) pour les personnes à ressources modestes³². Le prix même de la transaction est inférieur aux valeurs acquises moyennes puisque le droit vendu est limité à cinquante ans, et non plus aliéné à perpétuité (comme pour toute vente classique). Et puisqu'il s'agit d'un droit réel, l'intéressé est généralement autorisé par les banques, aux fins d'acquiescer le prix d'achat du droit de superficie, à contracter un emprunt hypothécaire, ce qui lui permet — comme pour tout emprunt hypothécaire — d'accéder aux avantages fiscaux liés à la conclusion d'un emprunt hypothécaire³³. Enfin, le coût réduit associé au droit de superficie a également pour effet, en bonne logique, de raccourcir la durée de remboursement de l'emprunt hypothécaire, minorant d'autant la charge globale des intérêts hypothécaires³⁴.

4. Au global³⁵, le système CLT a pour effet de diminuer le prix global d'achat d'un tiers environ par rapport aux prix du marché (pour les transactions de pleine propriété) ; par là, il met avantageusement cette propriété d'un genre nouveau à la hauteur des moins fortunés (et/ou des plus âgés³⁶). En tout cas, ce souci d'accessibilité financière n'est pas un vain mot puisque, dans le système du *community land trust* de Bruxelles (CLTB), le prix d'achat dépend directement à Bruxelles des ressources de l'acquéreur³⁷. Il n'est pas fortuit à cet égard que le Fonds du logement, dont l'objet social consiste à aider les moins aisés à faire achat d'un bien, ait noué un partenariat structurel avec le CLTB. Et ces

garde-fous au bénéfice des plus faibles s'indiquent d'autant plus que, dans l'optique sociale qui est la sienne, le CLTB réserve ses logements aux candidats dont les revenus ne dépassent pas les plafonds d'admission au logement social³⁸ — dans la droite ligne d'ailleurs de ce que prescrit le Code bruxellois du logement (qui limite le dispositif aux ménages « à bas revenus »³⁹). Pour autant, le CLTB n'est pas à assimiler à du logement social⁴⁰ — de type exclusivement locatif en effet.

B. Le CLT comme bien commun ?

5. Cette séparation de la propriété présente, pour le sujet qui nous occupe, un intérêt cardinal puisque le tréfonds est soustrait de la sorte à l'appropriation marchande. Comme sanctuarisés, sols et sous-sols appartiennent à un CLT⁴¹ qui est chargé d'administrer l'ensemble dans le sens de l'intérêt général. Ce faisant, le CLT s'inscrit dans l'un de deux champs classiquement susceptibles de voir prospérer un bien commun : la « raréfaction d'une ressource naturelle »⁴² (ici, la terre). De fait, le foncier constitue un stock fini, non extensible, et pas davantage renouvelable, qui aiguise tous les appétits. Encore plus dans une Région exigüe comme Bruxelles (enfermée qui plus est dans des frontières administratives intangibles), il y a lieu aujourd'hui de déprendre cette denrée rare qu'est le sol de l'appropriation privée sans fin, pour en préserver l'accès aux générations à venir. « Dans de nombreuses hypothèses, la propriété dite démembrée emporte un accès à une ressource, souvent immobilière ou à tout le moins à l'une de ses utilités au profit d'autrui, voire partagé à plusieurs », souligne à cet égard un auteur ; « en cela elle comporte un élément de définition des communs »⁴³.

6. À bien y regarder, la révolution amenée par le CLT tient du paradoxe : ses partisans prétendent renouveler le genre... alors que le mode de rapport au bien reste solidement ancré dans la figure traditionnelle de la propriété (puisque le superficiaire est — on le répète — titulaire d'un véritable droit de propriété). Ce dernier droit, cependant, fait l'objet d'une double limitation : dans l'espace (puisque le tréfonds échappe au bénéficiaire) et dans le temps (puisque le droit s'éteint aujourd'hui après 99 ans maximum, le bâti retournant alors dans le giron du propriétaire du fonds). C'est en cela que consiste l'innovation : la propriété de l'habitation n'est plus acquise éternellement à son titulaire, car elle doit profiter par la suite à un autre (le tréfoncier concédant un nouveau droit de superficie — à une nouvelle personne — sitôt le premier arrivé à échéance). Et, à l'inverse du locataire par exemple, le superficiaire n'a pas « investi à fonds perdu » puisqu'il récupère le montant de départ, rehaussé d'une fraction de la plus-value⁴⁴.

De son côté, la terre évite de faire l'objet d'une appropriation individuelle, comme on l'a dit. Elle demeure la propriété de cette association dénuée de but lucratif qu'est le CLT, interdite de l'aliéner et vouée à l'administrer au profit de la société dans son ensemble⁴⁵ ; du reste,

(25) Même si, ces dernières années, le droit d'emphytéose est mobilisé lui aussi (surtout pour des terrains déjà bâtis), avec une fréquence croissante. Leur durée est limitée à 50 ans, bien que la loi autorise des emphytéoses d'une durée plus longue — jusqu'à 99 ans (article 3.169, alinéa 1^{er}, du Code civil).

(26) Article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie (aujourd'hui abrogée).

(27) Depuis le 1^{er} septembre 2021, date d'entrée en vigueur de la réforme du droit des biens (article 39 de la loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020).

(28) Article 3.180, alinéa 1^{er}, du Code civil.

(29) Voy. B. VORMS, « Accession à la propriété : l'ingénierie juridique peut-elle neutraliser le coût du foncier ? Bail emphytéotique, *community land trust* et BRILO », *Politique du logement*, 4 juin 2015 (www.politiquedulogement.com).

(30) Article 44 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de

greffe - Région de Bruxelles-Capitale. (31) Article 83, alinéa 2, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe - Région de Bruxelles-Capitale.

(32) L. HERVÉ, « Superficie, emphytéose et travaux : de quelques questions en matière de contributions directes et de droits d'enregistrement », in P. LECOCQ e.a. (dir.), *Zakenrecht/ Droit des biens*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 370.

(33) Comme le « chèque habitat » en Région wallonne.

(34) Après remboursement de l'emprunt (sur 15 ans par exemple), l'acheteur occupera alors le bien *gratuitement*, pendant 30 ans encore (50-15=35).

(35) Et sans même compter que les droits de succession sont réduits en cas de décès du superficiaire par rapport à un propriétaire classique.

(36) Car, de manière générale, la perspective (plus ou moins proche) du décès du candidat emprunteur hypothécaire d'un certain âge dissuade trop souvent les banques d'intervenir. Dans ce cadre, un prêt moins lourd

peut lever ces appréhensions.

(37) Il diminue concrètement en fonction des revenus, comme (*mutatis mutandis*) dans le logement social. Cfr l'article 22 de l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 1^{er} avril 2021.

(38) Condition à apprécier au jour de l'octroi du logement, et pas au moment de l'inscription sur la liste d'attente. Voy. l'article 20, § 1^{er}, 4^o, de l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 1^{er} avril 2021.

(39) Article 134/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

(40) Par exemple, l'attribution des biens du CLTB est dictée non pas par un jeu savant de points de priorité (comme dans le logement social) mais, plus simplement, par l'ancienneté sur la liste d'attente — pour autant naturellement que le candidat corresponde à la catégorie de revenus attachée par le CLTB au logement mis en vente.

(41) À Bruxelles, à la Fondation d'utilité publique du CLT plus précisément, propriétaire des terrains pour le compte de ce dernier.

(42) À côté de con contraire : l'illimination des ressources informationnelles et culturelles. Sur la propriété intellectuelle et les mégadonnées, voy. notamment A. STROWEL, « *Omnia sunt (c)omunia* : des *opera* au *Big data* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n^o 81 (« L'actualité des communs »), 2018, pp. 177 et s.

(43) L. PFISTER, « Propriété démembrée ou démembrements de propriété », in M. CORNU e.a. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 967.

(44) Cfr *infra* n^o 12.

(45) Voy. G. DE PAUW, « Land niet te koop : gemeenschapsgrond als basis voor een rechtvaardige en duurzame stad in het *community land trust*-model », in A. KUIJK e.a. (dir.), *Op grond van samenwerking. Woningen, voedsel en trage wegen als heruitgevonden commons*, Berchem, EPO, 2018, pp. 91 et s.

la notion de « trust » en droit anglo-saxon (qui ne connaît pas d'équivalent en droit belge) désigne cette idée de gestion d'un bien au bénéfice d'autrui. Et puisque le prix de la superficie ne saurait inclure le tréfonds, c'est gratuitement que le sol est mis à disposition de l'ensemble des habitants du CLT, se rapprochant ici aussi de l'idée d'un bien commun.

7. Mieux encore : le CLT étant géré de manière participative (ainsi qu'il sera donné à voir⁴⁶), le sort de la terre elle-même est décidé collectivement. La maîtrise du foncier est collégiale, en somme, parce que chacun des habitants est membre du CLT et peut faire entendre sa voix sur le devenir de la terre.

Stricto sensu, pourtant, aucune propriété collective⁴⁷ n'est à l'œuvre dans le CLT puisque chaque résident jouit de « son » droit de propriété/superficie sur « son » logement et que le terrain est détenu par un propriétaire unique (le CLT). Toutefois, « la personne juridique [...] n'en est pas moins contrôlée par la pluralité des membres ou des associés qui se voient conférer des pouvoirs égaux de délibérer sur son sort et son patrimoine », observe Aurore Chaigneau ; « on est donc forcé à parler de la propriété de la personne morale comme d'une propriété collective, mais uniquement par la référence qui est faite à la collectivité qu'elle représente »⁴⁸. Il n'est dès lors pas nécessaire d'avoir formellement des parts sur une chose ou un droit de copropriété pour prétendre à cette propriété collective ; « l'essentiel réside dans la coproduction des règles de droit »⁴⁹.

8. En tout cas, il n'est pas question ici de propriété étatique — avec le sol — dans la mesure où le CLT est non pas un opérateur public, mais une association de droit privé (qui reçoit des subsides de la part des autorités). Simplement, ce propriétaire est irréductiblement attaché, de par son objet social, à une finalité d'intérêt général⁵⁰.

Voilà qui rejoint quelque part la notion d'« affectation » caractérisant les biens du domaine public⁵¹ ; au-delà du statut du propriétaire (étatique ou privé), c'est leur destination collective qui décide de leur appartenance au domaine public ou non⁵², le fait qu'ils soient ouverts effectivement à l'usage de tous⁵³. Le CLT n'émerge certes pas aux acteurs publics, mais sa mission, largement subventionnée par les autorités, est résolument d'intérêt public⁵⁴. Du reste, le sol du CLT est frappé d'inaliénabilité ; il n'appartient certes pas à un service public, mais l'association (privée) qui le détient a la charge d'en faire profiter le plus grand nombre, par rotation. C'est ce que l'on peut appeler sans doute la « prérogative socialisée et finalisée du propriétaire »⁵⁵.

9. Il est dit parfois que le commun ne peut se construire que *contre* le droit de propriété, qu'il tient de « l'inappropriable »⁵⁶ ou, au minimum, que le droit de propriété doit laisser la place à la notion d'usage (moins marquée il est vrai par l'exclusivité) et faire advenir plutôt un bouquet d'utilités. Peut-être (et au-delà même que le caractère absolu de cette propriété requiert d'être relativisé⁵⁷). Il n'en reste pas moins que l'expérience fructueuse du CLT, combinant une propriété

« collective » sur le sol et une propriété individuelle (mais doublement limitée) sur les logements, montre que quelque chose comme un bien commun peut s'élaborer à l'intérieur du cadre propriétaire classique, pourvu qu'on en adapte les contours. Ce, en exhumant un dispositif juridique déjà ancien (le droit de superficie ayant été historiquement porté par la loi hollandaise du 10 janvier 1824), sans qu'il fût besoin de concevoir un nouveau droit réel, *ex nihilo*. En cela, on peut dire que le CLT offre une illustration éloquentes au concept ostien de « transpropriation », vu comme une « superposition, à propos d'une même ressource, d'un même bien ou d'une même portion de territoire, de plusieurs régimes juridiques distincts »⁵⁸ ; dans le monde complexe qui est le nôtre, l'enchevêtrement et l'intrication des droits sont la norme.

De toute façon, ce « recyclage juridique » du droit de superficie avait quelque chose d'obligé pour les inventeurs du CLT dans la mesure où, acteurs purement privés, ils n'avaient évidemment pas le pouvoir de changer le cadre législatif ; il fallait composer avec les droits existants. C'est l'occasion de (re)dire que le CLT est né d'une initiative citoyenne et qu'il a été toujours porté par des représentants de la société civile⁵⁹ ; souvent, les changements les plus profonds émanent du terrain.

10. Annihilation du droit de propriété il y a d'autant moins que la (double) limitation du droit de propriété du superficiaire porte simplement sur le *périmètre* de sa prérogative, son champ d'application (dans le temps et dans l'espace), et nullement sur son contenu (*usus, fructus, abusus*). Titulaire d'un authentique droit de propriété sur le bien, le superficiaire est donc libre, à l'intérieur de ces bornes, d'exercer sur celui-ci les mêmes pouvoirs quasiment que celui d'un propriétaire⁶⁰.

Et de collectivisation forcée de la terre il n'est pas davantage question *in casu* puisque ce n'est jamais par la voie de l'expropriation que le sol entre dans le patrimoine du CLT. Ce dernier procède toujours de gré à gré, dans le respect de la volonté du propriétaire précédent (et dans le cadre de l'économie de marché) ; du reste, le CLTB reçoit un subside spécifique de la part de la Région pour acquérir les parcelles. Ce n'est donc pas en versant dans cet autre extrême qu'est l'abolition de toute propriété privée que l'on résoudra les abus des politiques actuelles d'accession à la propriété. L'histoire a montré à l'envi les dangers associés à cette voie ; on ne corrige pas un excès en en créant un autre.

11. Certes, pourra-t-on rétorquer, cette belle propriété accordée aux superficiaires, pierre d'angle du dispositif CLT⁶¹, est limitée dans le temps. Il convient cependant de relativiser les affres de la perspective d'une extinction du droit. D'abord, cette durée limitée est néanmoins (très) longue : 50 ans dans la pratique du CLTB aujourd'hui, 99 ans possiblement demain avec la réforme, soit plusieurs générations⁶². Ensuite, cette inscription dans le temps long à la fois offre au ménage défavorisé une solution de logement durable (surtout par rapport à la location) et, puisque l'occupation devient gratuite sitôt l'emprunt hypothécaire remboursé, lui donne tout le loisir pour constituer une épargne en vue de se trouver un point de chute le moment venu. Par

(46) N^{os} 13 et s.

(47) De type indivision ou copropriété.

(48) A. CHAIGNEAU, « Propriété collective », in M. CORNU e.a. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 956.

(49) P. DARDOT et C. LAVAL, « Propriété, appropriation sociale et institution du commun », in T. BOCCON-GIBOD et P. CRÉTOIS (dir.), *État social, propriété publique et biens communs*, Lormont, Le bord de l'eau, 2015, p. 84.

(50) C'est en ce sens que le CLT peut être vu comme « neither private nor public » (U. MATTEI et A. QUARTA, *The Turning Point in Private Law. Ecology, Technology and the Commons*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2018, p. 48).

(51) Article 3.45, alinéa 1^{er}, du Code civil.

(52) Jugé ainsi que la galerie commerciale située au rez-de-chaussée d'un immeuble appartenant à la Région wallonne ne relevait pas du do-

main public (J.P. Namur, 13 juillet 1999, *Rec., gén. enr. not.*, 2001, p. 217).

(53) P. LECOQCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 24.

(54) Pour faire écho, les agences immobilières sociales sont pareillement des acteurs de droit privé mais animés par une telle mission d'intérêt public (J.P. Ixelles, 15 mai 2012, *Jurimpratique*, 3/2012, p. 234, obs. N. BERNARD).

(55) F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WEINIGER (dir.), *La propriété et ses limites. Das Eigentum und seine Grenzen*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 159.

(56) P. DARDOT et LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 233.

(57) Cfr A. RUELLE et E. FABRI, « Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*,

n^o 81 (« L'actualité des communs »), 2018, pp. 177 et s., ainsi que N. BERNARD, « Les limites de la propriété par les droits de l'homme », in B. WEINIGER e.a. (dir.), *La propriété et ses limites*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 55 et s.

(58) Conçu il y a une quinzaine d'années (F. OST, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003, p. 323), ce concept fait florès aujourd'hui à travers l'avènement des communs (F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WEINIGER [dir.], *La propriété et ses limites. Das Eigentum und seine Grenzen*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 160).

(59) Cfr G. DE PAUW et N. AERNOUTS, « From Pressure Group to Government Partner : The Story of the Brussels community land trust », in J. E. DAVIS e.a. (dir.), *On common ground. International perspectives on the community land trust*, Madison, Terra Nostra Press, 2020, pp. 359 et s.

(60) Ceci étant, de nombreux contrats de superficie contiennent une clause imposant au superficiaire une obligation de bon entretien du bien.

(61) Cfr N. BERNARD, « Le *community land trust* comme nouveau paradigme de l'habitat acquisitif ou, les communs appliqués à la propriété de logement », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n^o 81 (« L'actualité des communs »), 2018, pp. 243 et s.

(62) Il semble cependant que les autorités du CLTB ne comptent pas tirer parti de la réforme pour allonger la durée de leurs conventions de superficie, ne serait-ce que parce que des contraintes contractuelles pèsent sur les superficiaires (comme l'obligation d'habiter effectivement le bien neuf mois par an au moins) et qu'une extension dans le temps de celles-ci risquent de rendre disproportionnée l'atteinte au droit de propriété des intéressés.

ailleurs, le droit de superficie est susceptible, au terme, d'être renouvelé ou prorogé entre les parties⁶³. Au demeurant, la réforme de 2020 institue une hypothèse de superficie *perpétuelle*, à laquelle le CLT pourrait prétendre⁶⁴. Enfin, la loi prévoit une indemnisation du superficiaire à l'extinction du droit pour les améliorations qu'il aurait apportées au bien⁶⁵.

Quid, pour clore le point, si titulaire du droit de superficie désire partir avant ? Par le jeu de la clause novatoire (expérimentée à Louvain-la-Neuve⁶⁶), il est libre de céder son droit avant terme, ce qui fera courir au bénéficiaire de l'acheteur un nouveau délai de cinquante ans, et ainsi de suite. Le compteur repart de zéro à chaque transmission (entre vifs), autrement dit⁶⁷.

3 Prix de revente plafonné (ou la garantie d'une accessibilité financière sur le long terme)

12. Le prix de revente est un autre élément propre au CLT (à côté du démembrement du droit de propriété). Ce prix, en un mot, est plafonné. Plutôt que d'être fixé librement par le superficiaire-cédant (qui empocherait alors seul l'entièreté de la plus-value générée par l'évolution des valeurs de l'immobilier), le prix correspond au montant de départ, majoré des investissements réalisés par le superficiaire ainsi que du *quart seulement* de ladite plus-value⁶⁸. Activant alors la clause de préemption conçue à son avantage, le CLT achète le droit pour le mettre à disposition d'un acquéreur suivant, à un prix qui demeure abordable. De la sorte, on garantit l'accessibilité financière du logement sur le long terme tout en désamorçant les logiques purement spéculatives qui tendent à exclure les plus faibles du marché de la propriété⁶⁹. Et les pouvoirs publics n'ont plus à répéter *ad libitum* l'aide pécuniaire à chaque nouvelle transaction ; au-delà du subside de départ (pour l'achat du terrain notamment), le système est autosuffisant. C'est en offrant un bien à un tarif abordable et régulé que l'on aide le plus efficacement les accédants, pas en dopant artificiellement leur solvabilité par des primes et autres coups de pouce monétaires qui, par la loi de l'offre et de la demande, alimenteront eux-mêmes l'envolée des tarifs de l'immobilier⁷⁰.

4 Gestion collégiale (ou l'assurance d'un développement harmonieux, concerté et collectif du CLT)

13. Dernier élément consubstantiel du *community land trust* : sa gestion collégiale. Elle est tripartite même, mêlant (à parts égales) résidents, riverains et pouvoirs publics⁷¹. Si l'on n'a pas affaire à de l'habitat collectif *sensu stricto*, le développement du CLT se fait bien, lui, de manière participative. Rarement d'ailleurs le principe de la participation a été poussé aussi loin dans le domaine du logement (sinon jamais), pour deux raisons au moins. D'abord, les (futurs) habitants sont

impliqués dans le projet *dès sa conception*, avant même que soit donné le premier coup de pioche. On les consulte sur la configuration même du bâtiment et la construction de celui-ci⁷². Et c'est *ensemble* qu'on y réfléchit, en communauté ; les intéressés doivent d'ailleurs se faire membres de l'association avant de commencer à discuter autour de la planche à dessin. Et, naturellement, cette forte implication ne cesse pas une fois le logement achevé (et le ménage installé) ; elle se porte alors sur la gestion de l'ensemble immobilier ainsi co-créé. Cette manière très concertée de fonctionner fait cependant que les logements prennent un certain temps pour sortir de terre, ce qui, dans un contexte actuel d'hyperinflation des coûts de construction, aboutit fatalement à enchérir les prix (puisque, pendant tout le temps — long — que dure le chantier, ces coûts auront connu plusieurs hausses) et, corrélativement, met sous pression cet idéal participatif⁷³.

Il n'y a pas, ensuite que les résidents à être invités à prendre part à l'administration du CLT ; on va jusqu'à inclure dans ce processus les *riverains*. Même s'ils ne logent pas *in situ*, ils sont directement concernés par l'édification d'un nouvel immeuble à leur porte ; à ce titre, ils ont leur mot à dire eux aussi. Et leur avis est effectivement pris en compte, notamment sur le gabarit de la construction (qu'ils demandent raisonnable) ou son affectation urbanistique (voulue plurielle).

14. L'avantage de l'association des riverains à la prise de décision est évident : plutôt que d'être imposée tout à trac et d'essuyer les refus de principe de la part du voisinage (le trop connu « effet *nimby* »), la construction d'un bâtiment à finalité sociale se fait de manière raisonnée ici, en phase avec les besoins existants et compatible avec l'environnement immédiat... avec au final une meilleure intégration dans le quartier⁷⁴. Finalement, une véritable mixité caractérise les projets du CLTB, à la fois sur le plan des logements⁷⁵ que du point de vue des fonctions⁷⁶ ; en cela, le CLTB honore la promesse faite par le Code bruxellois du logement, pour lequel le CLT doit « créer aussi bien des habitations accessibles pour les ménages à bas revenus que des équipements d'intérêt collectif »⁷⁷.

Au-delà du bâtiment proprement dit, c'est bien un morceau de ville qui se déploie ainsi. Du logement au sens strict, on entre de plain-pied dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire. En somme, « par sa faculté à penser le fonctionnement collectif de la ville [...], par sa capacité à rassembler et faire vivre ensemble les habitants par-delà leurs différences, l'urbanisme doit être revendiqué comme bien commun », ose un auteur⁷⁸. Et force est de constater que les grandes villes sont d'excellents lieux d'émergence de ces « *urban commons* », qui mêlent habitats solidaires, maraichages collectifs, ateliers d'artistes, commerces coopératifs et autres tiers-lieux, etc.⁷⁹

15. Ici aussi, la filiation avec les communs est évidente. Le droit de propriété *in se*, comme prérogative juridique donnée, n'est pas le seul à devoir subir une altération d'exclusivité pour rejoindre la sphère des communs ; le *mode de gouvernance* de l'ensemble doit lui aussi s'adapter pour répondre à cette exigence de collégialité. Il ne servirait pas à grand-chose de fractionner un droit si chacun de ses titulaires pouvait continuer à l'exercer discrétionnairement, dans le déni des besoins des consorts. Le mode de prise de décision se doit, à son tour, d'être collectif. En ce sens, « l'activité d'institution du commun ne peut être que commune », expliquent des auteurs, pour qui « le commun est tout à la fois une qualité de l'agir et ce que ce même agir institue »⁸⁰. Et une autre d'enchérir : « le patrimoine collectif s'ac-

(63) Article 3.180, alinéa 1^{er}, du Code civil.

(64) *Cfr infra* n° 17.

(65) Article 3.188, alinéa 1^{er}, du Code civil.

(66) Ville tout entière bâtie sur un principe similaire de démembrement du droit de propriété (le droit d'emphytéose en l'espèce). Voy. notamment N. BERNARD, « À la base du développement raisonné de Louvain-la-Neuve : le droit d'emphytéose », in J. REMY et P. LACONTE (dir.), *Louvain-la-Neuve à la croisée des chemins*, Louvain-la-Neuve, Académia-L'Harmattan, 2020, pp. 209 et s.

(67) Voy. N. BERNARD (avec la collaboration de V. DEFRAITEUR), *Le droit des biens après la réforme de 2020*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2022,

n°s 1034 et 1085.

(68) Article 26, § 2, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 1^{er} avril 2021.

(69) T. DAWANCE et C. LOUEY, « L'exemple du *Community Land Trust* - Bruxelles. Quand l'Europe s'inspire des États-Unis », *Les échos du logement*, 2015, n° 1, p. 17.

(70) Voy. *supra* n° 1.

(71) Chacun de ces trois groupes dispose d'un tiers des voix au conseil d'administration de l'ASBL CLTB.

(72) L'assistance à certaines réunions est même présentée comme obligatoire.

(73) En schématisant : entre une habitation construite avec son concours mais disponible dans longtemps seu-

lement et un bien certes conçu sans son apport intellectuel mais livré plus rapidement (et moins cher !), le candidat CLT, nécessairement à revenus modestes et qui a souvent dès lors un besoin *urgent* en logement, tend de plus en plus à privilégier le premier.

(74) Pour preuve de cette ouverture sur le quartier, certains projets actuels du CLTB ménagent des espaces communs accessibles aux riverains, comme une buanderie ou une salle de fête.

(75) Le CLTB veille ainsi à mélanger au sein des immeubles les profils sociaux (ou plutôt les catégories de revenus — quatre au total), notamment pour assurer une faisabilité financière du projet.

(76) Plusieurs projets actuels du

CLTB mêlent ainsi logements et commerce de proximité, centre de jour pour seniors, etc.

(77) Article 134/1, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du Code bruxellois du logement, souligné par nous.

(78) R. BAUDOUI, « Urbanisme, propriété publique et commun », in T. BOCCON-GIBOD et P. CRÉTOIS (dir.), *État social, propriété publique et biens communs*, Lormont, Le bord de l'eau, 2015, p. 243.

(79) Voy. sur ce sujet S. GUTWIRTH, « Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 81 (« L'actualité des communs »), 2018, p. 88.

(80) P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au*

qu[iert] par l'adhésion à la communauté », car « la notion de biens communs est intimement liée à celle de communauté »⁸¹.

Au-delà du principe, un souci pragmatique pointe ici : eu égard à la diversité des intérêts à prendre en compte (les habitants actuels, les habitants futurs, le quartier, les pouvoirs subsidiaires), la gestion participative s'impose comme le schéma le plus efficace si l'on veut utiliser au mieux la terre et les logements. « Cette attention nouvelle accordée à la gouvernance s'explique, dès lors qu'il s'agit de maximiser les utilités respectives qui s'attachent à la ressource »⁸².

5 L'impact de la réforme du droit des biens

16. Impossible de clôturer ce texte sans aborder, fût-ce succinctement, les potentialités qu'offre pour les communs (et le CLT en particulier)⁸³ l'entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021 du nouveau livre 3 du Code civil dédié au droit des biens⁸⁴. La première innovation tient dans la consécration même (et explicite) de la notion de choses communes. « Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité », énonce en effet le texte. « Elles n'appartiennent à personne et sont utilisées dans l'intérêt général, y compris celui des générations futures. Leur usage est commun à tous et est réglé par des lois particulières »⁸⁵. La filiation avec l'article 714 de l'ancien Code civil⁸⁶ est patente, notamment la circonstance que ces choses n'appartiennent à personne (l'utilisation « dans l'intérêt général » remplaçant juste « l'usage [...] commun à tous »)⁸⁷.

Deux modifications apparaissent toutefois. La première est d'ordre textuel. C'est uniquement « dans leur globalité » que les choses communes « ne peuvent être appropriées »⁸⁸ ; lue à rebours, cette phrase ouvre la voie à une appropriation *partielle* desdites choses communes (eu égard au caractère potentiellement illimité de celles-ci⁸⁹), ce qui ratifie une position dominante⁹⁰. Cette possibilité, au passage, déses-

sentialise en quelque sorte la frontière entre choses communes et biens, puisque les premières sont susceptibles d'être appropriées si c'est dans une mesure restreinte ; et, naturellement, le passage d'une catégorie à l'autre peut se faire dans l'autre sens (lorsqu'une création de l'esprit tombe dans le domaine public par exemple)⁹¹. Seconde modification (de fond celle-là) : ces choses doivent être « utilisées dans l'intérêt général, y compris celui des générations futures », a-t-on ajouté⁹². Auparavant, déjà, « l'article 714 connaissait depuis quelques années un certain succès en raison des préoccupations écologiques et environnementales croissantes de la société actuelle », explique Pascale Lecocq. « Il est en effet régulièrement invoqué par des plaideurs en quête de respect de leur milieu de vie »⁹³. Mais cette prise en considération d'individus non encore nés, qui hériteront de la terre à eux laissée par nous, constitue un fait marquant incontestable. Il y a plus : « là où le texte de l'article 714 du Code civil pouvait sembler descriptif, portant le simple constat de l'impossibilité matérielle ou de l'inutilité de s'approprier les choses communes dans leur globalité, le prescrit de l'article 3.43 est indubitablement normatif et s'oppose à une telle appropriation », appuie Candice Roussieu⁹⁴.

L'un ou l'autre regret, toutefois, entache ce bilan. *Primo*, le Code reste muet sur la définition même à donner aux biens communs, s'abstenant dès lors de trancher l'antique débat sur le critère ultime de la communalité (la nature intrinsèque du bien ou son importance stratégique pour la population ?)⁹⁵. *Secundo*, rien n'est dit non plus des conditions de gouvernance encadrant le bien commun, comme si un bien pouvait être commun sans être administré en commun. *Tertio*, il est permis de regretter la disparition⁹⁶ (sans remplacement *in se*) de l'article 542 de l'ancien Code civil qui consacrait les « biens communaux »⁹⁷ ; certes (largement) tombés en désuétude, ceux-ci constituaient les ancêtres médiévaux en quelque sorte de la figure actuelle des biens communs⁹⁸ et, accessoirement, conservaient quelque réalité juridique⁹⁹.

17. Pour ce qui est maintenant du droit de superficie en soi, deux adaptations notamment sont à épingler¹⁰⁰. D'abord, la durée maximale a connu un quasi-doublement (passant de 50 à 99 ans¹⁰¹), ce qui

XXI^e siècle, Paris, La Découverte, 2014, p. 282.

(81) M. CLÉMENT-FONTAINE, « Un nouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *Les modèles propriétaires au XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 52-53.

(82) F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WEINIGER (dir.), *La propriété et ses limites. Das Eigentum und seine Grenzen*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 159.

(83) On peut répéter l'exercice pour le CLT à Louvain-la-Neuve par exemple, ville construite comme on le sait sur le mode du droit d'emphytéose (voisin de la superficie) ; voy. à cet effet N. BERNARD, « Les potentialités qu'offrent la réforme du droit d'emphytéose et la diffusion du modèle du community land trust pour le développement immobilier de Louvain-la-Neuve », in J. SAMBON (dir.), *L'environnement, le droit et le magistrat. Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 781 et s.

(84) Article 39 de la loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

(85) Article 3.43, alinéa 1^{er}, du Code civil.

(86) « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

(87) Sur cette disposition, voy. entre autres M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 81 (« L'actualité des communs »), 2018, pp. 297 et s.

(88) Article 3.43, alinéa 1^{er}, première phrase, du Code civil.

(89) Exemple : l'eau de source mise en bouteilles ou l'air comprimé/conditionné/liquide.

(90) Voy. notamment N. BERNARD (avec la collaboration de V. DEFRAITEUR), *Le droit des biens après la réforme de 2020*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2022, n° 418.

(91) C. ROUSSIEAU, « Titre 2. Classification des biens », in P. LECOCCQ e.a. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 75.

(92) Article 3.43, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code civil, souligné par nous.

(93) P. LECOCCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 12.

(94) C. ROUSSIEAU, « Titre 2. Classification des biens », in P. LECOCCQ e.a. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 74-75.

(95) Voy. M.-S. DE CLIPPELE, « La réception juridique diffuse des communs, au-delà du public et du privé », J. VAN MEERBEECK e.a. (dir.), *Distinction (droit) droit public/ (droit) privé : brouillages, innovations et influences croisées*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2022, p. 204.

(96) Des œuvres de l'article 29, 1^o, de la loi du 4 février 2020.

(97) « Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ».

(98) À l'époque, les membres d'une communauté (qui pouvait comprendre plusieurs villages ou hameaux) étaient autorisés en effet à exploiter différentes pâtures, surfaces boisées et terres en friche (droits d'aisance, de parcours, de glanage, de

glandée, etc.). Ainsi, le droit de « vaine pâture » par exemple permettait au bétail de librement déambuler dans les champs du seigneur après récolte afin d'y trouver sa nourriture ; la terre, à ce moment-là, est improductive de toute façon (mais, par contre, regorge d'aliments pour animaux). L'avantage est mutuel : le paysan parvient de la sorte à entretenir son bétail sans avoir de terre à lui et, de son côté, la parcelle du seigneur profite du lisier laissé par les bêtes (lesquelles par ailleurs mangent les mauvaises herbes). Quant au droit d'« affouage », relatif à certaines forêts du domaine, il fournissait aux villageois le bois de construction et de chauffage nécessaire. Par ailleurs, les biens communaux constituaient une appréciable réserve de terre, susceptible d'affermage en cas de besoin. Exploités à volonté et en toute liberté, les biens communaux engendraient parfois certains conflits, qui se réglaient vite cependant par accommodements entre voisins. Toutefois, les biens communaux sont à ne pas confondre avec les « sarts », qui peuvent faire l'objet, eux, d'une jouissance à titre individuel. Il s'agit de terres tirées au sort (ou adjugées aux enchères), mais généralement gagnées sur des emplacements quelque peu hostiles (comme des forêts). Le nombre d'opérations de ce type a décliné avec le temps, à proportion en fait que les réserves foncières des communes s'amenuisaient. Le prix à acquitter était peu élevé mais, en retour, la qualité des parcelles médiocre. Et des limites quantitatives étaient fixées, aux fins d'empêcher l'accaparement. Sur ces sujets, voy. M. LEONHARD, « Les biens communaux. Genèse, rôle et évolution au Moyen Âge », in M. JORIO

(dir.), *Dictionnaire historique de la Suisse*, Hauterive, Éditions Gilles Attinger, 2002 et É. BEGUIN, « La répartition des sarts communaux », février 2002, Union des villes et communes de Wallonie (<http://www.uvcw.be/articles/3,8,2,0,170.htm>).

(99) Notamment C.A., 20 avril 1999, n° 44/99.

(100) Sur le droit de superficie dans le livre 3 de façon générale, voy. P.-Y. ERNEUX et E. FRANSENS, « Le droit de superficie réformé - Commentaire des aspects importants pour la pratique notariale », in N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 383 et s., A. VANDENDRIE, « De la superficie à la volumétrie : enjeux civils et fiscaux », in N. BERNARD et B. HAVET (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 255 et s., P.-Y. ERNEUX et E. FRANSENS, « Droit de superficie », *La réforme du droit des biens à l'attention du notariat*, sous la direction de P.-Y. ERNEUX et I. Gerlo, Limal, Anthemis, 2021, p. 239 et s., A. BROHEZ et L. BELLINCK, *Usufruit, emphytéose et superficie dans le nouveau droit des biens. Analyse du nouveau régime, implications pratiques et utilisation dans le cadre d'opérations immobilières commerciales*, Liège, Kluwer, 2021, N. BERNARD, « Droits d'emphytéose et de superficie », *Impact de la réforme du droit des biens sur la pratique notariale*, sous la direction de L. Barnich, Limal, Anthemis, 2021, pp. 17 et s., ainsi que J.-F. ROMAIN, « La nouvelle dimension du droit de superficie », P. LECOCCQ e.a. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 424 et s.

(101) Article 3.180, alinéa 1^{er}, du

est susceptible d'ancrer encore plus les habitants dans le temps long et lève d'autant les appréhensions quant à la prétendue imminence de la fin du droit (et le retour de la propriété du bâti dans le giron du constituant). Ensuite, et à propos de durée toujours, le droit de superficie peut être perpétuel s'il est constitué par le propriétaire du fonds « à des fins de domanialité publique »¹⁰² ; dans la double mesure où le propriétaire n'a pas à être public pour que s'opère l'affectation à la domanialité publique désormais¹⁰³ et où la politique du logement social est traditionnellement regardée comme relevant de la domanialité publique¹⁰⁴, la logique voudrait que l'activité qui est celle du CLT (et qui consiste, pour rappel, à donner un toit pérenne et abordable financièrement aux ménages à bas revenus) réponde à ce critère¹⁰⁵.

18. *Last but not least*, il nous faut déplorer le retrait *in extremis* (du projet de livre 3) de la fiducie. Promue par le Code civil français par exemple¹⁰⁶, la fiducie autorise classiquement le transfert de biens à des individus (dits fiduciaires) chargés de les gérer dans une finalité déterminée et au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires, sans qu'il y ait confusion des patrimoines¹⁰⁷ ; le tout, dans une parfaite transparence vis-à-vis des tiers. Présente dès l'abord¹⁰⁸, mais escamotée juste avant le vote¹⁰⁹ (par des parlementaires « préoccupés » par cette figure juridique nouvelle¹¹⁰ tout autant que dubitatifs sur sa « réelle nécessité »¹¹¹), la fiducie aurait pu fournir pourtant une base juridique alternative au *community land trust* et ouvrir une comparaison avec le droit de superficie¹¹². Il est vrai qu'elle est l'équivalent le mieux dé-

grossi du *trust* anglo-saxon (inconnu en droit belge), sans en être le pur décalque pour autant¹¹³. Les instigateurs de la réforme avaient pris soin en tout cas de concevoir un régime des plus fouillés pour la fiducie, lui consacrant pas moins de quinze articles¹¹⁴. Gageons, en tout cas, que cet intense travail resserra plus tard, le jour où les esprits seront mûrs. Affaire à suivre !

19. En 2022, l'outil CLT a définitivement quitté la sphère de l'expérimentation pour s'ériger en véhicule innovant et pérenne de la politique du logement. Perçu il y a quelques années encore comme un dispositif embryonnaire et suscitant nombre d'appréhensions, le CLT a vu son idée croître et se répandre de manière extrêmement rapide¹¹⁵, devenant progressivement une référence incontournable dans la thématique de l'accès à la propriété¹¹⁶. De sorte que, au final, il n'est peut-être pas exagéré de parler d'un changement de paradigme qui se déploie sous nos yeux dans la matière de l'habitat, basé sur cette idée toute simple : le sol ne saurait faire l'objet intégralement d'une appropriation individuelle et marchande, car il doit servir à tous, pour le bien de tous. Sans doute la diffusion parallèle de la philosophie des biens communs n'y est-elle pas étrangère.

Nicolas BERNARD

Professeur à l'Université Saint-Louis — Bruxelles
Professeur invité à l'UCLouvain

Code civil.

(102) Article 3.180, alinéa 2, 1^o, du Code civil.

(103) Article 3.45 du Code civil.

(104) Lire en creux Civ. Mons, 28 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1710.

(105) Signalons par contraste que la durée d'un bail de logement social n'est « que » de neuf ans (même s'il existe des possibilités de prolongation) ; voy. l'article 142, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(106) Article 2011.

(107) « La fiducie était ainsi définie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens ou un ensemble de biens à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but détermi-

né au profit d'un ou plusieurs

bénéficiaires » (article 3.38, alinéa 1^{er}, ancien, du Code civil).

(108) Voy. les articles 3.38 et s. originaux.

(109) Amendement n^o 10 ayant conduit à abroger l'intégralité du chapitre 3 du sous-titre 6 du titre 1^{er} du livre 3 du Code civil (proposition de loi portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n^o 55-0173/002, p. 15).

(110) Proposition de loi portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n^o 55-0173/004, p. 15.

(111) *Cfr* la justification de l'amendement n^o 10 précité : « Lors des auditions, des interrogations ont été exprimées quant à la réelle nécessité

d'introduire dans notre droit le mécanisme de la fiducie et quant aux possibles conséquences de celle-ci en matière fiscale » (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n^o 55-0173/002, p. 15).

(112) Sur le plan fiscal notamment. Sur les aspects fiscaux du CLT, voy. A. S. MARCOLINI et V. MEUNIER, « La liberté de revente et ses limites », *JurimPratique*, 2016/1 (« La revente immobilière »), pp. 184 et s.

(113) Le fiduciaire, par exemple, n'est pas élevé au rang de propriétaire *sensu stricto*.

(114) Articles 3.38 à 3.52

(115) On compte aujourd'hui 101 logements produits par le CLTB, déjà opérationnels ; et un nombre au moins équivalent de biens est en chantier. Le tout, sur 11 terrains diffé-

(116) À preuve ou à témoin, le gouvernement bruxellois a fait du CLTB en 2014 un acteur officiel de sa stratégie d'extension de l'offre de logements accessibles financièrement ; ainsi, dans le cadre de « l'Alliance Habitat », une enveloppe de deux millions d'euros est accordée au CLTB chaque année (sur la période 2014-2017), avec pour mission d'ériquer trente logements par an. Pareillement, un acteur comme *citydev.brussels* a décidé d'impliquer étroitement le CLTB, l'associant au développement du grand projet immobilier Tivoli par exemple, jusqu'à envisager lui confier (par emphytéose exceptionnellement) la gestion de plusieurs dizaines de logements.

Les communs numériques modelés par les outils du droit privé

Interroger le modèle capitaliste à travers sa transcription en droit est décidément dans l'air du temps — alors que l'urgence climatique provoquée par les excès des entreprises et activités humaines se fait concrètement sentir. En témoigne la parution du numéro de l'été 2022 de la *Revue européenne de droit*, intitulé « Repenser le capitalisme »¹. Pas d'article sur les communs dans ce numéro, mais on y interroge néanmoins les limites de la propriété². Cette critique du modèle propriétaire est indissociable de la réflexion sur les communs. Elle débouche habituellement sur un appel à un autre modèle d'organisation des échanges, parfois qualifié de « post-capitaliste » ou « post-croissanciel »³.

Depuis plusieurs années, la réflexion sur les communs n'est plus l'apanage d'universitaires, notamment d'économistes, dont le prix Nobel Elinor Ostrom ou, en France, Benjamin Coriat, de sociologues-philosophes, comme Pierre Dardot et Christian Laval, ou de juristes par exemple Stefano Rodotà en Italie⁴. De nombreux acteurs sociaux et des mouvements alternatifs⁵ se sont emparés de la question des communs qui s'articule davantage autour d'un programme politique⁶ qui entend dépasser le modèle du marché et le paradigme de la propriété privée. En France, la notion a connu « une popularité croissante »⁷, qui s'est par exemple traduite dans les programmes des candidats de gauche à l'élection présidentielle de 2017. Aujourd'hui, c'est sous la bannière des communs que se rassemblent penseurs de l'après-capitalisme et défenseurs de politiques alternatives. Certains des partisans des communs sont clairement attirés par une conception « communiste », sans doute à l'origine de l'expression *Omnia sunt communia*⁸. Cette formule latine est, on le notera au passage, également utilisée par des groupements alternatifs qui défendent l'approche dite du *copyleft* en matière de logiciels libres⁹ (voy. *infra*).

Les communs numériques, lesquels incluent les communs de logiciels, « constituent certainement une des formes majeures des nouveaux communs »¹⁰. C'est cette forme de communs qui est examinée ici.

La première partie offre un aperçu de ce que l'on a coutume de ranger parmi les communs numériques. À l'entame de cette première partie, on reviendra sur la définition d'un commun et on se posera la question de savoir si des distinctions sont à faire entre les communs désignés par les auteurs comme les « communs numériques », les « communs informationnels » ou encore les « communs de la connaissance ». On se demandera ensuite si l'Internet peut être considéré comme un commun, ce qui obligera notamment à contester l'idée que certaines ressources soient *par nature* communes. Dans la foulée, on s'interrogera sur la nature des plateformes numériques, dont le rôle ne cesse d'aug-

menter dans la nouvelle économie marquée par la digitalisation. Les plateformes de l'économie collaborative constituent-elles des communs ? Ladite « sharing economy » ne vise-t-elle pas le partage et la mise en commun de ressources ? Puis on passera en revue les communs de logiciels, c'est-à-dire les logiciels dits libres, ainsi que le modèle des « creative commons » et Wikipédia pour le partage de contenus.

Ce périple à travers les communs numériques permet d'enrichir la définition de commun utilisée à l'entame de l'article. Il permet surtout de mieux saisir les mécanismes juridiques de droit privé sur lesquels repose la dépropriation liée aux communs. La présentation et l'analyse de ces mécanismes sont l'objet de la partie II de la contribution. Sans rentrer dans le détail à ce stade, considérons que la dépropriation est le processus, reposant notamment sur l'usage d'instruments juridiques, par lequel l'accès à une ressource est organisé et facilité au profit des membres d'une communauté. Ce processus fonctionne en sens inverse du processus d'appropriation, lequel renforce le contrôle d'une personne (éventuellement morale) sur une ressource. Ces deux processus passent par des usages combinés de trois outils : les droits de propriété, les contrats et les dispositifs technico-pratiques.

Tout ceci permet de démontrer l'ambiguïté tant des communs que du modèle propriétaire. Ce dernier est habituellement opposé au mode de production et de consommation fondé sur les communs. En réalité, les communs, et notamment les communs logiciels ou créatifs, intègrent les outils de la maîtrise et du contrôle d'accès qu'ils utilisent à rebours pour libérer l'usage. La possibilité d'exploiter à des fins d'ouverture des institutions juridiques comme les droits de propriété et les contrats est inscrite dans ces outils juridiques — mais ces institutions n'ont que rarement été utilisées à cette fin. Pour arriver à des communs, on peut s'appuyer sur des outils de contrôle privé, en les détournant au profit du partage étendu. On ne peut donc penser les communs contre la propriété. Sinon on risque d'oblitérer le rôle instituant de cet instrument juridique. Et il ne faut pas oublier que la propriété (de la même manière que les contrats) fonde un droit d'autonomie inséparable d'un régime libéral.

Mais, de la même manière, on ne peut ignorer le rôle déterminant des instruments de droit public pour les communs : les outils de droit privé ne suffisent pas. Les processus d'appropriation, ou à l'inverse de dépropriation sont aussi tributaires de la législation ou de la jurisprudence dont le rôle est de constamment redimensionner les droits de propriété et l'emprise des contrats. On ne peut laisser le champ tout à fait libre à l'autonomie individuelle (notamment face aux défis envi-

(1) Ce numéro de revue (été 2022, n° 4) n'émane pas d'utopistes en mal de « Grand Soir », il a été coordonné par Katharina Pistor (Columbia Law School) et Guy Canivet (Cour de cassation française).

(2) Voy. notamment J.-Ph. ROBE, « Dompter la Propriété », *Revue européenne de droit*, été 2022, n° 4, pp. 189-197.

(3) Voy. A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Presse de l'USL-B, 2020 (et notamment les pp. 9 et s.). Pour une belle démonstration de l'impact du marché (capitaliste) sur les structures juridiques organisant les échanges (et diverses branches du droit économique en particulier), voy. K. PISTOR, *The Code of Capital, How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton UP, 2019.

(4) Citons quelques jalons dans la littérature (francophone ou traduite en

français) : E. OSTROM, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010 ; B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui libèrent, 2015 ; N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs ?*, Les Liens qui libèrent, 2018 ; P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte/Poche, 2015 ; F. OST, *La Nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2003.

(5) Le mouvement Utopia qui se définit comme une coopérative politique d'éducation populaire visant à élaborer un projet de société solidaire et convivial dans une perspective de dépassement du capitalisme a par exemple publié un petit fascicule : *Propriété et communs, idées reçues et propositions*, les éditions Utopia,

2017.

(6) La dimension politique du/des commun(s) est déjà manifeste dans l'ouvrage de référence de P. DARDOT et C. LAVAL (*op. cit.*, pp. 11 et s. l'introduction intitulée : « Le commun, un principe politique », les auteurs faisant le lien à la « Commune », comme forme politique de l'autogouvernement local (p. 19)).

(7) Comme le rappelle un article du journal *Le Monde* (C. LEGROS, « L'avenir en communs », *Cahier Idées*, 22 avril 2017), le candidat Benoît Hamon a préconisé de constitutionaliser les « biens communs » (comme l'eau, l'air, la biodiversité) tandis que Jean-Luc Mélenchon évoquait des « communs universels » (tels la monnaie et la santé).

(8) Elle aurait été utilisée par Thomas Müntzer, ce pasteur radical qui menait la révolte des paysans dans l'Allemagne du début du XVI^e siècle et en qui Engels et Marx verront un des

premiers communistes. C'est dans sa dernière confession (obtenue sous la torture en 1525) que Thomas Müntzer aurait affirmé que l'objectif de son mouvement est de professer que « toutes choses sont destinées à être détenues en commun ». Voy. l'article français consacré à Thomas Müntzer sur Wikipédia (consulté le 30 août 2022). Il est aussi probable que ce sont ses géoliers qui lui aient attribué cette affirmation, justifiant par là son châtement.

(9) Voy. https://procomun.wordpress.com/2012/02/18/maps_with_r_1/ (consulté le 30 août 2022).

(10) O. WEINSTEIN, *La place du travail dans les communs : quelques questions*, in N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs ?*, Les Liens qui libèrent, 2018, p. 27.

ronnementaux). Le rôle des autorités publiques dans la constitution et la préservation des communs n'est envisagé que très marginalement dans la présente contribution (voy. la partie 2, B). Non pas que ces outils du droit public soient inaptes à initier ou renforcer les communs, mais parce que, s'agissant des communs numériques, l'ouverture des ressources repose davantage sur les mécanismes du droit privé et les interactions entre acteurs que pour les communs naturels, fonciers et environnementaux (pour ces derniers, de nombreux outils du droit public sont utilisés pour créer ou maintenir des communs).

1 Les communs numériques

Un foisonnement d'illustrations. La littérature sur les communs distingue habituellement les communs naturels (fonciers ou environnementaux) des communs informationnels ou de la connaissance¹¹. On parle aussi des « communs numériques » pour désigner ces derniers, mais personne ne s'aventure dans une typologie ou une définition. À titre d'illustration, on cite habituellement l'encyclopédie Wikipédia ou les communautés de logiciels libres. Certains proposent d'autres exemples de biens informationnels susceptibles de générer des communs : les résultats de la recherche scientifique (l'*Open Access*), les plateformes d'échanges *peer-to-peer*, l'authentique *sharing economy* (ou économie collaborative)¹², la cybersécurité sur les réseaux, les savoirs traditionnels, la base de données cartographique *OpenStreetMap*, les *hackerspaces*, l'Internet lui-même, etc.¹³ Difficile de trouver l'appellation juste pour qualifier ces intangibles variés mais qui, par nature, semblent tous destinés au partage (ce qui n'empêche pas qu'ils puissent aussi faire l'objet de stratégies d'appropriation, comme on le verra). La place de ces communs, et le rôle de la propriété intellectuelle pour ces communs, peut aussi se déduire du nombre et de la diversité des « entrées » (ou *verbos*) dans le *Dictionnaire des biens communs* (2017)¹⁴. Citons comme entrées : accès ouvert, appellation d'origine contrôlée, archives ouvertes, base de données, biens communs informationnels, brevet (ouvert), certificat d'obtention végétale, code source ouvert, communs de la connaissance/informationnels/scientifiques, *copyleft*, copyright, *creative commons*, design ouvert (*open design*), domaine public immatériel, données ouvertes, enclosure de la connaissance, exception et limitations en propriété intellectuelle, gestion collective de la propriété intellectuelle, indication géographique, innovation ouverte, Internet, invention, licence, Linux, logiciels libres, mesures techniques de protection, musique libre, œuvre (indispensable, libre), partage à l'identique des connaissances, *patent thicket*, patrimoine culturel immatériel, science ouverte, wiki, Wikipédia, etc.

On reviendra ci-dessous sur quelques-unes de ces notions associées aux communs numériques, après avoir passé en revue la terminologie utilisée.

Définir un commun. Revenons un instant sur le travail de définition de ce qu'est un commun, une tâche complexe comme l'illustre encore le débat qui a eu lieu fin 2018 en France autour de la question de savoir si le mouvement des gilets jaunes, avec occupation des ronds-points et manifestations communes, pouvait être tenu pour un commun. Cette question a notamment animé la liste de distribution @bienscommuns.org. Certains participants à la discussion, dont Pierre Dardot et

Christian Laval (déjà cités), étaient enclins à répondre positivement, même s'ils reconnaissaient fin 2018 que rien n'était joué¹⁵. D'autres, parmi lesquels Lionel Maurel et Sébastien Broca, étaient plus réservés et soulignaient que « les communs ont besoin à la fois d'une action collective démocratique et d'arrangements institutionnels à même de les pérenniser ». Le faire en commun (ou *commoning*) est une composante essentielle, liée à une sociabilité particulière (démocratique, égalitaire, etc.), mais la notion de communs renvoie aussi à celle de biens ou de ressources communes. C'est sous ce second aspect que la présente contribution envisage les communs.

L'économiste Benjamin Coriat, suivant l'approche d'Elinor Ostrom, a défini les communs comme « des ensembles de ressources collectivement gouvernées, au moyen d'une structure de gouvernance assurant une distribution des droits entre les partenaires participant au commun (*commoners*) et visant à l'exploitation ordonnée de la ressource (permettant sa reproduction à long terme) »¹⁶. Ce qui revient à mettre en avant le mode de gouvernance ou l'arrangement institutionnel autour des communs. Comme le notait Sébastien Broca¹⁷, « déterminer à quoi peuvent, ou pourraient, ressembler ces arrangements institutionnels ouvre (...) sur des discussions plus compliquées et sans doute plus sujettes à controverses. Quels outils juridiques (licences copyleft, licences à réciprocité, etc.) voulons-nous privilégier pour défendre l'ouverture et l'accessibilité des communs en tant que ressources ? Quelles structures socio-économiques (coopératives, communautés appuyées sur des fondations, etc.) sont à créer pour développer une économie des communs permettant à leurs contributeurs d'en vivre ? Quel est l'échelon politique (local, national, européen...) pertinent pour agir en faveur des communs ? Quel est le rapport entre les communs et l'État social, et notamment avec les formes existantes (bien que mises à mal) de protection historiquement associées au salariat ? ». Dans la présente contribution consacrée aux ressources numériques, pour lesquelles l'accès dépend moins de l'État que des dispositifs mis en place par les acteurs privés, les droits de propriété et les contrats sont au cœur de l'arrangement institutionnel.

A. Communs numériques, informationnels, de la connaissance : des distinctions à faire ?

Tout commun est de connaissance. Si l'on suit certains auteurs, par exemple Charlotte Hess, « en un sens, tous les communs sont des communs de connaissance »¹⁸, même les communs naturels. S'appuyant sur les travaux d'E. Ostrom (avec qui elle a collaboré), C. Hess met en lumière que « le partage de la connaissance et de l'information est essentiel à la réussite et à la pérennité de tous les types de communs »¹⁹. En effet, pas de communs sans gouvernance, et la gouvernance par une communauté suppose d'échanger des informations afin de prendre de bonnes décisions quant à l'usage des ressources. Un commun est donc avant tout un partage de connaissances en vue d'assurer une bonne gouvernance — mais ce partage intellectuel peut affecter l'accès à des biens variés.

Cette vision qui place la connaissance ou l'information au cœur de tout commun fait apparaître une importante analogie entre communs et propriété. Si l'on se départit de la conception erronée consistant à associer la propriété avec le bien physique, on peut considérer la propriété comme « un morceau d'information expliquant à qui le bien appartient »²⁰. En réalité, tout système de propriété n'est rien d'autre que de l'information : à propos de *qui peut faire quoi avec quelle ressource pendant quelle durée*. Les règles sur la propriété sont des règles

(11) Voy. par exemple, B. CORIAT, « Introduction. Propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements », in B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs*, op. cit., pp. 13 et s. (qui assimile les « communs informationnels » aux « *knowledge commons* » selon la terminologie de C. Hess et E. Ostrom), ainsi que le chapitre de C. HESS, « Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des communs », aux pp. 259 et s. de cet ouvrage dirigé par B. CORIAT.

(12) À ce propos, voy. M. BAUWENS, *Sauver le monde, Vers une économie post-capitaliste avec le peer-to-peer*, Les liens qui libèrent, 2015.

(13) Cette liste de communs informationnels reprend largement celle proposée par C. HESS, op. cit., pp. 260-261.

(14) M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

(15) Dans une carte blanche publiée sur Médiapart (sous le titre : « Avec les gilets jaunes : contre la représentation, pour la démocratie », P. Dardot et C. Laval (co-auteurs du « livre classique » précité *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*) voyaient dans ce mouvement l'amorce d'une possible « voie démocratique, écologique et égalitaire, qui s'est affirmée depuis plusieurs dé-

cennies dans toutes les luttes sociales et les résistances au néolibéralisme, dans l'altermondialisme, dans le mouvement des places, dans les multiples laboratoires des communs » (voy. <https://blogs.mediapart.fr/les-ivites-de-mediapart/blog/121218/avec-les-gilets-jaunes-contre-la-representation-pour-la-democratie> consulté le 30 août 2022). L'évolution du mouvement ne semble pas leur avoir donné raison.

(16) B. CORIAT, « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », in B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs*, op. cit., pp. 38-39.

(17) Dans un échange fin décembre

2018 sur la liste @bienscommuns.org.

(18) J. A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge, UP, 2017, p. 23 (la propriété est « a piece of information saying who owns the good ») et le chapitre 6 intitulé « Property as Information ».

(19) *Ibidem*, p. 262.

(20) J. A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge, UP, 2017, p. 23 (la propriété est « a piece of information saying who owns the good ») et le chapitre 6 intitulé « Property as Information ».

condensant l'information de façon à ce que la propriété puisse circuler aisément entre les parties intéressées²¹. Des économistes comme A. Alchian et H. Demsetz remarquent : « It is not the resource itself which is owned » ; « in its original meaning, property referred solely to a right, title, or interest »²². Cette vision des systèmes de propriété comme des bases de données ou des registres de « titres de propriété » est utile à la compréhension des rapports complexes entre communs et propriété.

Communs naturels et communs numériques : des finalités différentes.

Si tout commun repose sur des échanges de connaissances, il faut toutefois introduire des distinctions selon les ressources sur lesquelles porte le commun. Ainsi convient-il de distinguer les communs naturels (ou environnementaux) dont l'objectif en termes de gouvernance est la préservation (à travers des pratiques et savoirs assurant la durabilité) et les communs informationnels ou de la connaissance dont l'objectif est non pas la préservation, mais la croissance (à travers des pratiques favorisant la création et la diffusion partagée). Reste que la littérature est très vague quant à la définition et la délimitation de ces communs informationnels ou de la connaissance.

Objets des communs numériques : des données aux informations et aux connaissances. Peut-on utilement introduire des distinctions parmi les communs numériques (ou intellectuels) selon la « matière intellectuelle »²³ en cause ? Les ressources intellectuelles connaissent un niveau d'organisation et d'intelligibilité qui varie : en bas de la pyramide, on trouve les données résultant de l'occurrence de faits ; de ces données, on peut extraire des informations ; enfin un travail plus conséquent encore sur le plan intellectuel permet de distiller des connaissances à partir des informations.

Étymologiquement, les « data » dérivent du latin « dare ». Selon cette étymologie, les *data* seraient des éléments bruts qui pourraient être abstraits des phénomènes, comme s'ils étaient « donnés » par ces derniers²⁴. En réalité, les données sont « prises » (du latin « capere ») ou extraites des phénomènes grâce à des instruments de mesure et d'observation. Par exemple, le météorologue utilise divers outils, thermomètre, pluviomètre, images satellites, etc. pour extraire certains faits du phénomène météorologique. Les « data » seraient toujours des « capta » — les technologies permettant leur capture sont donc décisives pour les faire exister. Dans cette représentation, les données précèdent l'information et la connaissance.

Définir ce qu'est une information est plus délicat encore. L'information résulte d'un processus de distillation nécessitant de réduire, traiter, analyser, organiser, interpréter, etc. des données. Quand on passe des données à l'information, on ajoute de l'organisation, mais aussi de la valeur et du sens aux données collectées. Par exemple, le journal météo va distiller des informations sur la météo en classant les types de temps et de risque à partir des données récoltées, etc. Ce faisant, il y a une valeur ajoutée en termes d'intelligibilité et la valeur d'usage augmente²⁵.

Ces informations peuvent elles-mêmes nourrir des connaissances, qui peuvent déboucher sur des opérations ou instructions utiles. Par exemple l'information météorologique sera utile pour la prise de décision par des agriculteurs ou des pêcheurs en mer. La connaissance, en tout cas des réalités physiques, est de l'information opératoire qui peut se traduire dans des processus. Pour emprunter une image²⁶, la connaissance est comme la recette qui transforme des informations sur des ingrédients en pain, alors que les données seraient comme les atomes qui constituent la farine et la levure.

Sur fond de cette typologie données-informations-connaissances, on comprend qu'il soit difficile de distinguer les communs informationnels des communs de la connaissance, tant la frontière est fine. De son côté, le troisième terme utilisé dans la littérature²⁷, celui de communs numériques, est très large : aujourd'hui l'information et la connaissance mais aussi les données sont numérisées, et tous les régimes de partage d'informations et de connaissances rentrent donc *a priori* dans les communs numériques, lesquels incluent aussi les « communs créatifs » et les communs logiciels.

On est en droit de se demander si la dénomination de communs numériques n'est pas trop vaste pour être opérationnelle, mais à défaut d'autres notions disponibles, il faut sans doute s'en contenter. Plus important est d'examiner de manière critique ce que l'on range habituellement sous ces communs numériques, et ce qui assure leur partage par une communauté.

B. Examen de quelques communs numériques

1. L'Internet : un commun ?

Pas de commun par essence : l'Internet n'est plus le commun rêvé par certains. Dans un entretien intitulé *Le communisme de la connaissance*, André Gorz, un autre penseur de l'après-capitalisme (ou de l'écologie politique), remarquait que « la connaissance, l'information sont par essence des biens communs, qui donc ne peuvent devenir propriété privée et marchandise, sans être mutilés dans leur utilité »²⁸. Y a-t-il des biens communs *par essence* ? On peut en douter. C'est vrai que les connaissances et informations sont sans doute faites pour être partagées (c'est leur utilité principale), mais elles peuvent aussi remplir une autre utilité si elles sont subordonnées à des visées de contrôle et d'appropriation. Ceux qui s'imaginent que la connaissance et l'information sont pures et éthérées, comme les idées de Platon, peuvent défendre le point de vue d'une « communalité » par essence. En réalité, la connaissance et l'information nécessitent, pour être accessibles, des médiations, par exemple des livres, journaux, liseuses électroniques ou des serveurs, et ces objets dans lesquels s'inscrivent de manière structurée des connaissances et informations sont le lieu de multiples formes d'appropriation (y compris par les droits intellectuels). Même s'il n'y a pas de droit intellectuel sur la connaissance (non technique), sur les informations ou sur les données elles-mêmes, il y a des possibilités de contrôler l'accès à celles-ci dès lors qu'il passe nécessairement par des portes d'accès et des supports matériels sur lesquels des contrôles peuvent être exercés.

Vers une appropriation de l'Internet ? L'Internet était censé nous délivrer des contraintes et contrôles liés aux supports matériels. Considérons l'Internet comme le réseau mondial de communication basé sur l'interconnexion de différents réseaux autonomes par le biais de protocoles ouverts²⁹. En dépit de ce que la couche infrastructure de l'Internet (réseaux de fibre optique, câbles, serveurs, routeurs, etc.) appartient la plupart du temps à des opérateurs privés (entreprises de télécommunication), « Internet est souvent considéré comme un (bien) commun, voire comme un (bien) commun global »³⁰. Il est vrai que l'architecture de base est ouverte, en ce qu'elle repose sur des standards ouverts (non propriétaires), notamment les protocoles techniques du TCP/IP³¹ ayant permis l'agrégation de nombreux réseaux et le développement d'applications et de contenus variés aux extrémités du réseau mondial.

Même si de nombreuses ressources intellectuelles sont désormais accessibles sur l'Internet qui démultiplie les possibilités d'échanges, ce

(21) *Idem*, p. 135 (voy. aussi la définition d'un « droit de propriété » par F. COHEN (*Dialogue on Private Property*, 9 Rutgers L. Rev. 357, 361 (1954)) comme « a sector of space in time and no more tangible than a song »).

(22) A. ALCHIAN et H. DEMSETZ, « The Property Rights Paradigm », 33 *J. of Economic History* 16, 17 (1973).

(23) L'expression est paradoxale, il est en effet difficile de parler d'un objet sans se référer à quelque chose de tangible, de matériel.

(24) Nous suivons ici les réflexions de R. KITCHIN, *The Data Revolution*,

Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences, SAGE, 2014, p. 2.

(25) Ainsi peut-on considérer que les informations retravaillées par la presse ont plus de valeur que les données de base éventuellement saisies par des témoins ou appareils (photos d'un événement pris par la caméra d'un téléphone portable). Parfois, c'est l'inverse : la captation de l'événement réel fait l'essentiel de la valeur (et le reste n'est que commentaire accessoire).

(26) Voy. R. KITCHIN, *op. cit.*, p. 11 qui cite D. WEINBERGER, *Too Big to*

Know, Basic Books, 2011, lui-même s'appuyant sur M. ZELANY, *Management support systems : towards integrated knowledge management*, Human Systems Management, 1987.

(27) Les appellations « communs numériques », ainsi que « communs de la connaissance » et « communs informationnels », sont reprises comme entrées dans le *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

(28) A. GORZ, « Le communisme de la connaissance », *Revue Ecorev' (Revue Critique d'Écologie Politique)*, août 2011, propos recueillis pour le n° 21 de la revue, disponible

sur <http://ecorev.org/spip.php?article980> (consulté le 30 août 2022).

(29) Voy. la définition de l'Internet sur Wikipédia (consulté le 30 août 2022) et dans M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *op. cit.*, 2017.

(30) Voy. S. BROCA, « Internet (approche sociologique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *op. cit.*, p. 703.

(31) Le TCP (Transmission Control Protocol) organise la division initiale des messages en paquets et leur reconstitution à l'arrivée, tandis que le protocole IP (Internet Protocol) organise essentiellement le routage.

dernier ne fait pas exception au tropisme de l'appropriation. Le changement de support ou médium, du papier vers des supports numériques ou des supports *offline* vers le numérique en ligne (l'Internet), ne modifie pas fondamentalement la possibilité d'appropriation : si une entreprise offre un accès gratuit à l'Internet moyennant une entrée obligée, l'Internet lui-même devient pour partie une ressource appropriée par le *gatekeeper* (gardien ou contrôleur d'accès). Ce scénario d'appropriation n'est pas théorique, il correspond à l'offre d'accès Internet sur mobile appelée « Free Basics » que Facebook envisageait de déployer notamment en Inde pour toucher les usagers modestes. L'accès gratuit de base (le « Free Basics ») passait par une app pour smartphone configurée par Facebook avec priorité pour certains contenus (dont son réseau social et le moteur de recherche Bing). Cette app est un exemple de dispositif technique de contrôle qui permet une certaine appropriation (voy. *infra* partie 2). En Inde, cette offre a été interdite pour violation du principe de la neutralité de l'Internet³².

Donc, l'accessibilité aux contenus sur l'Internet, même si elle est de loin plus étendue qu'avec d'autres médias, peut être freinée par le développement de nouvelles technologies et modes d'organisation de l'accès qui donnent la possibilité aux opérateurs de réorienter, ou « prioriser » certaines données. L'économie (capitaliste) a étendu ses rets invisibles pour saisir et exploiter les nouvelles ressources disponibles sur l'Internet, en dépit de ce que l'économie de la connaissance, pour reprendre les termes d'André Gorz, a « vocation à être une économie de la mise en commun et de la gratuité, c'est-à-dire le contraire d'une économie »³³.

Comme le reconnaissent d'ailleurs beaucoup de partisans des communs, un bien n'est pas commun par nature, mais uniquement par son usage. L'usage définit le type d'appropriation ou de partage. Il n'est en quelque sorte de commun que *par destination*. Et l'usage et la destination d'une ressource peuvent évoluer avec le temps. Ainsi, l'Internet du milieu des années 1990 était davantage un « commun » que celui d'aujourd'hui qui passe par des portails ou portiers, les *gatekeepers* que sont Google et Facebook par exemple. Selon les termes de Tim Wu (devenu conseiller du président Biden pour les questions technologiques et de concurrence) : « Apparu comme un commun qui pouvait répondre aux intérêts d'amateurs en tout genre, le *web*, en 2015, était entièrement envahi par le *junk commercial* »³⁴. Certes, Wikipédia et d'autres sites de partage (notamment les pages des communautés scientifiques ou journalistiques) sont toujours là, mais ces lieux de savoir et d'échange sont désormais encerclés par de nombreuses « pages à clics » qui captent les attentions et propagent des publicités autour de contenus « à deux balles ». En outre, l'Internet n'est pas un commun en ce qu'il n'a pas débouché sur une gouvernance prise en charge par l'ensemble des parties intéressées de manière structurée et démocratique³⁵.

Si l'Internet s'est donc éloigné du modèle des communs et n'a pu développer une gouvernance mondiale, il demeure toutefois à l'origine de divers communs numériques³⁶ : sans lui, on n'aurait pas connu l'essor des logiciels libres, des contenus en « creative commons », de l'encyclopédie Wikipédia, etc. En ce sens, la réponse à la question de savoir si l'Internet est ou non un commun doit être nuancée.

Biens rares, rivaux et excluables : à distinguer. Dans une préface à un ouvrage sur lequel on reviendra, l'ancien premier ministre français, Michel Rocard, notait : « Internet et les nouvelles techniques d'information et de communication révolutionnent les relations entre les humains. Ils font apparaître un monde, celui de l'information, où la rareté n'existe pas, puisque le fait de la vendre ou de la donner à un tiers n'implique pas sa perte pour son titulaire. Notre manière de consommer, notre mode d'usage des biens, en sont bouleversés. S'agissant de résidences de vacances, de voitures automobiles, d'équipements domestiques de tous ordres, la propriété devient archaïque et inutile. C'est l'accès pour un temps donné qui devient le problème et l'enjeu. »³⁷. Ce texte contient des intuitions justes mais révèle en même temps des confusions courantes.

D'abord, il faut distinguer rareté et rivalité d'un bien. Un bien rival est un bien dont la consommation ou l'usage par une personne n'affecte pas son utilisation par d'autres. Ainsi en est-il d'une émission radio diffusée en ondes hertziennes : le fait que je l'écoute n'empêche pas mon voisin d'y avoir accès. Ce n'est pas le caractère rare d'un bien qui en fait un bien non-rival mais bien les modes d'accès ou d'usage de ce bien. Le caractère non rival est toujours relatif : le fait que je conduise ma voiture sur une autoroute n'empêche pas un autre conducteur d'accéder à cette infrastructure, mais, à un certain moment, l'afflux d'automobilistes va diminuer la qualité de la ressource à la suite des encombrements causés par le trafic. Il en est de même d'autres infrastructures, en ce compris de l'Internet qui peut aussi être congestionné par un usage trop intensif (de la bande passante).

Ensuite, il faut distinguer rivalité et excluabilité d'un bien. L'excluabilité d'un bien (matériel) résulte de sa possession au sens de détention (avec ou sans titre juridique). La simple possession d'un bien rival permet d'exclure autrui. En revanche, il n'est en principe pas possible pour un usager de posséder un bien de nature immatérielle : un individu ne possède pas des connaissances ou des informations comme il peut posséder une montre attachée à son poignet. Il est plus difficile d'exclure autrui de l'usage des biens que l'on ne peut pas posséder. Mais ces biens peuvent toutefois être rendus excluables par d'autres moyens (que la possession) : ainsi une autoroute avec des barrières à péage ou une chaîne de télévision dont le signal est crypté sont des biens excluables. De même, une création intellectuelle peut devenir excluable par la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle. Tant les biens rivaux (des champs, etc.) que les biens non rivaux (informations, code informatique, etc.) peuvent donc être rendus excluables à l'aide de dispositifs pratiques (clôtures, code d'accès, etc.) ou de régimes juridiques (droits de propriété). L'excluabilité la plus efficace résulte de la possession ; par conséquent, les biens immatériels (ou intellectuels) sont plus difficilement excluables ; en outre, les barrières juridiques sont plus fragiles que le contrôle par la possession, notamment depuis la numérisation des œuvres et leur diffusion sur l'Internet. Néanmoins, même pour les biens numériques (composés de bits, donc de suites de 0 et 1) qui ne peuvent être saisis et possédés comme les biens matériels susceptibles de possession, des formes variées d'excluabilité peuvent être mise en place, dont la force d'exclusion dépend de la technologie et du support utilisé (il est sans doute plus aisé de rendre excluable un film sur Blue-ray que sur un autre for-

(32) Voy. : <https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/08/india-facebook-free-basics-net-neutrality-row> (consulté le 30 août 2022). Le principe de la neutralité de l'Internet qui a été beaucoup débattu notamment en Europe et aux États-Unis (où la règle de neutralité adoptée sous la présidence Obama a été plus récemment écartée) a été défini par l'Office des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE ou BEREC en anglais) comme « le principe selon lequel toutes les communications électroniques passant par un réseau sont traitées de manière égale. "Toutes les communications sont traitées de manière égale" signifie qu'elles sont traitées indépendamment (i) de leur contenu, (ii) de leur application, (iii) du service, (iv) de l'équipement,

(v) de l'adresse de l'expéditeur, et (vi) de l'adresse du destinataire » (BEREC, *Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, BoR (10) 42, 30 septembre 2010, p. 2-3). À ce propos, voy. : F. JONGEN et A. STROWEL, en collaboration avec E. CRUYSMANS, *Droit des médias et de la communication*, Larcier, 2017, pp. 771 et s. ; R. QUECK et M. PIRON, *La neutralité d'Internet : la gestion du trafic et les services gérés : à la recherche de définitions*, in A. STROWEL (dir.), *Net Neutrality in Europe - La neutralité de l'Internet en Europe*, Bruylant, 2013, pp. 111-139.

(33) A. GORZ, *op. cit.*. Ce dernier ajoute : « C'est cette forme de communisme qu'elle revêt spontanément dans le milieu scientifique. La "va-vue" d'une connaissance s'y mesure

non en argent mais par l'intérêt qu'elle suscite, la diffusion qu'elle reçoit. Au fondement de l'économie capitaliste de la connaissance on trouve donc une anti-économie dans laquelle la marchandise, les échanges marchands, le souci de faire de l'argent n'a pas cours ». (34) T. WU, *The Attention Merchants*, Alfred Knopf, 2016, p. 322. Même constat fait par l'un des créateurs du *web*, Tim Berners-Lee, qui écrivait en mars 2018 : « What was once a rich selection of blogs and websites has been compressed under the powerful weight of a few dominant platforms. This concentration of power creates a new set of gatekeepers, allowing a handful of platforms to control which ideas and opinions are seen and shared » (T. BERNERS-LEE, « The web is under threat. Join us

and fight for it », billet du 13 mars 2018 à l'occasion du 29^e anniversaire du *web*, disponible sur <https://webfoundation.org/2018/03/web-birthday-29/>, consulté le 30 août 2022).

(35) L'ICANN qui gère les adresses IP et les noms de domaine et chapeauté l'Internet est une organisation privée de droit californien qui est encore contrôlée par l'État américain.

(36) S. BROCA, « Internet (approche sociologique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *op. cit.*, p. 704.

(37) M. Rocard, préface au livre de F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels, Logiciels privés et logiciels libres*, PUF, 2013, pp. 14-15.

mat de disque optique (comme le DVD) ou qu'en cas de diffusion en ligne de ce même film).

De manière similaire, mais inverse, tant les biens rivaux que les biens non rivaux peuvent être régis par un régime de communs. Les biens non rivaux sont *a priori* plus faciles à faire rentrer sous un régime de communs et de partage vu que l'usage de l'un n'affecte pas négativement l'usage d'un autre. Au contraire : l'augmentation de l'usage de ces biens au fur et à mesure de leur diffusion au sein d'une communauté va souvent accroître leur popularité et utilité.

Les caractères de rareté, de rivalité et d'excluabilité doivent être distingués. Ces caractères ne sont pas naturels (liés à la nature des biens) : la rareté dépend essentiellement du contexte (l'air pur respirable n'est pas rare sur terre, mais peut le devenir sous l'eau ou dans l'espace), tandis que la rivalité et l'excluabilité dépendent très largement « des choix qui sont opérés quant aux conditions d'accès à l'usage de ces biens, et plus largement d'un ensemble de règles et pratiques qui organisent leurs conditions d'usage et éventuellement de production »³⁸. Tel est l'un des apports majeurs des travaux d'Elinor Ostrom qui a mis en évidence les formes institutionnelles et organisationnelles de gestion des ressources. Ce sont ces institutions et modes d'organisation de l'accès et du partage qui déterminent donc le type de rivalité et d'excluabilité des biens.

La remarque de Michel Rocard citée au début de cette section pointe aussi le passage d'une société de la propriété vers une société de l'accès. Cette évolution est importante pour comprendre les communs³⁹ informationnels et les nouveaux modes d'appropriation (en dehors de la propriété au sens strict du Code civil).

2. Les plateformes de l'économie collaborative : des communs ?

L'appropriation à l'âge de l'accès. Jeremy Rifkin est crédité pour avoir, dans son ouvrage *L'Age de l'accès* (paru en 2000)⁴⁰, montré l'évolution d'une société (ou une économie) fondée sur la propriété vers une société privilégiant l'accès : dans ce modèle, comme le notait Michel Rocard (voy. ci-dessus), la propriété (classique) des biens n'est plus centrale, c'est l'accès pour un temps donné qui devient le problème et l'enjeu. Le développement des plateformes collaboratives (Uber, Bla-BlaCar, Airbnb, Allovoisins, etc.) qui permettent aux propriétaires d'optimiser l'usage de leurs biens (ma voiture, ma maison, ma foreuse, etc.) est caractéristique de cette évolution facilitant le partage. Cette transformation (qui fait l'objet d'un article de J. Rochfeld dans le *Dictionnaire des biens communs*) est-elle le signe d'un renforcement des communs et de la transition ? On peut en douter : il s'agit plutôt d'une nouvelle forme de capitalisme — on a parlé de « platform capitalism »⁴¹ — qui permet d'extraire davantage de valeur des biens à travers la segmentation de leur usage dans le temps. La maîtrise conférée par la propriété est simplement mieux exploitée grâce à des outils numériques permettant de nouvelles transactions économiques conférant des droits d'accès et d'usage bien échelonnés dans le temps au profit d'autres personnes que le propriétaire. Ces transactions nouvelles sont permises par les plateformes qui offrent de nouveaux moyens de réduire substantiellement les coûts de transaction, ces moyens étant essentiellement des *app* activées sur smartphone. Cette évolution s'appuie sur un exercice plus rationnel et une nouvelle dis-

tribution du « faisceau de droit » (« bundle of rights ») qu'Elinor Ostrom a mis en évidence. Mais il n'y a pas nécessairement une communauté (un faire en commun) qui se forme autour de ces ressources ainsi mieux partagées dans le temps : l'optimisation permet de maximiser les revenus de la propriété, ou, sur l'autre face de la plateforme, d'accéder aux utilités d'un bien pour un temps limité et à moindre coût. Encore moins peut-on trouver du côté de ces plateformes un mode de gouvernance déterminé par les membres de la collectivité⁴² (c'est le propriétaire qui, aidé par les outils de la plateforme, décide de démembrer son droit sur une ressource qu'il possède).

Des plateformes capitalistes aux sites d'échanges communautaires. Il faut toutefois être circonspect face à la nébuleuse complexe de l'économie collaborative⁴³, encore appelée « économie du partage » ou « économie pair à pair ». En effet, certaines plateformes permettent bien entendu l'éclosion de communs et le renforcement des liens, tout dépend en définitive du modèle adopté par la plateforme. Si la plateforme Deliveroo (ou Ubereats, etc.) est par exemple une nouvelle manifestation de l'économie capitaliste exploitant au mieux les capacités inutilisées tant des restaurateurs que des coursiers, d'autres plateformes en matière de livraison de plats peuvent encourager des partages et des liens sociaux : ainsi la société Menu Next Door, aujourd'hui liquidée, permettait de partager/vendre des plats préparés au sein d'une famille, en plus des portions prévues pour les membres de la famille, et celui qui voulait en bénéficier venait les chercher en personne après avoir passé commande, ce qui pouvait créer des liens de voisinage⁴⁴. Il faut donc bien distinguer selon les modèles, et la régulation juridique doit en tenir compte : ainsi doit-elle freiner les excès des grandes plateformes (notamment dans l'exploitation de leurs travailleurs qui échappent souvent à la protection sociale des salariés) d'un côté, et encourager le développement de sites d'échanges à visée communautaire et sociale en levant certains obstacles juridiques, de l'autre⁴⁵. Pas étonnant que certains penseurs de la transition, par exemple Michel Bauwens, entendent dans l'économie collaborative (qu'ils réduisent aux authentiques sites d'échanges) et les réseaux de pair à pair « un modèle qui nous mène vers une société post-capitaliste, où le marché doit enfin se soumettre à la logique des communs »⁴⁶.

Pour distinguer les « entreprises plateformes » des « plateformes coopératives », d'autres auteurs mettent en évidence la distribution des droits de contrôle sur les actifs intangibles et les modes de gouvernance en résultant. Ainsi, les « entreprises plateformes » s'assurent un contrôle sur trois types d'actifs intangibles : d'abord, les algorithmes et applications, ensuite les bases de données sur les fournisseurs et usagers, enfin la marque et autres signes de ralliement. Ce contrôle joue au profit d'un ou plusieurs propriétaires (cas de la société par action) et l'usage de ces actifs par les dirigeants est fait en vue de dégager des profits. Si, au contraire, la propriété des actifs intangibles « est "partagée", et distribuée dans un faisceau de droits entre les participants à la plateforme, qui définissent en commun les règles qui doivent présider aux échanges comme celles qui ont trait au partage de la valeur créée »⁴⁷, on est en présence d'une « plateforme coopérative » qui relève de l'économie vraiment collaborative (encore désignée comme « l'économie coopérative »)⁴⁸. Cette distinction peut être illustrée par

(38) O. WEINSTEIN, « Comment construire les communs : questions à partir d'Ostrom », in B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs*, op. cit., p. 72.

(39) Un article de J. Rochfeld y est consacré sous l'entrée « Accès (enjeux théoriques) » dans le *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., pp. 7-12.

(40) Le sous-titre de la première édition de ce livre indique bien le lien avec la problématique de la transition : *The Age of Access : How the Shift from Ownership to Access is Transforming Capitalism*, Penguin, 2000 (dans sa version paperback de 2001, le sous-titre est devenu : *The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-For Experience*, qui est révélateur du lien entre le contrôle d'accès et l'hypercapita-

lisme).

(41) N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, Polity Press, 2017.

(42) En ce sens, J. ROCHFELD, « Accès (enjeux théoriques) », op. cit., p. 12.

(43) C'est aussi ce à quoi invitent les auteurs de l'entrée « Économie collaborative » dans le *Dictionnaire des biens communs*, B. CARBALLA SMICHOWSKI et B. CORIAT, op. cit., p. 480.

(44) La nature plus communautaire de l'échange par l'entremise de la plateforme ne suffit toutefois pas à conclure à l'existence d'un commun, il faut également s'interroger sur le mode de gouvernance de l'opérateur de plateforme (dans le cas de Menu Next Door, c'était une société commerciale), de l'interaction avec des services similaires et de la concurrence éventuellement déloyale par

une plateforme qui échappe potentiellement à certaines charges et obligations, etc.

(45) A. STROWEL et W. VERGOTE, « Digital Platforms : To Regulate or Not to Regulate ? Message to Regulators : Get the Economics Right First, then Focus on the Right Regulation », in B. DEVOLDER (ed.), *The Platform Economy. Unraveling the Legal Status of Online Intermediaries*, Intersentia, 2019, pp. 3-30. Ainsi, les contraintes en matière sanitaire imposées par l'AFSCA en Belgique pour les aliments préparés à domicile ont pu compliquer le développement de l'entreprise Menu Next Door qui a été liquidée.

(46) J. LIEVENS, préface au livre de M. BAUWENS, *Sauver le monde*, op. cit., p. 19. Voy. aussi M. BAUWENS, « Plan de transition vers les

communs : une introduction », in B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., pp. 275-290. Voy. aussi la plateforme sur l'économie collaborative initiée dans le cadre de diverses recherches menées à l'USL-B et à l'UCL (financements Innoviris entre autres) : www.rosels.eu.

(47) B. CARBALLA SMICHOWSKI et B. CORIAT, entrée « économie collaborative », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 484.

(48) À ce propos, voy. T. SCHOLTZ, *Platform Cooperativism : Challenging the Corporate Sharing Economy*, Rosa Luxemburg Stiftung New York Office, 2016, 32 p. (disponible sur <https://rosalux.nyc/platform-cooperativism-2/> consulté le 30 août 2022).

l'opposition assez tranchée entre les plateformes TaskRabbit et Locomonics⁴⁹ qui proposent du travail à la demande.

En définitive, comme l'Internet lui-même, les plateformes de l'économie collaborative ne sont pas des communs par essence, tout dépend des usages, de leur composante sociale, du modèle économique adopté et de l'arrangement institutionnel autour de ces plateformes. Comme l'Internet, ces plateformes sont potentiellement de formidables outils d'activation de communs — mais peuvent être tout aussi bien mises à profit par des entreprises hyper-capitalistes. À l'appropriation de l'Internet par des *gatekeepers* comme Facebook qui exploitent à fond les contenus créés et échangés par leurs usagers, ainsi que leurs données personnelles, correspond l'extraction de valeur réalisée par des plateformes numériques (comme Uber) à partir des biens (par ex. des voitures privées) des fournisseurs de services.

3. Les logiciels libres

Au crépuscule de sa vie, Michel Rocard, penseur d'une gauche alternative, s'est fort intéressé aux régimes applicables aux logiciels⁵⁰. Après avoir souligné, dans la préface déjà citée à un ouvrage consacré au droit des logiciels, que posséder n'a pas de sens si l'accès est libre, Michel Rocard précisait « La bataille du logiciel est du même ordre. La propriété, le brevet, freine l'usage et l'activité. Le libre accès les encourage. Il est compatible avec le droit d'auteur »⁵¹. Et Michel Rocard de conclure de manière sans doute prémonitrice : « À bien des titres, l'élaboration du droit des logiciels fait émerger les principes juridiques de l'organisation sociale de demain ».

En matière de logiciels, des communs ont effectivement été soigneusement mis en place. Les logiciels libres sont définis par un type de contrat : ce sont des logiciels régis par une licence libre, par opposition aux logiciels propriétaires ou privatifs qui sont sujets à des licences restrictives. Il faut donc examiner les termes de la licence pour savoir si on a affaire à du logiciel libre. Le contrat de licence joue en ce sens le rôle d'une « législation agile »⁵² ou de « base constitutionnelle du commun »⁵³. Pour être libre, la licence doit imposer à tout utilisateur quatre libertés : 1) la liberté d'exécuter le programme ; 2) la liberté d'étudier le programme (son code source est ouvert, d'où le terme « open source ») et de l'adapter à ses besoins (correction, intégration, etc.) ; 3) la liberté de copier le logiciel et de redistribuer les copies ; 4) la liberté d'adapter le programme et de publier ces modifications « pour en faire profiter toute la communauté »⁵⁴. La différence entre logiciel libre et propriétaire « se situe donc dans la licence qui accompagne le développement et le code » avec son objectif d'enrichir le fonds commun de ressources logicielles, ainsi que dans les relations sociales entre développeurs, *a priori* considérés comme des pairs, sans hiérarchie (c'est la composante égalitaire)⁵⁵.

Contradiction ou compatibilité entre logiciel libre et propriété intellectuelle ? Où il faut distinguer selon les droits intellectuels. Il existe de nombreux droits de propriété, notamment de propriété intellectuelle, et il faut les distinguer pour comprendre les arrangements institutionnels autour des ressources logicielles. Ainsi en est-il du droit d'auteur et du droit de brevet en matière de logiciels. Le brevet peut être un frein à l'usage de logiciels, le droit d'auteur aussi, mais ce dernier est toutefois susceptible d'être utilisé pour accroître le partage des utilités (et est donc compatible avec des communs partagés).

Les inventions qui peuvent être mises en œuvre à l'aide d'un ordinateur, et en particulier les inventions incorporées dans un programme informatique (ou logiciel), peuvent être protégées par brevet i) si elles respectent des conditions de brevetabilité (principalement : nouveauté et activité inventive) et ii) à la condition de ne pas être abstraites, mais d'offrir une contribution d'ordre technique. Ainsi un algorithme est, en

tant que tel, un processus abstrait non brevetable, mais la commande logicielle d'un système de freinage de voiture (par exemple, un système ABS) débouche sur un résultat technique, une meilleure adhérence à la route, et peut faire l'objet d'un brevet (s'il est nouveau et inventif).

En outre, les programmes d'ordinateur, en particulier leur code source ou code objet, peuvent être protégés par le droit d'auteur, qui est harmonisé dans l'UE par la directive 2009/24/CE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Le droit d'auteur protège l'expression sous la forme d'une œuvre originale, telle qu'un roman, un scénario ou un article scientifique. Le droit d'auteur confère à l'auteur un ensemble de droits, y compris le droit d'empêcher la copie non autorisée de l'œuvre et le droit d'adapter l'œuvre et de créer des œuvres dérivées. Appliqué aux logiciels, le droit d'auteur protège donc le code du programme en tant qu'il s'apparente à une écriture dans un langage artificiel (le Fortran ou le C++ par exemple) ; en revanche, un algorithme innovant qui est exprimé dans le code ne peut être protégé par le droit d'auteur. De même, d'autres éléments fonctionnels d'un programme d'ordinateur (structures, formats de données, etc.) ne peuvent être protégés. Bien que le titulaire du droit d'auteur puisse interdire la reprise du code qui implémente un algorithme, il ne peut pas faire valoir le droit d'auteur pour empêcher des tiers d'implémenter l'algorithme dans un code différent.

Les brevets, eux, peuvent protéger l'invention tenant à la nouvelle fonctionnalité mise en œuvre par un ordinateur. Un brevet offre une protection plus forte que le droit d'auteur. La violation du droit d'auteur exige en effet de démontrer que le défendeur a copié le code ou l'œuvre protégée, et en ce sens, il n'y a pas de violation du droit d'auteur, donc de contrefaçon sans plagiat (entendue comme emprunt) ; en revanche, une violation de brevet peut exister en l'absence de toute copie ou reprise. Autrement dit, un développeur de logiciel qui a rédigé un programme de manière tout à fait indépendante peut violer un brevet. C'est ce que craignent les développeurs de logiciels libres.

Le mouvement du logiciel libre contre les brevets de logiciels. Les partisans des logiciels libres se sont donc activement mobilisés pour endiguer les possibilités de breveter les logiciels, notamment après que la Commission européenne a envisagé en 2002 d'harmoniser ce domaine des brevets par une directive, laquelle sera finalement rejetée par le Parlement européen en juillet 2005, notamment à la suite de l'intense lobbying des partisans du libre⁵⁶. La préservation du code libre contre l'appropriation des brevets est également assurée par les clauses anti-brevets insérées dans certaines licences libres, notamment dans les versions 2 et 3 de la GPL (*General Public License*)⁵⁷. Ces clauses anti-brevets prennent la forme de licence implicite ou de cession expresse de brevet.

Si le commun logiciel ne fait donc pas bon ménage avec l'appropriation par brevet, il repose en revanche sur une forme de contrôle (ou d'appropriation) par le droit d'auteur.

Paradoxe du droit d'auteur : la propriété intellectuelle au service du logiciel libre et des communs. Beaucoup d'observateurs de la pratique de partage des logiciels dits libres ont constaté le paradoxe que le droit, et notamment le droit d'auteur et le droit des contrats, ont permis la préservation de la liberté du code informatique⁵⁸.

On parle du mouvement du « copyleft », opposé au modèle propriétaire du copyright, mais en réalité le *copy-right* n'est pas abandonné (*left*) : l'auteur *copyleft*, par licence, autorise simplement davantage d'actes d'usage que ne le fait habituellement le titulaire du droit d'auteur (approche du « some rights reserved » plutôt que l'habituel « all rights reserved »). La clause ou licence dite du *copyleft* impose la re-

(49) Locomonics (locomonics.com), qui a emprunté la forme juridique d'une coopérative, offre aux travailleurs de la plateforme la possibilité de détenir des parts, donc de participer à la gouvernance ; la plateforme ne prélève aucune commission sur les transactions réalisées par son entreprise, mais les offreurs de travail s'acquittent d'une cotisation annuelle ; les possibles excédents d'exploitation sont réinvestis dans la plateforme ou distribués entre les membres en fonction du nombre

d'heures prestées ; le conseil d'administration est élu par les travailleurs, etc.

(50) En tant que député européen, Michel Rocard s'était en particulier fortement impliqué dans le débat sur la directive concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, proposée en 2002 par la Commission (COM 2002) 92).

(51) M. Rocard, préface au livre de F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels, Logiciels privatifs et logiciels libres*, PUF, 2013, p. 15.

(52) F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 318.

(53) P.-A. MANGOLTE, « Le logiciel libre, comme commun créateur de richesses », in B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 114.

(54) La redistribution peut être payante car un logiciel libre n'est pas nécessairement gratuit (en anglais, le logiciel est donc « free » au sens de « free speech », pas de « free beer »).

(55) P.-A. MANGOLTE, « Logiciel libre », in *Dictionnaire des biens*

communs, op. cit., p. 765.

(56) Voy. le résumé de cette épopée législative par F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., pp. 305-307.

(57) F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 312 et s. La première version de la GPL fut proposée par Richard Stallman en 1988.

(58) S. DUSOLIER, « The Master's Tools v. The Master's House : Creative Commons v. Copyright », *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2006, p. 271-293.

distribution du code (qu'il soit copié ou modifié) dans les mêmes conditions que la licence d'origine, donc sous un régime de liberté. L'effet de cette clause parfois qualifiée de « virale » ou « diffusive » est l'extension et la pérennisation du commun. Ce type de licence diffusive s'appuie sur la notion d'œuvre dérivée⁵⁹ (ou d'adaptation), connue en droit d'auteur et désignant les œuvres tirées d'une œuvre préexistante. Les licences diffusives s'appliquent aux œuvres dérivées, par exemple à celles résultant de l'assemblage de divers modules logiciels dont l'un est libre.

Les droits d'usage des tiers sont élargis par la licence *copyleft*, mais le contrôle propriétaire est maintenu pour interdire certains usages de réappropriation au détriment de la communauté. On impose donc la liberté par un acte qui s'appuie sur le pouvoir de contrôle conféré par le droit d'auteur et la force du contrat. C'est le paradoxe souvent souligné, dont Séverine Dusollier a analysé les effets en reprenant la formule d'une activiste féministe noire, Audre Lorde : « the master's tools will never dismantle the master's house »⁶⁰. L'imposition d'un commun par les licences libres ne peut donc dissoudre le modèle propriétaire (« the master's house »). Comme le résume P.-A. Mangolte, « en définitive, en s'appuyant sur le principe propriétaire contenu dans la loi sur le *copyright*, sur le droit exclusif de l'auteur de contrôler les usages de son code, la clause *copyleft* en détourne l'exercice habituel pour créer une forme de domaine public sécurisé, intégrant un principe d'extension continue du commun »⁶¹.

En outre, l'effet « erga omnes » de la propriété intellectuelle permet de dépasser la limitation des contrats qui ne valent qu'« inter partes » (en l'espèce entre donneur et preneur de licence). Or la question de l'acceptation de la licence libre par l'utilisateur du code peut parfois poser problème et mettre en cause la formation du contrat et donc l'obligation de libérer le code dérivé. Grâce à l'opposabilité du droit de propriété à l'égard de tous, la liberté du code (imposée par contrat) peut plus facilement s'étendre à tout tiers utilisateur du code libre.

Enfin, de manière annexe, le contrôle conféré par le droit d'auteur qui, selon les partisans du logiciel libre, s'applique également au texte des licences elles-mêmes, considérées dans leur écriture comme des œuvres protégées (de nature juridique), permet de préserver les clauses de ces licences et d'interdire leur modification⁶².

Arrangements institutionnels et rôle de la communauté des logiciels libres. Si le développement d'un *pool* de ressources logicielles libres repose essentiellement sur une cascade de licences libres et l'effet propriétaire du droit d'auteur, la gestion d'un projet autour d'un *software* précis et sa diffusion auprès des développeurs passe par l'établissement d'organisations structurées qui prennent souvent la forme de fondations : ainsi existent par exemple la Free Software Foundation (FSF) mise en place par R. Stallman, la fondation Apache en charge du développement du serveur *web* du même nom, la fondation Mozilla autour du navigateur Firefox, etc. Ces structures juridiques vont par exemple trouver des financements, des dons monétaires venant ainsi renforcer les dons de code des développeurs. Ces organisations vont souvent générer un contrôle de type managérial et planifier le travail de développement, si bien que dans certaines communautés logicielles, des hiérarchies flexibles (sans subordination) s'installent⁶³. Cette composante institutionnelle est importante pour pérenniser les communs logiciels.

Par ailleurs, si les pôles de logiciels libres sont confortés par l'usage des licences et du droit d'auteur et pérennisés par les systèmes de gouver-

nance, les modes d'organisation de la communauté permettent de déclencher des sanctions non juridiques contre ceux qui tenteraient de s'approprier les ressources libres en refusant de reverser le code développé à partir de celles-ci (parfois qualifié de « fourche », de l'anglais « fork »⁶⁴) : la communauté peut ainsi réagir aux pratiques de l'éditeur en restreignant les contributions et en sevrant la fourche du bénéfice de l'écosystème libre. Ce qui est comparable aux mesures pratiques de rétorsion appliquées dans les communs naturels (étudiés par E. Ostrom).

L'attraction du logiciel libre vers le modèle du marché. Pour les grands succès de l'*open source* (comme le système d'exploitation Linux), de nombreux contributeurs sont financés par des sociétés commerciales qui encouragent leurs employés à travailler sur ces projets (on a ainsi prétendu qu'IBM serait l'un des plus gros contributeurs à l'essor du logiciel libre). Des représentants des grandes sociétés dans le domaine de technologies de l'information font parfois partie des fondations (par exemple, dans le conseil d'administration de la Fondation Linux)⁶⁵. Ces sociétés commerciales vont parfois racheter les grands fournisseurs professionnels de logiciel libre, qui génèrent des revenus importants à travers les services et l'accompagnement des solutions libres (installation, formation, support technique etc.). Ainsi IBM a annoncé fin 2018 le rachat de Red Hat (qui distribue notamment sa version de Linux) pour 34 milliards de dollars. En juin 2018, Microsoft a racheté la plateforme collaborative GitHub, fort utilisée par les développeurs d'*open source*⁶⁶.

Que conclure de ces développements ? Sécuriser la liberté d'accès à des ressources par des licences ne suffit donc pas pour échapper à la logique commerciale qui peut très bien s'appuyer sur des ressources libres et des communautés de créateurs. Cet adossement au marché est critiquable dans certains cas, mais souvent indispensable si l'on veut installer des communs sur une base durable : car au-delà du travail gratuit, basé sur le dévouement et la motivation désintéressée des fondateurs du commun, comment assurer que le commun se perpétue et s'étende ? Pour exister dans le temps, les communs doivent trouver un modèle économique (même s'il n'est pas nécessairement capitaliste) et une structure de gouvernance susceptible de les pérenniser.

4. Wikipédia et les licences « creative commons »

Wikipédia, 6^e site le plus visité au monde (notamment grâce à son bon référencement par Google) est l'exemple de commun numérique que l'on a spontanément à l'esprit. C'est un commun de connaissances avec plus de 6 millions d'articles en anglais et plus de 16.000 contributeurs actifs en français. Loin de reposer uniquement sur la spontanéité des contributeurs (comme le réseau Twitter), il est régi par des règles strictes et une organisation bien structurée.

Wikipédia a été présentée comme « une extension des valeurs du logiciel libre »⁶⁷. Le message de bienvenue de Jimmy Wales, fondateur de Wikipédia en 2000, explique qu'il s'agit d'un lieu de partage de connaissances, à l'instar d'une bibliothèque — d'où le refus d'en faire une galerie commerciale ou de placer des publicités. « Nous sommes à la fois, expliquait J. Wales en 2012 au journal *Le Monde*⁶⁸, un service public et un bien commun ». Les cinq principes fondateurs de cette « encyclopédie libre que chacun peut améliorer »⁶⁹, à lire les pages qui y sont consacrées, restent généraux et semblent peu contraignants : encyclopédisme visant l'exactitude (et excluant opinions, expériences ou débats), neutralité de point de vue, publication sous licence libre ouverte à tous, projet collaboratif sujet à des règles

(59) F. PELLIGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., pp. 328 et 340.

(60) A. LORDE, « The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House », in *Sister Outsider*, 1984, p. 112, cité par S. DUSOLLIER, op. cit., p. 272 ; voy. aussi p. 274 : « the Creative Commons licensing regime clearly rests upon the proprietary regime of copyright, but seeks to exercise it differently ».

(61) P.-A. MANGOLTE, « Logiciel libre », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 766.

(62) F. PELLIGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 415. L'interdiction de modification fondée sur le droit d'auteur est rappelée dans le

préambule des licences de la Free Software Foundation : « Chacun a le droit de copier et de distribuer des copies conformes de ce document de licence, mais il n'est pas autorisé de le modifier ».

(63) Voy. la description des conduites dans les communautés Linux (une hiérarchie volontaire) et Debian (une méritocratie technique) par S. BROCA, *Utopie du logiciel libre. Du bricolage informatique à la réinvention sociale*, Le passager clandestin, 2013, pp. 80-92.

(64) L'Association francophone des utilisateurs de logiciels libres (AFUL) explique les causes et risques d'une fourche dans la communauté, qui est

comparée à un divorce dans un couple (<https://aful.org/ressources/fourches-forks>, consulté le 30 août 2022).

(65) Noté par O. WEINSTEIN, *La place du travail dans les communs*, op. cit., p. 28. Il suffit du reste de consulter la liste des membres de la Fondation (<https://www.linuxfoundation.org/membership/members/>), y figurent les grandes sociétés commerciales de l'informatique.

(66) Cet intérêt de Microsoft pour le logiciel libre s'explique par le fait que le système d'exploitation Windows ou la suite Office (qui constituent des logiciels propriétaires rivaux de solutions libres) ne sont plus au cœur du

business de la société fondée par Bill Gates, mais jouent un rôle secondaire par rapport aux services de *cloud computing* (ou informatique « dans les nuages ») proposés par Microsoft (Azure).

(67) S. BROCA, *Utopie du logiciel libre*, op. cit., p. 92.

(68) F. JOIGNOT, « Wikipédia, bazar libertaire », in *Le Monde*, 14 janvier 2012, cahier culture & idées.

(69) Voy. https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Principes_fondateurs (consulté le 30 août 2022).

de savoir-vivre et souplesse de ses règles. Ces principes cachent en réalité une organisation poussée et des règles strictes de contrôle des contenus⁷⁰, qui se distingue de l'anarchie spontanée régnant sur les grands réseaux sociaux à finalité commerciale. Respecter les « règles essentielles établies par la Fondation Wikimedia » est une condition pour pouvoir publier du contenu sur l'encyclopédie⁷¹.

Les éléments constitutifs faisant de Wikipédia un commun tiennent à l'outil technologique utilisé, à l'organisation stricte de la communauté, à la gouvernance par une Fondation et à l'usage d'une licence *creative commons* pour les contenus.

La technologie structurant le commun. Les wikis, logiciels de gestion de contenu, et notamment MediaWiki, qui est un logiciel libre spécifiquement développé pour le projet Wikipédia, permettent « la création, la modification et l'illustration collaboratives de pages à l'intérieur d'un site web »⁷². Ces logiciels jouent un rôle considérable pour l'organisation et la structuration des communs numériques, notamment la création collective d'une base de connaissances. C. Hess et E. Ostrom⁷³ avaient déjà souligné le rôle d'autres dispositifs technologiques pour les communs.

L'organisation très poussée de la communauté. Les contributeurs sont pour la plupart animés par des motivations intrinsèques (passion pour l'archivage d'informations, auto-formation, défi à relever, etc.), moins par des motivations sociales (reconnaissance, interaction) ou morales (souhait de faire avancer le savoir, de vulgarisation). Ces dernières motivations jouent toutefois pour ceux qui s'impliquent davantage dans le projet⁷⁴. En effet, la communauté des contributeurs est fort bien organisée⁷⁵ avec des statuts d'administrateur, d'arbitre, de bureaucrate (!), de révocateur (!)... Les administrateurs qui sont des contributeurs réguliers sont élus par les « membres » de Wikipédia, c'est-à-dire toutes les personnes enregistrées, puis doivent être acceptés par les « bureaucrates », des administrateurs aux pouvoirs étendus. Les administrateurs ont par exemple accès à des outils particuliers qui leur permettent de supprimer des pages, d'en protéger d'autres, de bloquer des utilisateurs, etc. Les arbitres vont essayer de retracer les historiques d'imitations autour d'un contenu et de résoudre les querelles⁷⁶. D'autres mesures permettent de lutter contre le « vandalisme » ou les « guerres d'édition ». « À travers l'ensemble de ces dispositifs, il apparaît que le processus d'écriture ouvert, décentralisé et collaboratif qui caractérise Wikipédia est indissociable de procédures complexes de discussion, de surveillance et de sanction »⁷⁷ que l'on a associées à un mode de régulation procédurale.

La gouvernance entre les mains d'une Fondation. Si Wikipédia repose sur le volontariat quant au contenu et une régulation procédurale forte en coulisse, son modèle économique s'appuie essentiellement sur des dons qui financent l'infrastructure et la diffusion (le logiciel MediaWiki, serveurs, bande passante, etc.)⁷⁸. C'est la Wikimedia Foundation qui gère le projet avec un budget de plus de 50 millions de dollars. Le conseil d'administration de la Fondation, composé de professionnels avec des compétences pointues en informatique ou en sciences de l'information, définit la stratégie, gère la marque, les projets, etc. comme dans d'autres organisations.

Licence « creative commons ». Les textes publiés sur Wikipédia sont régis par la licence Creative Commons Paternité-Partage des Conditions Initiales à l'Identique 3.0 (CC-BY-SA 3.0). Cette licence autorise chacun à créer, copier, modifier et distribuer le contenu de Wikipédia qui est présenté comme « libre ». La licence est toutefois contraignante par son effet *copyleft* qui oblige à conserver la même licence (aspect

SA) pour les copies conformes et les copies modifiées de son contenu. Elle oblige aussi à « créditer les auteurs originaux » (aspect paternité ou BY), ce qui est un peu étonnant vu que beaucoup de contributions sont anonymes. Les principes fondateurs ajoutent que « "Libre" ne signifie pas que chacun peut écrire ou faire ce que bon lui semble en toute liberté. Le droit d'auteur doit être respecté »⁷⁹. Wikipédia révèle donc un savant dosage de libertés et de contraintes (ouverture en principe à tout contributeur, mais système complexe de cooptation, ouverture et contraintes des outils d'édition de contenu, des licences et du respect du droit d'auteur).

Les « communs créatifs » au-delà de Wikipédia. Le mouvement parfois appelé « du libre » (musique libre, etc.) a indéniablement permis le développement de ressources communes, qu'il s'agisse de logiciels, de photos, de textes, de musiques, etc. aisément accessibles sur l'Internet. Ces ressources peuvent être réutilisées, en tout cas pour un usage non commercial⁸⁰; elles sont aussi faciles à identifier car elles sont facilement référencées par les moteurs de recherche⁸¹. L'ingéniosité des « creative commons » (communs créatifs) ou CC tient au développement d'outils d'identification des contenus libres, puisque le modèle des CC impose i) l'usage de licences standardisées lisibles par des juristes, ii) l'application de moyens mnémotechniques, comme CC-BY-ND (Attribution — Pas de modification) ou résumé explicatif, lisibles par les humains, et, *last but not least*, iii) l'intégration dans les fichiers d'un code lisible par les robots permettant la recherche automatisée des contenus. On retrouve dans ces composants du modèle des CC les trois pôles qui assurent un partage étendu des ressources, ou une appropriation de celles-ci.

2 Le triangle de l'appropriation-dépropriation : des jeux complexes entre droits de propriété, contrats et dispositifs pratiques

On a vu que les nouveaux régimes, par exemple ceux des logiciels libres et des communs créatifs, s'articulent à la propriété, voire se superposent à certaines propriétés intellectuelles (le droit d'auteur) pour l'infléchir vers les communs. On peut parler de dépropriation pour se référer à un usage de la propriété (notamment intellectuelle) contre l'appropriation individuelle⁸². Il y a donc ambivalence des droits de propriété : ils peuvent, de manière paradoxale, être utilisés pour imposer une liberté et communauté d'usage, par exemple des logiciels (libres). Cette liberté et communauté ne sont pas données, elles doivent être organisées et préservées dans le temps, d'où le rôle des règles.

A. Interactions entre les instruments juridiques privés de l'appropriation-dépropriation

Mais le processus de dépropriation et son envers, le processus d'appropriation, utilisent d'autres outils que la propriété. Font partie de ces autres outils tant les dispositions contractuelles que les dispositifs pratiques de contrôle permis par la technologie ou servis par un mode d'organisation concrète de l'accès. En définitive, les possibilités de s'approprier une ressource, ou d'en assurer un usage commun, reposent sur trois piliers : les droits de propriété, les contrats et les dispositifs technico-pratiques.

(70) M. FUSTER MORELL, « The Wikimedia Foundation and the governance of wikipedia's infrastructure », in G. LOVINK et N. TKACZ, *Critical Point of View. A Wikipedia Reader*, Institute of network cultures, 2011, pp. 325 et s.

(71) Voy. la présentation faite par Wikipédia : https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikipédia:Accueil_principal (consulté le 30 août 2022).

(72) Entrée wiki sur Wikipédia : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Wiki> (consulté le 30 août 2022).

(73) Souligné par N. JULIEN, « Wiki » in *Dictionnaire des biens communs*,

op. cit., p. 1224.

(74) N. JULIEN, *op. cit.*, p. 1227.

(75) Le modèle du « bazar libertaire » encore véhiculé par la presse (voy. l'article du journal *Le Monde* précité) ne correspond pas à la réalité. N. CARR (« Questioning Wikipedia », in G. LOVINK et N. TKACZ, *Critical Point of View. A Wikipedia Reader*, Institute of network cultures, 2011, pp. 191 et s.) a notamment critiqué ce mythe de l'ouverture radicale.

(76) S. BROCA, *Utopie du logiciel libre*, *op. cit.*, pp. 95 et s.

(77) *Idem*, p. 97 qui cite D. CARDON

et J. LEVREL, « La vigilance participative. Une interprétation de la gouvernance de Wikipédia », *Réseaux* 2009/2, n° 154, pp. 51-89.

(78) N. JULIEN, « Wikipédia » in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 1227.

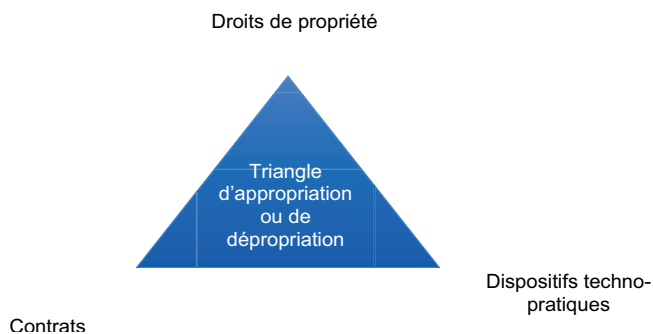
(79) Voy. l'entrée « Wikipédia : Principes fondateurs » sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikipédia:Principes_fondateurs (consulté le 30 août 2022).

(80) L'usage préféré du modèle de la licence CC-BY-NC (Attribution - Pas d'utilisation commerciale) témoigne de la réticence naturelle que nous

avons à tolérer que d'autres fassent un usage commercial (et de l'argent) en réutilisant nos créations.

(81) Voy. <https://creativecommons.org/licenses/>, consultés le 30 août 2022).

(82) En ce sens, F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 154, 2017, pp. 131-172 (lorsqu'ils théorisent ces modèles alternatifs, ces auteurs utilisent d'ailleurs les termes de « transpropriation » et de « dépropriation » qui font référence au modèle propriétaire).



Pour bien saisir l'étendue du modèle propriétaire, et ses facultés négligées d'assurer la dépropriation, on ne peut donc se contenter d'étudier les droits et les règles de la propriété, il faut examiner ses interactions avec les contrats et les dispositifs techno-pratiques de réservation de facto.

1. L'appropriation-dépropriation par les contrats

Les contrats, dont les licences dites libres, sont l'outil central de constitution et de préservation des communs numériques (voy. *supra*). Mais bien entendu, les contrats peuvent aussi servir à renforcer le contrôle sur les ressources, et c'est à cette fin qu'ils sont habituellement utilisés sur les marchés, facilitant ainsi l'extraction de valeur. Comme les droits de propriété, les contrats peuvent être utilisés pour des objectifs d'appropriation ou, à l'inverse, de dépropriation. Le jeu entre droits de propriété et contrats est complexe : souvent les contrats vont renforcer l'effet de contrôle des droits de propriété. Ainsi, des dispositions restrictives dans les contrats (dits parfois propriétaires) en matière de logiciels vont renforcer le contrôle que les droits de propriété intellectuelle sur le code (droit d'auteur) ou sur les fonctionnalités techniques (brevet) peuvent conférer à l'éditeur de logiciels. Et la protection juridique par ces droits et ces contrats est elle-même renforcée par des pratiques, la non-divulgaration des sources du logiciel et les dispositifs concrets visant à préserver leur confidentialité au sein de l'entreprise. À l'inverse, les contrats en matière de logiciels libres renforcent un exercice permissif du droit d'auteur (le *copyleft*), et s'accompagnent d'exigences en termes de mise à disposition des codes sources. Pour d'autres contenus protégeables par le droit d'auteur, les licences « creative commons », comme on l'a vu, s'appuient sur le régime du droit d'auteur, mais subvertissent son usage courant.

Parfois, il y a dissociation entre l'effet des droits de propriété et celui des contrats, en ce sens que l'un de ces mécanismes peut limiter l'effet d'appropriation réalisé par l'autre outil. Un régime de propriété, s'il est adéquatement assorti d'exceptions impératives, peut par exemple ouvrir l'accès aux ressources qui serait sinon cadenassé par contrat. C'est le paradoxe d'un droit de propriété : bien calibré, il peut libérer l'accès à une ressource en interdisant l'appropriation contractuelle.

Paradoxe de la propriété contre l'appropriation par contrat : exemple en matière de base de données. Ce paradoxe est tout d'abord bien illustré par une affaire *Ryanair contre PR Aviation* qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de base de données⁽⁸³⁾. Il s'agissait en l'occurrence de savoir si PR Aviation, qui offrait un service de comparaison de (prix de) vols, pouvait bénéficier d'une exception au régime de protection des bases de données pour s'opposer à Ryanair qui lui reprochait de pratiquer le *scraping* des données de vols sur son site.

Le régime de protection des bases de données institué par la directive 96/9/CE crée un nouveau droit intellectuel, appelé droit *sui generis*, au

profit du fabricant d'une base de données. En conférant un droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation de l'intégralité ou des parties substantielles d'une base de données (article 7 de la directive), ce droit renforce en principe les possibilités d'appropriation déjà offertes par le droit d'auteur. La création de ce nouveau droit intellectuel sur mesure avait été justifiée par les lacunes du droit d'auteur, qui ne peut protéger les bases de données exhaustives (sans sélection originale du contenu) ou arrangées de manière banale (avec par exemple une classification chronologique des données). Ce renforcement de la protection risque indirectement de créer un droit sur les données elles-mêmes, ce qui a fait l'objet de nombreuses critiques dans la doctrine. Le régime des bases de données impose toutefois des exceptions au profit de l'utilisateur légitime d'une base de données lesquelles ne peuvent être écartées par contrat (articles 6, 8 et 15 de la directive). Ces exceptions sont prévues s'il existe une protection par le droit d'auteur ou par un droit *sui generis* puisqu'elles limitent ces droits. La question posée dans le cas d'espèce était de savoir si PR Aviation pouvait néanmoins invoquer cette exception en l'absence de ces droits intellectuels. La Cour de justice a répondu que la directive « n'est pas applicable à une base de données qui n'est protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit *sui generis* (...), si bien que les articles 6, paragraphe 1, 8 et 15 de ladite directive ne font pas obstacle à ce que le créateur d'une telle base de données élabore des limitations contractuelles à l'utilisation de celle-ci par des tiers » (dispositif de la décision de la Cour de justice).

En d'autres termes, il n'existe pas de régime de protection de l'accès des utilisateurs légitimes aux données en dehors du régime propriétaire. Par conséquent, il n'y a pas non plus de restriction aux limitations contractuelles que Ryanair peut imposer à ceux qui souhaitent utiliser ses données de vols. Et Ryanair interdisait précisément leur réutilisation dans les conditions générales (*Terms of Use*) de son site⁽⁸⁴⁾. Plus généralement, la liberté assurée par les exceptions impératives au régime propriétaire (ici aux droits intellectuels sur la base de données) n'existe pas en dehors de ce régime, et la liberté contractuelle (sous réserve toutefois de ses propres limitations) permet de contrôler et d'interdire ce que la propriété ne permet pas de réserver.

Paradoxe de la propriété contre l'appropriation par contrat : exemple du *licensing* généralisé sur les objets intelligents et biens numériques.

Le paradoxe de la propriété qui peut libérer l'accès en limitant l'appropriation d'une ressource par contrat est également illustré par les tensions entre la propriété d'un acquéreur d'un objet intelligent ou d'un titulaire de biens numériques et la généralisation du *licensing* comme mode de contrôle sur ces objets intelligents et biens numériques⁽⁸⁵⁾. Par objet intelligent relevant de l'Internet des Objets (IoT pour Internet of Things), on vise les objets qui incorporent des technologies de l'information (en particulier des logiciels) et collectent des données, tels un smartphone, une smart télévision, un thermostat intelligent ou un tracteur connecté (voire autonome). Les biens numériques couvrent les actifs purement immatériels qui sont ou non protégés par un droit intellectuel, et revêtent une valeur pour celui qui en bénéficie ou y a accès : tel est le cas d'un nom de domaine, d'un jeu en ligne, d'un Bitcoin ou d'un compte Facebook (n'intégrant pas un signe protégé comme marque). Il n'y a par exemple aucune vraie propriété sur un compte Facebook puisque les droits d'usage d'une personne qui a ouvert un tel compte sont déterminés par les conditions d'utilisation du service qui doivent être acceptées avant de l'ouvrir.

Pour les « smart things », il y a souvent des contrats sans propriété, au sens que l'acheteur de ces objets devient un preneur de licence (sur les composants logiciels intégrés à l'objet intelligent) et, souvent également, un donneur de licence (sur les données que son usage va générer et qui profitent au fabricant ou à l'opérateur en ligne pour le développement de services complémentaires ou pour des revenus publicitaires). Celui qui achète l'objet intelligent n'est plus plein propriétaire car ses droits sur l'objet sont amputés par le contrat avec le producteur⁽⁸⁶⁾. Lorsque des conditions contractuelles restrictives sont imposées aux consommateurs par des producteurs, ce qui est le cas avec de

(83) C.J.U.E., 15 janvier 2015, *Ryanair c. PR Aviation*, aff. C-30/14, ECLI:EU:C:2015:10.

(84) Les droits d'accès sont donc protégés dans le cadre du régime propriétaire, mais pas en son absence, ce qui est paradoxal et a été critiqué. Pour une critique quant à l'absence de protection du « domaine public »,

si ce n'est en creux ou en négatif de la propriété : S. DUSOLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *op. cit.*

(85) A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, *op. cit.*, p. 20 : à propos du conflit entre le modèle libre de la propriété (« freedom » model of pro-

perty) et le modèle féodal, cet auteur écrit : « if we do not win this war, a few companies will own large tracts of digital assets and everyone else will be a digital peasant. Licensing is the new feudalism ». Voy. aussi A. STROWEL, « Le *licensing* d'actifs immatériels à la lumière de la théorie des contrats relationnels », *R.I.E.J.*,

2016, n° 76, pp. 147-168.

(86) Lequel s'apparente à un contrat relationnel au sens de Ian R. MACNEIL (« Relational Contract : What We Do and Do Not Know », *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 483-525) : voy. A. STROWEL, « Le *licensing* d'actifs immatériels », *op. cit.*

nombreux objets intelligents, la libération des ressources peut passer par la reconnaissance de véritables « propriétés numériques »⁸⁷.

Prenons l'exemple du tracteur intelligent, peut-être un nouveau terrain de la lutte pour des communs « sur les champs » parce que c'est aussi un bon exemple d'un objet gouverné par les logiciels⁸⁸. Aujourd'hui, certains constructeurs revendiquent la propriété des logiciels intégrés aux tracteurs vendus pour s'opposer à leur modification, voire à leur revente ; demain, la généralisation des licences propriétaires pourrait aboutir à des revendications s'étendant aux données générées par ces machines et utiles pour les récoltes, notamment si elles sont partagées entre agriculteurs⁸⁹. La revendication de propriété (par exemple, d'un paysan sur les composantes immatérielles du tracteur intelligent qu'il a acquis et des données qu'il génère) et sa consécration par la loi pourraient libérer du « joug » imposé par le contrat (et par l'usage d'un dispositif technique intégré au tracteur). En Europe, c'est sans doute du côté du droit des consommateurs ou des pratiques déloyales que ce nouveau « droit de propriété » peut être configuré. Face à la force des contrats imposés par les producteurs, la consécration par le législateur de nouveaux droits de propriété permettant à l'acquéreur d'être restauré dans son contrôle de l'objet acquis impliquerait par exemple de lui reconnaître, en dépit des limitations contractuelles, un droit à revendre l'objet⁹⁰, un droit à exécuter certains logiciels (par exemple, sur un smartphone), un droit à exclure l'intrusion à travers la collecte de données à partir de ces objets (nonobstant des dispositions contractuelles contraires), etc.

2. L'appropriation-dépropriation par les dispositifs technico-pratiques et l'effet des droits de propriété

Les dispositifs pratiques visant à renforcer l'appropriation prennent des formes très variées : si on s'intéresse aux domaines fonciers, les « enclosures », c'est-à-dire les actions d'enclore un terrain à l'aide de haies, murs ou barrières, ont permis l'appropriation. Et cette enclosure des pâturages aurait, selon la vision de Garret Hardin, exposée il y a 50 ans, permis d'éviter « la tragédie des communs »⁹¹. Sur le terrain du numérique, des dispositifs logiciels, avec clé d'accès ou contrôle conditionnel, sont couramment utilisés pour contrôler l'accès, et ainsi segmenter l'offre et extraire de la valeur. Ainsi, le système de « zonage des DVD » par exemple, ne permet pas de lire les DVDs confectionnés pour une zone géographique sur des appareils de lecture prévus pour une autre zone. Les mesures techniques de protection, parfois appelées systèmes de DRM (pour « Digital Rights Management »), portent aujourd'hui moins sur des œuvres individuelles (tel ou tel film retranscrit sur un disque Blue-ray), mais incluent les dispositifs de contrôle d'accès à des services de vidéos en *streaming* comme Netflix ou Amazon Prime. Le droit d'auteur est venu renforcer cette protection technique *de facto* en instituant d'abord au niveau international, puis au niveau européen, une « protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces »⁹². Cette protection *de iure* instaure une troisième couche de protection, tandis que les mesures techniques offrent une seconde couche de protection s'ajoutant à la couche primaire, purement juridique, du droit de propriété intellectuelle. Cette troisième couche de protection, liée à l'application de sanctions spécifiques pour des actes spécifiques de contournement des mesures de protection, institue ce que l'on doit désigner, suivant la typologie utilisée ici,

un droit de propriété nouveau (en plus du droit de propriété qu'est le droit d'auteur). La protection juridique des mesures techniques de protection du droit d'auteur, avec le jeu complexe qui s'instaure entre les deux protections juridiques (et leurs exceptions respectives⁹³) et la protection *de facto* (par la technique), constitue une belle illustration des interactions entre les trois pôles du modèle d'appropriation qui tendent à se superposer.

Ces interactions ont été bien aperçues par Elinor Ostrom pour documenter les mises en commun de ressources naturelles. Avec Edella Schlager, la récipiendaire du prix Nobel d'économie a utilisé la notion de « faisceau de droits de propriété » (« bundle of property rights ») pour caractériser les arrangements institutionnels adoptés par diverses communautés locales pour préserver des ressources rivales et difficilement excluables (par exemple dans le domaine de la pêche). Leur article commun, souvent repris dans la littérature française sur les communs⁹⁴, *Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis*, souligne que différents « faisceaux de droits de propriété » affectent les actions individuelles et le mode de gestion des ressources naturelles⁹⁵. Selon E. Ostrom et E. Schlager, les *property rights* sont soit *de jure* (lorsqu'établis par un législateur), soit *de facto* (lorsque résultant de la pratique et de la coopération entre les usagers des ressources). Pour ces auteurs, les « *de facto* property systems » sont importants⁹⁶. Ces « régimes propriétaires *de facto* » sont souvent négligés par ceux qui étudient la régulation (de la pêche par exemple), alors que ce sont ces régimes de règles *de facto* qui « réduisent sensiblement les incitants à surinvestir » pour récolter les produits naturels (de la pêche). Ces arrangements des *property rights* résultant d'un choix collectif produisent des règles effectives quant aux ressources, bien adaptées aux situations particulières. Comme « la régulation de ces régimes propriétaires *de facto* » est réalisée par les destinataires (par exemple, les pêcheurs), cette internalisation des coûts de surveillance et de mise en œuvre réduit les coûts et inefficacités du système. La notion de *property rights*, considérée de manière très large par ces auteurs, inclut donc les dispositifs pratico-techniques qui assurent un contrôle *de facto*, éventuellement au bénéfice d'une gouvernance soutenable. Si l'on adopte cette notion (large) de *property rights*, incluant des « régimes propriétaires *de facto* », on doit conclure avec S. Broca que « de nombreux communs sont tributaires de formes juridiques propriétaires quand bien même ils délaissent la propriété privée exclusive »⁹⁷ (les communs de pêche analysés par E. Ostrom et E. Schlager en sont une bonne illustration).

Plutôt que d'utiliser la notion de *property rights* retenue par Elinor Ostrom, qui recouvre les divers instruments du processus d'appropriation-dépropriation, il semble préférable, dans une perspective qui tienne plus sérieusement compte du point de vue juridique, de distinguer les trois angles (voy. *supra*) et, parmi eux, les deux outils juridiques intégrés au mécanisme général d'appropriation-dépropriation.

B. L'appropriation-dépropriation assurée par les outils législatifs ou jurisprudentiels

Même si la construction des communs numériques par l'action publique reste en dehors du propos de cette contribution, il est clair que l'intervention du législateur peut s'avérer décisive pour leur éclosion et déploiement. Pour les communs numériques, la délimitation par le

(87) J. A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, op. cit., pp. 51-56, 71-76.

(88) L. SYDELL, « DIY Tractor Repair Runs Afoul of Copyright Law », NPR (17 août 2015) disponible sur https://www.npr.org/sections/alltechconsidered/2015/08/17/432601480/diy-tractor-repair-runs-afoul-of-copyright-law?hpid=hp-top-story-collection_20150817_1_11664762598568 consulté le 30 août 2022.

(89) Voy. K. WIENS, « We can't let John Deere destroy the very idea of ownership », *Wired*, 21 avril 2015, <https://www.wired.com/2015/04/dmca-ownership-john-deere/> consulté le 30 août 2022. Voy. aussi D. COYLE, « How the digital age cuts through notions of material ownership », *Financial Times*, 29 septembre 2016, <https://>

www.ft.com/content/d24bd5dc-83c8-11e6-a29c-6e7d9515ad15 (consulté le 30 août 2022).

(90) Une extension de la règle de l'épuisement des droits intellectuels et en particulier du droit d'auteur sur le logiciel intégré à l'objet pourrait y contribuer.

(91) G. HARDIN, « The Tragedy of Commons », *Science*, 1968, 162 (3859), pp. 1243-1248.

(92) Article 11 du Traité OMPI sur le droit d'auteur transposé à l'article 6 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

(93) Voy. l'article 6(4)(4) de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur qui vise à préserver les exceptions au droit d'auteur (1^{re} couche) en dépit de la protection juridique

(3^e couche) des mesures techniques (2^e couche) qui, elles, compte tenu de leur automaticité ou caractère « non réfléchi », ne peuvent distinguer un usage illicite d'un usage autorisé au titre de la copie privée ou de la citation par exemple.

(94) Voy. B. CORIAT, « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., pp. 32-36 et F. ORSI, « Revisiter la propriété pour construire les communs », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., pp. 58-61.

(95) Ces auteurs écrivent : « different bundles of property rights, whether they are de facto or de jure, affect the incentives individuals face, the types

of action they take, and the outcomes they achieve » (E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Lands Economics*, vol. 68, août 1992, n° 3, p. 249-262 à la p. 256, accessible sur <http://www.jstor.org/stable/3146375>, consulté le 30 août 2022).

(96) *Ibidem*, p. 255.

(97) S. BROCA, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », *SociologieS*, Dossiers. Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?, § 8 ; accessible sur <http://sociologies.revues.org/5662> (consulté le 30 août 2022).

législateur des exceptions à la propriété intellectuelle est décisive, en tout cas lorsque les exceptions sont considérées comme impératives, ce qui permet d'éviter l'appropriation induite par contrat⁹⁸. Illustrons cela par deux exemples de projets législatifs relatifs à l'appropriation des données⁹⁹, respectivement en droit européen et français, le premier ayant abouti à une ouverture partielle de l'accès aux données, le second, plus ambitieux, ayant échoué.

1. Exception aux droits de propriété intellectuelle pour la « fouille de textes et données » (2016-2019)

Le débat européen sur l'étendue de l'exception pour la « fouille de textes et données » (*text and data mining* ou TDM) en droit d'auteur montre comment le droit de propriété, adéquatement délimité, peut imposer l'ouverture des données que les contrats pourraient sinon limiter. L'opération de TDM a été définie comme « un ensemble de traitements automatisés consistant à extraire des connaissances dans un ensemble de contenus numériques, qui peuvent inclure des textes, des données, des sons, des images ou d'autres éléments, ou une combinaison de ceux-ci. Elle permet d'analyser parallèlement de vastes quantités de données selon un critère de nouveauté ou de similarité, et ainsi de dégager des conclusions difficiles à appréhender par la simple lecture cursive »¹⁰⁰. Ces traitements automatisés peuvent porter sur des œuvres protégées (par exemple, si on analyse les occurrences de certains mots dans des corpus littéraires) et incluent des reproductions, fussent-elles temporaires et partielles, au sens du droit d'auteur¹⁰¹. En effet, quand l'outil de TDM exécute l'analyse, il copie tout ou partie de l'œuvre (par exemple, en assurant la conversion d'un fichier PDF vers un autre format). Ainsi, ces opérations — qui sont des étapes nécessaires du processus de TDM — relèvent en principe du droit d'auteur (ou du droit *sui generis* sur la base de données). Les éditeurs de monographies ou de revues considèrent donc que les recherches menées dans les corpus numérisés requièrent leur autorisation au titre du droit de reproduction. À défaut d'une délimitation adéquate de l'étendue du droit de propriété intellectuelle par les juges, ce qui résoudrait le problème¹⁰², le législateur doit prévoir une exception au droit de reproduction pour le TDM vu le risque de violation du droit d'auteur et l'insécurité qui en résulte. La directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique a introduit cette nouvelle exception¹⁰³ qui avait été proposée par la Commission dans sa proposition de directive datant de septembre 2016. La nouvelle exception, qui exonère les reproductions (et les extractions¹⁰⁴) effectuées par des organismes de recherche et des institutions du patrimoine culturel, en vue de procéder, à des fins de recherche scientifique, à une fouille de textes et de données sur des œuvres ou autres objets protégés auxquels ils ont accès de manière licite » (article 3(1) de la directive 2019/790) va plus loin que celle, gé-

nérale, existant au profit de la recherche scientifique, et, surtout, elle ne peut pas être contournée par des dispositions contractuelles qui interdiraient le TDM (article 7(1)). L'adoption d'une exception est un mécanisme législatif classique permettant de rééquilibrer les droits de propriété et, si l'exception est impérative, de limiter l'appropriation par contrat.

Cependant, les débats législatifs entre le dépôt de la proposition de directive en septembre 2016 et avril 2019 ont fait apparaître l'é étroitesse de l'exception proposée au départ par la Commission dans la mesure où l'exception obligatoire prévue pour le TDM à des fins de recherche scientifique (article 3) ne peut pas bénéficier aux chercheurs indépendants (non affiliés à un organisme de recherche), aux journalistes (par exemple, pour réaliser du *fact-checking*) ou aux associations de consommateurs (par exemple, pour comparer des conditions générales en ligne), et qu'elle exclut les fouilles réalisées à des fins commerciales, ce qui pourrait entraver le travail de certains *data scientists* vu la limite poreuse entre recherche scientifique et commerciale. Au terme du processus législatif, le Parlement et le Conseil ont adopté une exception complémentaire, valant en dehors du contexte de la recherche (article 4 de la directive 2019/790). Toutefois, contrairement à l'exception pour le TDM à finalité scientifique, cette dernière exception ne vaut qu'à condition que l'utilisation des éléments protégés « n'ait pas été expressément réservée par leurs titulaires de droits de manière appropriée, notamment par des procédés lisibles par machine » (article 4(3)). Autrement dit, l'application d'un dispositif technique (par exemple la balise *robot.txt* d'exclusion automatique des outils de recherche en ligne sur une page *web*) permet en pratique de neutraliser l'ouverture des données réalisée par l'exception (*a priori*, une plateforme en ligne pourrait donc empêcher par un dispositif technique qu'un système automatisé de comparaison des conditions générales soit mis en place par des consommateurs). En ce qui concerne le TDM non scientifique, les facultés d'appropriation sont d'autant plus préservées que des dispositions contractuelles peuvent par ailleurs interdire le TDM ou l'assujettir à des conditions restrictives¹⁰⁵. Même si la directive impose une ouverture du droit d'auteur, la délimitation du pouvoir de contrôler la fouille de textes et données et donc de s'approprier ces ressources numérisées reste imparfaite et sujette à critiques, notamment par rapport à la mise en place de procédés de divulgation automatisée et intelligente (les « *smart disclosure systems* »¹⁰⁶) en faveur des consommateurs¹⁰⁷.

2. Rejet en France du « domaine commun informationnel » (2014-2016)

Un autre débat législatif, celui mené en France, autour de la création du « domaine commun informationnel », mérite d'être relaté, c'est l'histoire d'un « échec législatif » des communs pour reprendre l'ex-

(98) Sous réserve qu'en l'absence de droits de propriété, comme examiné ci-dessus (avec l'affaire *Ryanair contre PR Aviation*), les contrats, voire les mesures techniques, peuvent contourner les limites aux droits de propriété fixées par le législateur.

(99) Sur les multiples voies d'appropriation des données, voy. A. STROWEL, « Data and Data Appropriation in the EU », in T. APLIN (éd.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Edward Elgar, 2020, pp. 107-135.

(100) Conseil national du numérique, Document sur le projet de loi pour une République numérique. La fouille de textes et de données, accessible sur https://cnumerique.fr/files/2017-10/CNNum_Fiche_TDM.pdf (consulté le 30 août 2022).

(101) Si l'on suit l'interprétation très large de la notion de « reproduction » selon la Cour de justice de l'UE : arrêt du 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, ECLI:EU:C:2009:465.

(102) Cette interprétation jurisprudentielle trop extensive du droit de reproduction à l'ère de l'Internet et

du numérique est critiquable et mériterait d'être revue à la lumière des finalités du droit d'auteur (pour une analyse critique de cette jurisprudence, voy. A. STROWEL, *Reconstructing the Reproduction and the Communication to the Public Rights : How to Align Copyright with Its Fundamentals*, in B. HUGENHOLTZ (éd.), *Copyright Reconstructed, Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 203-240). À défaut d'une interprétation plus restrictive de l'étendue du droit, il faut à tout le moins prévoir une exception suffisamment large pour le TDM (et pour d'autres reproductions de nature technique).

(103) La directive définit la « fouille de textes et de données » comme « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous forme numérique afin d'en dégager des informations ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations » (art. 2(2) de la directive 2019/790). Le considérant 8 de la directive précise : « Cette fouille de textes et de données rend possible le

traitement de grandes quantités d'informations en vue d'acquies de nouvelles connaissances et de découvrir de nouvelles tendances. Les technologies de fouille de textes et de données sont très répandues dans l'ensemble de l'économie numérique ; toutefois, il est largement reconnu que la fouille de textes et de données peut être en particulier profitable à la communauté des chercheurs, et ainsi soutenir l'innovation. Ces technologies bénéficient aux universités et à d'autres organismes de recherche, de même qu'aux institutions du patrimoine culturel, étant donné qu'elles pourraient également effectuer des recherches dans le cadre de leurs activités principales. Cependant, dans l'Union, ces organismes et institutions sont confrontés à une insécurité juridique, ne sachant pas dans quelle mesure il leur est possible d'effectuer une fouille de textes et de données sur des contenus ».

(104) Sont donc visées certaines « reproductions » au sens du droit d'auteur ainsi que certaines « extractions » couvertes par le droit *sui generis* au profit du producteur de bases de données (au sens de l'article 7 de la directive 96/9/CE sur

la protection juridique des bases de données). Ce sont donc deux droits de propriété (le droit d'auteur et le droit *sui generis* sur les bases de données) qui sont affectés par ce réajustement des limites.

(105) En effet, l'exception pour TDM de l'article 4, contrairement à celle de l'article 3, peut être écartée par une disposition contractuelle contraire (voy. article 7(1)).

(106) La divulgation intelligente désigne « the timely release of complex information and data in standardised, machine readable formats in ways that enable consumers to make informed decisions » (C. SUNSTEIN, « Informing consumers through smart disclosure », <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2012/03/30/informing-consumers-through-smart-disclosure>, consulté le 30 août 2022).

(107) Voy. R. DUCATO et A. STROWEL, « Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment : Making the Case for a Right to "Machine Legibility" », *JIC*, 2019, vol. 50/6, pp. 649-684.

pression de Lionel Maurel qui cherche à en tirer des enseignements¹⁰⁸. Cette histoire commence avec un rapport paru en 2013 de la mission dite Lescure, chargée de faire des propositions pour réformer le droit d'auteur. Est ainsi suggérée une mesure n° 74 afin de « renforcer la protection du domaine public dans l'univers numérique : établir dans le Code de la propriété intellectuelle une définition positive du domaine public »¹⁰⁹. Ce « domaine public », notion qui est reconnue par la doctrine et la jurisprudence (pas par le législateur), se définit en effet négativement, en creux du droit d'auteur : relève de ce domaine, ce qui n'est plus ou pas protégé par la propriété littéraire ou artistique. Par des dispositions contractuelles ou des dispositifs pratiques, on peut toutefois potentiellement s'approprier ce qui n'est pas dans l'orbite d'un droit de propriété (comme rappelé avec l'affaire *Ryanair c. PR Aviation* ; voy. *supra*). Ces éléments du domaine public restent donc sujets à divers modes d'appropriation et à l'extension des propriétés intellectuelles par des stratégies diverses (telles qu'une nouvelle traduction d'une œuvre du domaine public¹¹⁰). Sollicité par le gouvernement français, un groupe de juristes et d'associations a alors proposé une nouvelle notion, inconnue en droit, celle de « domaine commun informationnel » qui visait à déterminer un régime commun pour les œuvres au terme de la protection, ainsi que pour les faits, idées ou informations qui demeurent en principe en dehors du droit d'auteur et pour les données publiques. Il en résultera la proposition d'un article 8 qui était libellé comme suit :

« Définition du domaine commun informationnel

» Relèvent du domaine commun informationnel :

» 1° Les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, données, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique dans le respect des lois et règlements en vigueur et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique ;

» 2° Les objets protégés par un droit de propriété intellectuelle, ou par un autre droit exclusif, dont la durée de protection légale a expiré ;

» 3° Les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement [...]

» Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. Elles ne peuvent, en tant que telles, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous.

» Les associations ayant pour objet la défense des choses communes ont qualité pour agir aux fins de faire cesser toute atteinte au domaine commun informationnel et pour engager une action en responsabilité ».

Le choix avait été fait de repartir de l'article 714 du Code civil et de la notion de « choses communes »¹¹¹ qui renvoie aux choses matérielles naturellement partagées, comme l'air ou la lumière. C'était sans doute un mauvais départ car l'idée de *res communes* repose sur une vision « naturalisante » tendant à occulter que « les communs sont des ressources volontairement instituées par une communauté pour faire l'objet d'un usage partagé »¹¹². Même si les biens numériques semblent, par leur relative abondance, proches des traditionnelles *res communes*, l'idée de la naturalité de leur partage masque les multiples décisions et dispositifs qui l'assurent. La disposition proposée ajoutait un élément décisif par rapport à l'approche de l'article 714 : la consécration d'un droit à agir pour les associations capables de représenter

l'intérêt des choses communes, ce qui revenait à ajouter un élément de gouvernance du commun décrété par la loi. Lors du processus législatif, le texte sera d'abord amendé d'une façon qui annihile l'effet de dépropriation législative puisque la seconde version de ce texte inséré dans la « loi pour une République numérique » précisait que les éléments repris à l'alinéa 1^{er} (les informations, idées, etc.) n'appartiennent au domaine commun que s'ils « ne sont pas protégés par un droit spécifique, *tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle* », ce qui d'un côté était tautologique, et, de l'autre, ouvrait la voie à l'appropriation par contrat. À la suite des réactions, notamment des sociétés de gestion collective des droits d'auteur, la disposition sera finalement retirée du texte avant le débat au Parlement.

Le débat français révèle la nécessité d'avancer par petits pas, car le concept de commun informationnel n'est pas encore mûr ni bien délimité. Ouvrir une brèche radicale dans le dispositif juridique risque de remettre en cause certaines pratiques économiques légitimes et d'exacerber des rapports de force. Des mesures plus ponctuelles et concrètes, à l'instar de ce que le Conseil national du numérique avait préconisé en 2014 pour soutenir les logiciels libres, l'ouverture des données publiques (Open Data) ou le libre accès aux données scientifiques (Open Access)¹¹³, sont susceptibles de davantage faire bouger les pratiques (et la loi pour une République numérique promulguée le 7 octobre 2016 en retiendra certaines).

Conclusions

Ambivalence des droits de propriété et des contrats : entre appropriation et dépropriation. S'interroger sur les ressorts des communs numériques (appelé parfois le « communisme immatériel »¹¹⁴) oblige à repenser le rôle du droit, en particulier des droits de propriété intellectuelle et des contrats. Si les communs semblent s'opposer au modèle propriétaire, certains défenseurs et acteurs des communs ont aperçu l'ambivalence des droits de propriété. M. Bauwens oppose par exemple « la propriété intellectuelle fermée » au modèle concurrent « qui s'appuie sur la propriété intellectuelle ouverte et les contributions libres »¹¹⁵. L'usage ouvert d'une ressource numérique repose d'abord sur un système de droits et obligations : les logiciels libres, Wikipédia et les « communs créatifs » existent grâce à des usages et pratiques qui sont largement déterminés par les droits intellectuels et les dispositions contractuelles relatifs à ces droits. En outre, des dispositifs concrets (comme la mise à disposition en ligne du code ou la facilité de recherche d'un contenu faisant partie du commun créatif) facilitent l'usage partagé de la ressource numérique. Notre article a présenté les trois instruments principaux de la dépropriation, qui se réalise à travers un usage à rebours des modes habituels d'appropriation des ressources. Cette lecture du « libre » réhabilite pour partie les instruments juridiques de la propriété et de la maîtrise, puisqu'ils offrent la matrice pour mettre en place et en marche des communs¹¹⁶.

Au-delà : les modes de gouvernance. Si un commun suppose une ressource partagée et un système de droits et obligations, il se définit aussi par une gouvernance collective qui pérennise le commun. Ellinor Ostrom et son équipe de chercheurs ont bien aperçu que des droits de

(108) L. MAUREL, « La reconnaissance du "domaine commun informationnel" : tirer les enseignements d'un échec législatif », in N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs ?*, op. cit., pp. 133-141.

(109) Mission « Acte II de l'exception culturelle » : contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, Rapport pour la Présidence de la République et le ministère de la Culture et de la Communication, mai 2013, p. 478, disponible sur <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000278/index.shtml> (consulté le 30 août 2022).

(110) Sur les stratégies temporelles en matière de propriété intellectuelle, qui visent tantôt à prolonger

les droits, tantôt à jouer avec l'écoulement du temps (pour une appropriation des personnages du folklore par ex.), voy. I. RANDRIANIRINA, « Les stratégies temporelles en droit de la propriété intellectuelle », in A. QUIQUEREZ (coord.), *Stratégies internationales et propriété intellectuelle*, Larcier, 2019, pp. 39-59.

(111) Cet article commun aux Codes civils français et belge énonce que : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

(112) L. MAUREL, op. cit., p. 137.

(113) CNNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport remis au Premier Ministre, juin 2015, disponible sur [\[numerique.fr/files/2017-10/CN-Num-rapport-ambition-numerique.pdf\]\(https://numerique.fr/files/2017-10/CN-Num-rapport-ambition-numerique.pdf\) \(consulté le 30 août 2022\). Ces propositions de mesures ont été appelées par L. MAUREL, op. cit., p. 136.](https://cn-</p>
</div>
<div data-bbox=)

(114) M. BAUWENS, *Sauver le monde*, op. cit., p. 38 (ce penseur essaie de dénouer les liens entre ce « communisme immatériel » et le capitalisme matériel).

(115) *Idem*, p. 36.

(116) Comme souligné par Sébastien Broca, cette ambiguïté, trop souvent délaissée dans la réflexion sur les communs, se retrouve par exemple dans le discours des mouvements sociaux se réclamant des communs. Ainsi, des militants en faveur de la ZAD (Zone à défendre) de Notre-Dame des Landes en France

évoquent la création de « communaux » qui sont présentés comme une forme de « propriété collective » (ZAD de Notre-Dame des Landes, « De la ZAD aux communaux », Lundi matin, n° 25, <https://lundi.am/De-la-ZAD-aux-Communaux-Partie-I> (cité par S. BROCA, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », op. cit., § 4). On pourrait sans doute multiplier les exemples où revendications de communs et désirs de réappropriation se mêlent, l'organisation et la répartition de la maîtrise entre les membres de la communauté faisant toute la différence.

propriété¹¹⁷, notamment le droit d'exclure, sont nécessaires pour une bonne gouvernance des communs¹¹⁸. Ils ne sont pas suffisants pour autant car il faut encore déterminer les cadres de l'action collective des producteurs du commun, ces cadres étant adossés à des structures juridiques diverses (par exemple, des associations, fondations, sociétés coopératives ou commerciales)¹¹⁹. Le volet gouvernance qui a une composante juridique lui aussi n'a pas été étudié ici, même si on l'a effleuré en complément à l'analyse des logiciels libres, de Wikipédia et des communs créatifs. La difficulté principale de ces modes qui tient à la « titularité (ou communauté) diffuse » des prérogatives¹²⁰ n'a pas été abordée. C'est un complément essentiel toutefois pour la construction des communs numériques.

Les communs numériques entre mesures publiques et mécanismes de droit privé. Les délimitations des droits de propriété par le législateur peuvent contribuer à faciliter l'accès aux ressources numériques, comme on l'a vu avec l'exception en droit d'auteur pour la fouille de textes et données. Ces exceptions sont toujours à remettre sur le métier,

et si le législateur ne les ajuste pas correctement, c'est à la jurisprudence de le faire. Car, à défaut, l'autonomie du propriétaire règne¹²¹ et l'usage qu'il fait de son droit risque d'entrer en conflit avec des impératifs de politique publique.

En dehors des mesures publiques, en ce compris les décisions judiciaires, la malléabilité des outils juridiques de droit privé (droits de propriété et contrats) détermine le processus relatif d'appropriation ou de dépropriation et permet (ou non) l'essor des communs. Cette flexibilité est sans doute trop rarement exploitée pour assurer le développement harmonieux des communs numériques. Mais elle est inscrite dans le système de droit privé en place¹²². Les communs ne sont pas contre la propriété, c'est plutôt de la propriété revue et corrigée¹²³.

Alain STROWEL¹²⁴

Professeur à l'Université Saint-Louis, Bruxelles, UCLouvain, Munich Intellectual Property Law Centre, avocat

(117) E. Ostrom n'avait pas de réticence, on l'a vu, à utiliser le terme de « property rights » pour désigner la distribution des points de contrôle sur des ressources naturelles partagées, intégrant donc le mode propriétaire dans l'organisation des communs.

(118) B. PRAINSACK, « Logged out : Ownership, exclusion and public value in the digital data and information commons », in *Big Data & Society*, janvier-juin 2019, p. 1-15, à la page 3 et note 11.

(119) S. BROCA et F. MOREAU, « Quels business models pour pérenniser les communs numériques ? », in N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs ? op. cit.*, pp. 156-157.

(120) Souligné par J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété. La propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXVIII,

2014/3, pp. 357 et 361. Cette forme de titularité diffuse est « propre aux biens communs » selon P. DARDOT (« Les limites du juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 16, 2016, § 11, <https://traces-revues.org/6642>, consulté le 30 août 2022).

(121) Comme l'écrit J.-P. ROBE, *op. cit.*, p. 191 : « Avec la propriété, ce qui est fini à un instant donné, n'est pas l'ensemble des prérogatives, le "faisceau de droits". Ce qui est fini, c'est l'ensemble des limitations au droit de propriété, à l'autonomie qu'il offre. L'autonomie du propriétaire est la règle ; les limitations à cette autonomie via des contrats ou des lois ou autres normes créées via le système politique limitant les usages de la propriété sont des exceptions. La propriété est un droit d'autonomie par principe, avec un "faisceau de limites", un faisceau d'exceptions. Ces limites changent avec l'évolution du

droit positif [...] La propriété est une règle par défaut et une des clés des processus de prise de décision "privés" et "publics" dans notre société. Le propriétaire est celui qui décide par principe de l'usage de ses biens ».

(122) Ce paradoxe (la propriété commune ou le propre comme commun) se retrouve dans l'oxymore *Omnia sunt (c)ommunia* que j'ai utilisé pour titrer un autre article consacré aux communs : A. STROWEL, « *Omnia sunt (c)ommunia : des opera au Big Data* », *R.I.E.J.*, 2019, n° 81, pp. 177-209.

(123) En ce sens, le(s) commun(s) ne peuvent être pensés comme l'autre de la propriété (S. BROCA, *op. cit.*, § 2 *in fine*). Voy. aussi : J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété. La propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *op. cit.*, pp. 365 et s. B. Coriat a pu résumer le fil directeur de son ouvrage précité : « montrer

comment le propre des communs est qu'ils sont construits non pas sur la négation du droit de propriété, mais au contraire sur d'autres définitions de la notion de propriété qui, rompant avec la conception exclusiviste de la propriété héritée du droit bourgeois, rendent possibles et effectives la propriété partagée et au-delà encore, dans certains cas, l'existence d'une propriété "communale" » (B. CORIAT, « Introduction. Propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire, op. cit.*, p. 28).

(124) Cette contribution est une version retouchée et actualisée d'un chapitre du livre publié sous la direction d'Antoine Bailleux (*Le droit en transition*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2020).

Les vaccins comme outil de bien commun

1 Introduction

1. Le thème de ce numéro spécial du *Journal des tribunaux* est « les communs » en partant du constat que « depuis quelque temps, on observe des appels renouvelés à la reconnaissance de “communs”, biens communs, choses communes ou patrimoines communs ainsi qu’à leur mobilisation dans de nouvelles argumentations juridiques. Comment ouvrir ou garantir l’usage d’une chose à l’ensemble des membres d’une communauté ou assurer, à leur bénéfice, la préservation de cette chose, plus largement le respect d’une affectation à un intérêt commun socialement défini »¹.

2. Certains pourront s’étonner du passage de « communs » à « bien commun » et à juste titre. Pourtant, les deux notions sont liées ainsi que cela est mis en lumière par Etienne Verhaegen, dans son ouvrage « des biens communs au commun ». Il y précise que les communs ont différentes conceptions et adopte une « approche lexicographique, en repartant des termes communément utilisés : biens communs, bien commun, *commoning* et commun »². Dans la suite de sa réflexion, il considère également que « le bien commun fait référence aux valeurs et objectifs qu’une communauté poursuit, à ce qu’elle partage, à ce qu’elle a — ou souhaite — mettre en commun »³. Et l’auteur de ponctuer son propos en mettant l’accent sur « l’importance fondamentale d’élargir le sens des communs dans trois directions. Celle des questions de finalité et de morale (à travers la notion de bien commun) ; celle qui met au cœur de leur potentiel transformatif l’importance des relations intracommunautaires comme constitutives des communs — c’est-à-dire qui dépassent l’“agir les uns avec les autres” pour aller vers un “agir les uns pour les autres” (le *commoning*) ; et enfin celle qui problématise les frontières des communs, leur encastrement institutionnel et leurs articulations au marché et à l’État (le commun comme principe politique) »⁴.

Pour sa part, Edouard Jourdain relève qu’« avec la vision des biens communs relayée par la commission Rodotà, qui a rendu en 2010 en Italie un rapport sur la “modification du Code civil en matière de biens publics”, plusieurs renversements s’opèrent par rapport à la conception institutionnelle d’Ostrom : les communs ne sont plus protégés parce qu’ils sont communs mais parce qu’ils sont considérés comme essentiels au développement de la personne. De plus, ils ne sont plus focalisés sur la ressource qui pouvait faire l’objet d’une qualification de bien commun *a priori* mais sur les sujets, en l’occurrence les personnes dont les droits s’inscrivent dans une dimension sociale et non individualiste »⁵.

3. La présente contribution abordera la question du bien commun à travers les vaccins vus comme un outil de « bien commun » avec un regard critique sur le vaccin contre la Covid-19 et le Covid Safe Ticket. En effet, la pandémie Covid-19 a provoqué un retour en avant-plan de la vaccination soulevant une forte résistance pour diverses raisons, bonnes ou mauvaises. Pourtant, la vaccination est un acte médical devenu assez banal et s’effectuant également sur les patients depuis leur plus jeune âge même si certaines personnes y sont réfractaires.

Il est certain que la rapidité de « création » des vaccins contre la Covid-19 et l’utilisation à grande échelle de l’ARN messager a instillé une crainte chez de nombreuses personnes. Pourtant, les travaux sur ce composant sont déjà anciens puisqu’ils ont été « présentés début 1961 dans un article historique qui leur valut le prix Nobel, [et dans lequel] Jacob et Monod s’interrogeaient sur la manière dont le message porté par les gènes, par l’ADN, était transmis au lieu où sont synthétisées les protéines, sur des structures dénommées ribosomes »⁶. Bien entendu, cela ne présageait pas encore l’utilisation massive qui allait en être faite à partir de 2020.

Il convient également de relever que cette utilisation de l’ARN messager à des fins thérapeutiques n’est pas nouvelle puisque, dès 2002, un « premier essai clinique a été conduit chez des patients atteints d’un cancer de la prostate. Le traitement consiste en l’injection de cellules impliquées dans le fonctionnement du système immunitaire (des cellules dendritiques) dans lesquelles un ARNm codant pour l’antigène PSA est introduit. Aux États-Unis, ce développement a donné lieu à la commercialisation du vaccin Sipuleucel-T »⁷. Or ces premiers vaccins n’ont pas soulevé les réactions observées dans le cadre de la vaccination contre la Covid-19 au sein de la population mondiale. Cela est probablement dû au fait que, d’une part, le traitement ciblait une maladie particulière dans le conscient collectif et, d’autre part, les années 2000 n’avaient pas encore connu l’essor des réseaux sociaux et des *fake news* que nous connaissons aujourd’hui.

4. La présente contribution tend à analyser la question de la vaccination en Belgique et, plus particulièrement, celle contre la Covid-19, au regard de divers éléments légaux. Une première partie procédera à une très courte analyse de la notion de « bien commun » pour ensuite aborder deux arrêts de jurisprudence en matière de vaccin obligatoire pour ensuite nous interroger sur la vaccination contre la Covid-19 telle qu’elle a été gérée en Belgique en analysant également la question indissociable du Covid Safe Ticket.

2 La notion de bien commun

5. Jean-Claude Ricci remonte à l’Antiquité pour retrouver cette notion de bien commun. Ainsi, « durant toute l’Antiquité, soit environ de – 1000 à + 500, la conception de la cité était celle d’une entité purement humaine. La cité est un groupe d’hommes qui mènent une vie commune en vue du bonheur collectif. Même la religion, les croyances surnaturelles étaient des créations humaines ; l’homme avait fait les dieux à son image (anthropomorphisme) et ces derniers ne vivaient pas dans un univers très différent de celui des humains. Les prêtres n’étaient que des magistrats publics comme les autres »⁸. À Athènes, l’on considérait que l’individu s’effaçait au profit de la collectivité dans « une conception collectiviste et communautariste de la vie sociale »⁹. Platon définissait le bien commun « comme le but de toute bonne politique »¹⁰ ; politique qui « doit assurer aux citoyens la meilleure vie possible »¹¹.

(1) Extrait du courrier électronique d’invitation à contribuer à ce numéro spécial du *J.T.*

(2) E. VERHAEGEN, « Des biens communs au commun », *Les Politiques Sociales*, 2018/1 (n° 1-2), p. 20. <https://www.cairn.info/revue-les-politiques-sociales-2018-1-page-19.htm>.

(3) E. VERHAEGEN, « Des biens communs au commun », *op. cit.*, p. 25.

(4) E. VERHAEGEN, « Des biens communs au commun », *op. cit.*, pp. 29-30 ; nous soulignons.

(5) E. JOURDAIN, « Le droit des

communs », *Les Communs*, Paris, PUF, 2021, p. 57, <https://www.cairn.info/les-communs-9782715405288.htm> ; nous soulignons.

(6) « Découverte de l’ARN messager, en 1961 », <https://www.pasteur.fr/fr/journal-recherche/actualites/decouverte-arn-messenger-1961#:~:text=Pr%C3%A9sent%C3%A9s%20d%C3%A9but%201961%20dans%20un,sur%20des%20structures%20d%C3%A9nomm%C3%A9es%20ribosomes> (dernière consulta-

tion le 16 septembre 2022).

(7) <https://www.inserm.fr/dossier/therapies-a-arn/#lutter-contre-les-cancers> (dernière consultation le 16 septembre 2022).

(8) J.-C. RICCI, « Le Bien commun : les prémices d’une idée », *Les Cahiers Portalis*, 2017/1 (n° 4), p. 22, <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2017-1-page-21.htm> (dernière consultation le 16 septembre 2022).

(9) J.-C. RICCI, « Le Bien commun : les prémices d’une idée », *op. cit.*, p. 23. À noter que Rome, par contre,

« se situe à l’opposé d’Athènes. La première place revient à l’individu et à sa liberté (contrat, famille, propriété), l’État — disons, pour faire court, le collectif — n’a qu’une place seconde. ».

(10) Universalis Junior, <https://junior.universalis.fr/encyclopedie/bien-commun/>.

(11) Universalis Junior, <https://junior.universalis.fr/encyclopedie/bien-commun/>.

La notion de bien commun se retrouvera également dans les travaux de penseurs tels que saint Augustin et saint Thomas. Ce dernier a ainsi insisté « d'abord sur la nécessité rationnelle de l'existence du pouvoir politique car celui-ci, dans son rôle, est irremplaçable ». L'Aquinat affirme : « Si donc la nature de l'homme veut qu'il vive en société, il est nécessaire qu'il y ait parmi les hommes de quoi gouverner la multitude » (*De Regno*, I, 1). Il n'y a pas identité entre l'intérêt propre de chacun et l'intérêt collectif du groupe : le premier divise les individus, le second les unit. En plus de ce qui meut au bien propre de chacun, il faut quelque chose qui meuve au bien de l'ensemble. D'où ce constat : « Il faut donc qu'il y ait dans toute multitude un principe de direction. Il ne peut y avoir de société sans gouvernement, le gouvernement étant destiné à faire prévaloir l'intérêt commun, qui ne peut jamais être la somme des intérêts individuels »¹².

Benjamin Constant a considéré, pour sa part, qu'« il n'y a pas de liberté, celle-ci n'y concernant que la société non l'individu »¹³.

6. L'on peut donc définir cette notion de bien commun comme suit : « au sens philosophique, moral et politique, le bien commun est ce qui est bon pour une communauté donnée, sans que cela soit obligatoirement bon pour chaque membre de la communauté »¹⁴.

7. La crise de la Covid-19 a oscillé entre la primauté de l'individu à travers les diverses actions judiciaires fondées sur le respect des droits fondamentaux et la primauté du groupe à travers des dispositions adoptées par l'Autorité en matière de vaccination ; vaccination qui a été présentée comme facultative mais qui, au final, s'est révélée quasi obligatoire via le Covid Safe Ticket.

3 La vaccination : régime obligatoire ou facultatif ?

8. La vaccination est un acte médical pratiqué en Belgique depuis plusieurs décennies et a toujours eu des partisans comme des opposants. Les vaccins peuvent être catalogués en trois listes selon leur caractère obligatoire ou non¹⁵.

La première liste, à savoir celle de la vaccination obligatoire, ne contient qu'un seul vaccin, à savoir celui de la poliomyélite en vertu de l'arrêté royal du 26 octobre 1966 rendant obligatoire la vaccination antipoliomyélique¹⁶.

La seconde liste contient les vaccins non obligatoires pour tous mais obligatoires pour les enfants qui fréquentent les milieux d'accueil agréés par l'Office de la naissance et de l'enfance tels que crèche, accueillant(e), maison d'enfants, etc. Les vaccins concernés sont la diphtérie, la coqueluche, les infections à *Haemophilus influenzae* de type b, la rougeole, la rubéole et les oreillons. La raison de cette obligation pour la fréquentation de ces milieux d'accueil tient en « la protection de la santé des enfants sur le plan de la collectivité »¹⁷ et « la protection [des] nourrissons qui ne sont pas encore en âge d'être vaccinés »¹⁸. Cette vaccination obligatoire est donc basée, d'une part, sur le bien commun et, d'autre part, sur l'individu en ce qu'elle vise les nourrissons qui ne sont pas en âge d'être vaccinés.

La troisième liste est constituée des autres vaccins qui sont conseillés pour tous mais sans aucune obligation tels que le tétanos, l'hépatite, etc.

9. Par ailleurs, certains vaccins ne sont obligatoires que pour certaines professions avec comme sanction en cas de refus, hors les cas de dérogation, l'écartement du travailleur. Ainsi, l'article VII.71 du Code du bien-être au travail prescrit, par exemple pour les travailleurs qui, par leur profession, entrent en contact avec le sang ou qui sont exposés à un risque de contamination, que :

« Sauf en cas de contre-indication, dans les entreprises dont la liste est reprise à l'annexe VII.1-6, les travailleurs [qui, par leur profession, entrent en contact avec le sang ou qui sont exposés à un risque de contamination] ne peuvent être admis ou maintenus aux travaux définis à cette même colonne qu'à la condition :

» 1^o soit de pouvoir prouver, sur la base d'un certificat médical, qu'ils possèdent une immunité suffisante contre l'hépatite B ;
» 2^o soit de se soumettre, s'ils ne peuvent pas fournir cette preuve, à une vaccination antihépatite B.

» Les dispositions de l'alinéa 1^{er} s'appliquent également dans les entreprises où les résultats de l'analyse des risques révèlent une possibilité d'exposition au virus de l'hépatite B »¹⁹.

La localisation de ces obligations dans le Code du bien-être au travail montre que cette vaccination est imposée pour protéger le travailleur en raison de son activité et le patient d'une manière indirecte. Il nous semble difficile de parler d'une vaccination avec pour objectif le bien commun dès lors qu'elle ne vise qu'une catégorie de travailleurs.

A. Deux décisions jurisprudentielles sur l'obligation vaccinale

La présente contribution n'ayant pas pour objectif de procéder à une chronique jurisprudentielle en matière de vaccination, nous allons épingler deux arrêts, l'un de la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) et l'autre de la Cour de cassation belge, abordant la question de l'obligation vaccinale.

B. L'arrêt *Vavříčka et autres c. République tchèque* de la C.E.D.H.

11. Le 8 avril 2021, la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) rend un arrêt concernant la vaccination obligatoire en République tchèque à la suite du dépôt de six requêtes. Il s'agit de situations dans lesquelles des parents avaient refusé de procéder à la vaccination de leurs enfants alors que cette vaccination est obligatoire en vertu de la législation tchèque. Cela avait donné lieu à des amendes mais également à l'interdiction, pour les enfants, de fréquenter les établissements scolaires auprès desquels ils étaient inscrits. Toutes les requêtes soulèvent la question de l'obligation vaccinale au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les requérants estiment ainsi que « les diverses conséquences ayant résulté pour eux du non-respect de l'obligation légale de vaccination étaient incompatibles avec leur droit au respect de leur vie privée découlant de l'article 8 de la Convention »²⁰.

12. En guise de préambule, la Cour rappelle que, conformément à sa jurisprudence, « la vaccination obligatoire, en tant qu'intervention médicale non volontaire, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention (*Solomakhin c. Ukraine*, n^o 24429/03, § 33, 15 mars 2012, avec d'autres références) »²¹. Se basant sur cette jurisprudence, elle considère que le fait de refuser la vaccination pourtant obligatoire — et donc que l'intervention médicale non volontaire n'a pas eu lieu — a eu des « conséquences directes du non-respect de l'obligation vaccinale »²² et que cela « a eu dans leur chef une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée »²³.

Après avoir constaté cette ingérence, la Cour rappelle les conditions requises pour la justifier, à savoir qu'elle doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique.

13. Au regard de ces conditions, la C.E.D.H. constatant que « l'importance de la vaccination des enfants [est] reconnue de manière générale comme une mesure clé de la politique de santé publique »²⁴ s'interroge sur le *besoin social impérieux* de cette obligation telle que fixée par la législation tchèque. Sur la base des avis spécialisés déposés

(12) J.-C. RICCI, « Le Bien commun : les prémices d'une idée », *op. cit.*, p. 28.

(13) J.-C. RICCI, « Le Bien commun : les prémices d'une idée », *op. cit.*

(14) Universalis Junior, <https://junior.universalis.fr/encyclopedie/bien-commun/>.

(15) <https://www.vaccination-info.be/faq/21-quelles-sont-les-vaccinations-obligatoires-en-belgique/>.

(16) Cet arrêté royal a été pris sur la base de l'article 1^{er} de la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945.

(17) <https://www.vaccination-info.be/faq/21-quelles-sont-les-vaccinations-obligatoires-en-belgique/> ; nous soulignons.

(18) <https://www.vaccination-info.be/faq/21-quelles-sont-les-vaccinations-obligatoires-en-belgique/>.

(19) Il en va de même pour d'autres vaccins tels qu'antitétanique, antituberculeuse pour d'autres professions.

(20) C.E.D.H., 8 avril 2021, *Vavříčka et autres c. République tchèque*, req. n^{os} 47621/13 et 5 autres, n^o 3.

(21) C.E.D.H., *ibidem*, n^o 263.

(22) C.E.D.H., *ibidem*, n^o 263.

(23) C.E.D.H., *ibidem*, n^o 263.

(24) C.E.D.H., *ibidem*, n^o 281

par la République tchèque, la Cour considère qu'« à la lumière de ces arguments ainsi que de la position clairement adoptée par les organes spécialisés en la matière, on peut considérer qu'en République tchèque l'obligation vaccinale constitue la réponse des autorités nationales au *besoin social impérieux* de protéger la santé individuelle et publique contre les maladies en question et d'éviter toute tendance à la baisse du taux de vaccination des enfants »²⁵.

14. Vient ensuite l'épineuse question de *proportionnalité*. En effet, la Cour doit vérifier si la République tchèque a choisi la voie la moins invasive pour atteindre la finalité poursuivie. Pour rappel, le principe de nécessité ou de proportionnalité impose à chaque État souhaitant limiter le droit à la vie privée de procéder à une analyse de proportionnalité entre, d'une part, la protection de la vie privée et, d'autre part, les intérêts publics ou, dans le cadre de la présente contribution, le bien commun. Il s'agit de la pierre angulaire de tout le principe des exceptions de l'article 8 de la Convention. Cette analyse de proportionnalité doit permettre à l'État de mettre en œuvre la voie la moins attentatoire pour atteindre l'objectif visé. En d'autres termes, il faut choisir la mesure la moins invasive en excluant les autres possibilités. À cet égard, la C.E.D.H. avait considéré, dans un arrêt du 23 janvier 2003, « qu'il convenait d'accorder aux autorités nationales compétentes une certaine latitude pour établir un juste équilibre entre les intérêts publics et privés qui se trouvent en concurrence. Cependant, cette marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen (*Funke c. France*, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A, p. 24, § 55) et son ampleur est fonction de facteurs tels que *la nature et l'importance des intérêts en jeu et la gravité de l'ingérence* (Z c. Finlande, arrêt du 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 348, § 99) »²⁶.

En l'espèce, elle considère, dans un premier temps, que « l'obligation vaccinale concerne neuf maladies contre lesquelles la vaccination est estimée sûre et efficace par la communauté scientifique, qui porte le même jugement sur la dixième vaccination, administrée aux enfants présentant des indications médicales spécifiques (paragraphe 76 ci-dessus). Le modèle tchèque a certes adopté l'obligation vaccinale, mais il ne s'agit pas d'une obligation absolue. Une dispense est accordée notamment aux enfants qui présentent une contre-indication permanente à la vaccination »²⁷. Par ailleurs, elle a constaté qu'« aucun des requérants, pendant les procédures nationales ou devant la Cour, n'a invoqué l'existence d'une contre-indication à l'une ou l'autre des vaccinations contre lesquelles ils s'élevaient »²⁸. Mais également que le fait que les enfants n'ont pas pu fréquenter l'école relève d'un choix des parents. De plus, les vaccins passaient par différentes étapes de validation et faisaient l'objet d'un contrôle constant par les autorités compétentes au niveau de leur innocuité. Sur la base de ces divers éléments, la Cour a considéré que « les mesures dont se plaignent les requérants, évaluées dans le contexte du régime national, se situent dans un rapport de proportionnalité raisonnable avec les buts légitimes poursuivis par l'État défendeur à travers l'obligation vaccinale »²⁹.

Au terme de ces considérations, la Cour conclut donc logiquement qu'« en fin de compte la question à trancher n'est pas de savoir si une autre politique, moins prescriptive, aurait pu être adoptée, comme dans d'autres États européens. Il s'agit plutôt de déterminer si, en mettant en balance comme elles l'ont fait les intérêts en jeu, les autorités tchèques sont restées dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles jouissaient en la matière. La Cour parvient à la conclusion qu'elles n'ont pas excédé leur marge d'appréciation et que dès lors on peut considérer que les mesures litigieuses étaient « nécessaires dans une société démocratique »³⁰ et que « partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention »³¹.

15. L'on constate, à la lecture de cet arrêt, que la C.E.D.H. :

— se fonde, entre autres, sur des rapports scientifiques démontrant que le vaccin critiqué faisait l'objet de « contrôle de qualité » tant avant sa mise sur le marché que par la suite pour considérer que l'ingérence était proportionnée. Il faudra garder cet élément à l'esprit dans

le cadre de l'analyse de la situation de la vaccination contre la Covid-19 en Belgique que nous effectuerons ci-dessous.

— met en exergue le conflit qui peut exister entre une vision individualiste et celle du bien commun en estimant cependant que le bien commun peut supplanter le caractère individualiste de la protection de la vie privée. Ainsi, elle a décidé qu'« à la lumière [des avis spécialisés déposés par la République tchèque] ainsi que de la position clairement adoptée par les organes spécialisés en la matière, on peut considérer qu'en République tchèque l'obligation vaccinale constitue la réponse des autorités nationales au *besoin social impérieux* de protéger la *santé individuelle et publique* contre les maladies en question et d'éviter toute tendance à la baisse du taux de vaccination des enfants »³².

16. Cet arrêt remet en lumière le fait que si le paragraphe 1^{er} de l'article 8 de la Convention E.D.H. offre une approche plutôt individualiste de la protection de la vie privée, le paragraphe 2 remet la société au centre du jeu en imposant à l'individu de voir sa liberté entravée au profit de la société dans le respect, bien évidemment, de certaines conditions appelées par la C.E.D.H. La Cour utilise la notion de « *besoin social impérieux* » pour exprimer, à notre sens, celle de bien commun.

C. Arrêt de la Cour de cassation belge du 18 décembre 2013

17. La Cour de cassation est saisie d'un recours contre un arrêt de la cour d'appel de Mons du 25 mars 2013 statuant sur le refus de parents de vacciner leurs enfants contre la poliomyélite. Les requérants considèrent, en effet, que l'obligation vaccinale fixée par l'arrêté royal du 26 octobre 1966 rendant obligatoire la vaccination antipoliomyélique³³ est, d'une part, illégal et, d'autre part, contraire à l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient en vertu duquel « le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable »³⁴.

18. Pour ce qui concerne la question de la légalité de l'obligation vaccinale contre la poliomyélite, la Cour rappelle que la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945 autorise le Roi de « prescrire, par voie de règlements généraux et après avoir pris l'avis du conseil supérieur d'hygiène publique, les mesures de prophylaxie et d'assainissement ainsi que toutes mesures d'organisation et de contrôle nécessaires, notamment pour prévenir ou combattre les maladies transmissibles présentant un danger général, dont la liste aura été dressée sur avis conforme du conseil supérieur d'hygiène publique »³⁵. Elle constate ensuite que le Roi a pris l'arrêté royal sur la base de cet article après avis du conseil supérieur d'hygiène publique et que, partant, il n'est pas entaché d'illegalité.

19. Par rapport à l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, la Cour rappelle que cette disposition « protège les droits du patient dans ses rapports particuliers avec le praticien professionnel »³⁶ et qu'« elle n'a pas le même objet qu'une disposition telle que l'article 1^{er} de la loi sanitaire qui, en vue de prévenir ou de combattre une maladie transmissible présentant un danger général, prévoit la possibilité d'imposer un traitement fondé sur des impératifs de protection de la santé publique, laquelle participe de l'ordre public »³⁷. Elle a donc conclu logiquement, que « l'article 1^{er} de l'arrêté royal pris en exécution de la loi sanitaire ne saurait, partant, contredire l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 »³⁸.

20. Nous constatons donc que le principe de vaccination obligatoire existe en droit belge et a été validé directement par la Cour de cassation mais également et de manière indirecte par la C.E.D.H. En d'autres termes, la notion de bien commun fonde une législation rendant obligatoire un acte médical qui, à la base, entre dans la sphère de l'autonomie de l'individu ; individu qui perd, sous réserve du respect de certaines obligations, cette autonomie au profit du bien commun poursuivi par l'Autorité.

(25) C.E.D.H., *ibidem*, n° 284 ; nous soulignons.

(26) C.E.D.H., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. n° 44647/98, nous soulignons.

(27) C.E.D.H., 8 avril 2021, *Vavříčka et autres c. République tchèque*, pré-

cité, n° 291.

(28) C.E.D.H., *ibidem*, n° 291.

(29) C.E.D.H., *ibidem*, n° 309.

(30) C.E.D.H., *ibidem*, n° 310.

(31) C.E.D.H., *ibidem*, n° 311.

(32) C.E.D.H., *ibidem*, n° 284 ; nous soulignons.

(33) Cet arrêté royal a été pris sur la base de l'article 1^{er} de la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945.

(34) Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, article 8, § 1^{er}.

(35) Cass., 18 décembre 2013, RG n° P.13.0708.F, <https://juricaf.org/ar->

ret/BELGIQUE-COURDECASSATION-20131218-P130708F.

(36) Cass, *ibidem*.

(37) Cass, *ibidem*.

(38) Cass, *ibidem*.

D. La vaccination contre la Covid-19

21. Nul n'est besoin de rappeler les nombreux débats autour de la vaccination contre la Covid-19 que nous avons eus en Belgique mais également dans divers pays européens.

Pour rappel, la Belgique a opté pour une vaccination conseillée et donc non obligatoire à l'exception du personnel soignant sans que cette dernière étape n'ait cependant vu le jour. L'on constate que le fait de mettre en œuvre une politique de vaccination contre la Covid-19 n'a pas soulevé de débats majeurs à l'exception de positions anti-vaccination inévitables.

La fronde s'est éveillée dès l'instant où l'Europe, suivie par la majorité des pays européens, a validé le principe du Covid Safe Ticket (CST) permettant d'entrer sur le territoire de la majorité des pays occidentaux mais également d'assister à certains événements ou d'entrer dans certains lieux tels que les cinémas ou restaurants. Cette mesure a opposé l'individu au bien commun, à savoir la vision individualiste et la vision sociale ou, encore, l'individu décroché de sa dimension sociale à celui « dont les droits s'inscrivent dans une dimension sociale et non individualiste »³⁹.

En Belgique, le CST a donné lieu à des recours en justice donnant des réponses judiciaires différentes ainsi que nous le verrons ci-dessous sur base de deux décisions rendues respectivement par la cour d'appel de Liège et le tribunal de première instance de Namur, division Namur.

22. La Chambre des représentants a débattu de la question de la vaccination obligatoire et le professeur Verdussen, intervenant devant la Commission Santé le 4 février 2022, a rappelé certains principes issus de la Convention E.D.H. et de la jurisprudence de la C.E.D.H. Ainsi, il rappelle que « les députés devraient procéder à plusieurs vérifications : établir une loi (fédérale) suffisamment claire et précise, déterminer l'objectif poursuivi et évaluer si l'ingérence dans la vie privée est légitime, pertinente et proportionnée ». « On ne tue pas une mouche avec un canon », a-t-il lancé. Pour évaluer la proportionnalité, le professeur estime que les députés doivent envisager les coûts (en matière de droits fondamentaux, coûts sociaux et financiers), l'équilibre de la loi, sa temporalité (ce qui est acceptable à un moment ne l'est pas à un autre), les sanctions et la casuistique (l'art d'appliquer la loi). « Mais si vous remplacez l'obligation par un pass vaccinal, vous allez droit dans le mur »⁴⁰. Ses prédictions sur le CST se sont, en partie, réalisées.

Le professeur Verdussen a également considéré que « protéger les personnes vulnérables ou diminuer les contaminations ne sont pas des finalités en soi : le but final, c'est d'éviter l'engorgement des unités de soins intensifs des hôpitaux par ces personnes vulnérables ou ces personnes contaminées. En somme, un objectif qui en réalité renvoie à un autre objectif peut difficilement être retenu comme un objectif "en soi" »⁴¹. Il nous semble que cet avis est, à la base, exact mais que nous pouvons aller au-delà. En effet et si nous considérons également que la vaccination avait pour but de limiter les admissions de patients dans les hôpitaux, l'objectif était cependant plus sociétal que cela. En effet, l'encombrement des hôpitaux par les patients infectés avait pour conséquence que les activités normales de ces mêmes hôpitaux étaient mises à l'arrêt avec, pour conséquence, une question majeure de santé publique. En effet, la population n'avait plus accès aux soins de santé garantis par la Constitution. Nous pouvons donc considérer que la finalité première de l'imposition du CST était le maintien de l'offre de soins à la population ; offre de soins déjà affectée par les mesures de confinement en 2020 et 2021.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins ne dit rien d'autre en considérant, au sujet de la vaccination obligatoire du personnel soignant qu'« une protection complète des médecins et de l'ensemble du personnel soignant par la vaccination reste nécessaire pour garantir la sécurité des patients vulnérables, pour protéger les collaborateurs et pour assurer la continuité des soins de santé »⁴². L'Ordre précise également que la vaccination répond au « devoir pour la société de maintenir le système de santé publique intact et opérationnel autant que possible »⁴³.

Pour sa part, l'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains a également considéré qu'

« une obligation générale de vacciner, une obligation spécifique de vacciner le personnel de santé et le système CST sont ou seraient, en principe, conformes aux droits humains. Toutefois, certaines réserves peuvent être formulées afin d'éviter que l'application de ces mesures ait un impact disproportionné sur certaines personnes ou certains groupes de personnes. Cela donne lieu aux recommandations suivantes :

» Sur l'obligation générale de vacciner

» 1. Le gouvernement peut décider d'introduire une obligation générale de vaccination. Toutefois, une telle obligation doit être appliquée de manière proportionnée. Cela implique une préférence de principe pour l'exécution par une amende ou une mesure alternative plutôt que par l'emprisonnement.

» 2. Des exceptions à l'obligation de vaccination doivent être prévues, notamment pour les personnes qui ne peuvent pas être vaccinées pour des raisons médicales »⁴⁴.

L'on constate que ces deux instances ont marqué une préférence pour le bien commun au détriment de l'individualisme, et ce, sous certaines conditions alors que le gouvernement a maintenu une vaccination volontaire permettant ainsi à chaque individu de poser le choix qui lui paraissait le plus juste.

Le gouvernement fédéral a peut-être préféré ne pas rendre cette vaccination obligatoire pour éviter toute opposition trop forte, surtout au sortir de la première période de confinement qui avait marqué au fer rouge la population. Elle a fait droit à une vision individualiste sans intervention du gouvernement au sens de saint Thomas.

23. Cependant, la campagne de vaccination n'ayant pas le succès escompté, l'État a emboîté le pas à bon nombre de pays européens et a ainsi imposé le CST comme sésame pour accéder à certains lieux ou manifestations. L'on a donc observé un passage d'une vision individualiste à la vision sociale du bien commun. L'imposition du CST a été guidée par une volonté de protéger la population contre la Covid-19 et, de manière plus précise, de protéger les hôpitaux contre un afflux potentiel de patients contaminés.

Ainsi que nous l'avons relevé pour le vaccin, la finalité de la mise en place du CST était d'éviter l'engorgement des hôpitaux provoquant une impossibilité d'offrir les soins auxquels tout citoyen a droit. Cependant, l'État faisait preuve d'une certaine hypocrisie en maintenant la vaccination facultative mais en mettant en place un système qui s'apparente à de réelles sanctions sociales avec la réelle intention de convaincre les récalcitrants à se faire vacciner.

Critiquable ou pas, cette mesure n'échappe cependant pas, ainsi que le relevait le professeur Verdussen lors de son audition devant la Commission Santé de la Chambre, à l'aspect temporel des effets de la vaccination dès lors que le vaccin perd de son efficacité avec le temps et

(39) E. JOURDAIN, « Le droit des communs », *Les Communs*, 2021, Paris, Presses Universitaires de France, p. 57, <https://www.cairn.info/les-communs--9782715405288.htm> ; nous soulignons.

(40) « Une éventuelle vaccination obligatoire doit passer un « crash test » juridique, estime un expert auditionné à la Chambre », *La Libre*, 4.02.2022, [https://www.lalibre.be/belgique/societe/2022/02/04/une-eventuelle-vaccination-obligatoire-doit-passer-un-crash-test-juridique-estime-un-expert-auditionne-a-la-](https://www.lalibre.be/belgique/societe/2022/02/04/une-eventuelle-vaccination-obligatoire-doit-passer-un-crash-test-juridique-estime-un-expert-auditionne-a-la-chambre-XXDLO3MDPNBYZA67JSGTJHJM3Y/)

www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/55/55k2670002.pdf#search=%22vaccination%20%2055k%20%3Cin%3E%20keywords%22.

(41) Voy. également, « La vaccination et le Covid Safe Ticket - audition », Chambre, 4 février 2022, 2019-2022, <https://www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/55/55k2670002.pdf#search=%22vaccination%20%2055k%20%3Cin%3E%20keywords%22>.

www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/55/55k2670002.pdf#search=%22vaccination%20%2055k%20%3Cin%3E%20keywords%22.

(42) Ordre des médecins, « Vaccination obligatoire du personnel soignant contre le sars-cov-2 », <https://ordomedic.be/fr/avis/deontologie/devoirs-generaux-du-medecin/verplichte-vaccinatie-van-zorgpersoneel-tegen-sars-cov-2> (dernière consultation le 1^{er} octobre 2022).

(43) Ordre des médecins, « Avis

commun sur la vaccination obligatoire du personnel soignant contre le SARS-CoV-2 », https://ordomedic.be/fr/download/attachment/49766/49767/102097_Advies_verplichte_vaccinatie_zorgverstrekkers_NL_FR.pdf (dernière consultation le 1^{er} octobre 2022). Nous marquons cependant des réserves par rapport à la vaccination du seul personnel de la santé.

(44) <https://institutfederaalrechtenhu-mains.be/fr/publications/vaccination-obligatoire-covid-safe-ticket-et-droits-humains>.

les mesures telles que le CST deviennent, elles-mêmes, moins efficaces.

L'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains a également insisté sur cette temporalité en précisant que le CST peut être accepté mais que :

« 6. Le gouvernement doit informer correctement le citoyen du fait que le CST ne peut être demandé que dans les cas limitatifs pour lesquels il existe un motif légal.

» 7. *La proportionnalité du maintien du système CST doit être évaluée régulièrement*, à la fois à la lumière des conditions épidémiologiques locales et en raison de l'impact plus important des restrictions d'accès de longue durée sur les droits humains.

» 8. Des mesures d'accompagnement devraient être prises afin d'atténuer l'impact du système du CST sur les personnes qui ont moins de connaissances numériques, sur celles qui ne peuvent pas se faire vacciner, par exemple pour des raisons de santé, et sur les personnes vulnérables dans les établissements de soins résidentiels »⁴⁵.

24. Les cours et tribunaux ne s'y sont pas trompés non plus lorsqu'ils ont été saisis de recours contre le CST. Pour rappel, plusieurs accords CST sont intervenus dont celui du 28 octobre 2021 à la suite de l'activation de la loi pandémie et modifiant l'accord de coopération du 14 juillet 2021, modifié lui-même par l'accord de coopération du 27 septembre 2021. Par ailleurs, le décret de la Région wallonne du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du Covid Safe Ticket et à l'obligation du port du masque fixait les conditions d'usage du Covid Safe Ticket. Ainsi, comme nous l'avons souligné ci-dessus, l'usage du CST a été imposé pour pouvoir assister à des événements ou entrer dans certains lieux.

Il est indéniable que le CST impacte de manière significative des libertés fondamentales telles que le droit de circuler librement, la liberté de réunion, outre des droits constitutionnellement garantis tel que celui du droit à l'épanouissement culturel et social prévu par l'article 23, alinéa 2, 5^o, de la Constitution. Il reflète également une certaine fourberie de la part des autorités qui n'ont pas eu le courage politique de rendre la vaccination obligatoire, préférant restreindre progressivement les libertés des non vaccinés. Une telle situation ne pouvait qu'appeler des recours de la part de citoyens soucieux du respect de leurs libertés fondamentales mais également pour éviter que des mesures exceptionnelles prises pour faire face à la pandémie ne deviennent définitives.

La cour d'appel de Liège constate, sur un appel d'une ordonnance prononcée par le tribunal de première instance de Namur, division Namur, siégeant en référé du 3 novembre 2021, que

« Sur le plan formel, il ne fait aucun doute que le décret du 21 octobre 2021 est contraire, notamment, à la Convention européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement aux dispositions suivantes :

» — article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) ;

» — article 11 (liberté d'association) ;

» — article 14 (interdiction de discrimination).

» En outre, le décret du 21 octobre 2021 est contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et plus spécifiquement à :

» — l'article 3 (Droit à l'intégrité de la personne) ;

» — l'article 7 (Respect de la vie privée) ;

» — l'article 8 (Protection des données à caractère personnel) ;

» — l'article 12 (Liberté de réunion et d'association) ;

» — l'article 13 (Liberté des arts) ;

» — l'article 16 (Liberté d'entreprise) ;

» — l'article 21 (Non-discrimination) ;

» — l'article 24 (Droits de l'enfant) ;

» — l'article 25 (Droits des personnes âgées).

» *Prima facie*, cette violation est indiscutable dès lors que le Covid Safe Ticket est une entrave à un exercice normal et habituel de ces libertés et droits »⁴⁶.

Partant de ce constat de base, la cour procède, de manière logique et conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à une analyse de proportionnalité. Elle rappelle ainsi que « pour qu'une restriction puisse être apportée aux droits et libertés fondamentaux, l'(les) objectif(s) général(aux) qui sous-tend(ent) la restriction doit(vent) être défini(s) de manière précise par le législateur. Il faut que la norme prise, qui restreint ces droits et libertés, soit apte à atteindre l(s) objectif(s) poursuivi(s) et que cette norme soit proportionnelle. Il faut donc que la norme soit nécessaire au regard du but poursuivi. Il importe donc de vérifier si la norme permet d'atteindre l'(les) objectif(s) poursuivi(s) et de s'assurer qu'elle constitue la voie la moins attentatoire aux droits fondamentaux »⁴⁷.

À la suite d'un long examen de la question de proportionnalité, la cour d'appel admet « que le Covid Safe Ticket est un délicat précédent contraire, d'une part, aux libertés telles que consacrées par les normes internationales ou notre Constitution et, d'autre part, à une philosophie de noncontrôle social. Il comporte en outre un risque d'entrave au secret médical et au respect de la vie privée. Reste que la Cour estime que *prima facie* la distinction opérée par le CST est objective, nécessaire et proportionnée vis-à-vis des objectifs poursuivis par la Région wallonne et ce, au moment où la Cour statue, soit à un moment où le niveau d'épidémie pour l'ensemble du pays est fixé à son plus haut niveau »⁴⁸.

Au niveau de la discrimination qui était l'un des arguments développés par les demandeurs, la cour d'appel considère même que :

« traiter de la même manière les [personnes vaccinées] et les [personnes non vaccinées] au bénéfice de l'égalité serait en réalité discriminatoire pour les premiers. En effet, le Covid Safe Ticket, constatant la vaccination ou la guérison ou encore le résultat d'un test, peut constituer un moyen proportionné et nécessaire pour permettre à la fois de maintenir les droits et les libertés des personnes vaccinées représentant la majeure partie de la population tout en assurant un risque modéré de propagation du virus, d'engorgement des hôpitaux et par voie de conséquence, un risque modéré de fermeture de secteurs particuliers.

» Il importe de souligner que cette différence ne se fait pas sur un état de santé des personnes concernées mais bien sûr un risque de contagiosité.

» Surtout, la différence entre les personnes vaccinées et celles non vaccinées est atténuée par le fait qu'ont également accès au Covid Safe Ticket les personnes guéries ou encore les personnes ayant réalisé un test dans les 24 ou 48 heures. Cette différence telle qu'atténuée est donc proportionnée vis-à-vis des buts poursuivis »⁴⁹.

Nous constatons donc que la cour d'appel de Liège procède à cette fameuse analyse de proportionnalité pour juger que les atteintes aux libertés individuelles constatées étaient proportionnées.

Il convient cependant de relever que cet arrêt a été rendu en référé, ce qui implique que « s'agissant d'une action en référé, [l'examen de proportionnalité est] réalisé *prima facie*. La cour insiste sur ce point. La charge de la preuve que la norme prise n'est pas disproportionnée repose sur la Région wallonne. Reste que la mesure de cette preuve est d'une ampleur qui doit être apparente dès lors que l'on se situe dans le cadre d'une action en référé. Tout autre serait la preuve à apporter s'il s'agissait d'une action au fond »⁵⁰. Une décision différente aurait donc pu être rendue si une analyse au fond avait eu lieu.

25. Quelques semaines après cet arrêt, une nouvelle action contre le CST est introduite par les mêmes parties devant le tribunal de première instance de Namur, division Namur. Après analyse des faits, le tribunal considère, dans un jugement du 1^{er} mars 2022, que la « Région wallonne n'apparaît plus en mesure, à l'heure actuelle, dans le cadre de l'examen des droits apparents, d'établir la nécessité et la proportionnalité du maintien du régime du CST dans des lieux spécifiques en regard de l'un de ses objectifs assignés, alors qu'il est d nature à restreindre les droits et libertés fondamentaux des parties demanderesse »⁵¹.

(45) <https://institutfederaaldroitshumains.be/fr/publications/vaccination-obligatoire-covid-safe-ticket-et-droits-humains>, nous soulignons.

(46) Liège, 12^e ch. A, 7 janvier 2022, RG n^o 2021/RF/24, pp. 33-34, inédit.

(47) Liège, *ibidem*, pp. 36-37.

(48) Liège, *ibidem*, pp. 40.

(49) Liège, *ibidem*, pp. 39.

(50) Liège, *ibidem*, pp. 37.

(51) Civ. Namur, div. Namur,

1^{er} mars 2022, p. 24, inédit.

Le tribunal arrive à cette conclusion après une analyse de la situation vaccinale au regard de la propagation du virus de la Covid-19 :

« Il résulte de ces éléments, non formellement contredits, à tout le moins en ce qui concerne le constat d'un effet très limité, voire inexistant, selon certains scientifiques, de la vaccination contre la propagation du variant Omicron (Omicron et Omicron BA.2), représentant 99,70 % des variants identifiés dans les échantillons dernièrement analysés (bulletin épidémiologique hebdomadaire du 18 février 2022, pièce 16, sous farde 3, du dossier de la Région wallonne), que la distinction induite par le régime du CST entre les personnes vaccinées et celles qui ne le sont pas n'apparaît plus, *prima facie*, raisonnablement

justifiée en regard de l'un des principaux objectifs assignés par la Région wallonne, à savoir la réduction de la propagation, dans certains lieux, du virus SarsCov2 dans sa forme variante actuellement majoritaire.

» La Région wallonne n'apparaît ainsi plus en mesure, à l'heure actuelle, dans le cadre de l'examen des droits apparents, d'établir la nécessité et la proportionnalité du maintien du régime du CST dans des lieux spécifiques en regard de l'un de ses objectifs assignés, alors qu'il est de nature à restreindre les droits et libertés fondamentaux des parties demanderesse.

FORMATIONS LARCIER

La réponse à toutes vos questions



Notre équipe Formations vous propose toute l'année des webinaires, colloques, conférences, formations en petit groupe, ateliers et depuis peu, des vidéos à la demande.

Vous êtes chef d'équipe et préférez organiser une formation (en présentiel/à distance) qui répond précisément aux besoins de celle-ci ? Avec les formations In House, notre training manager prépare un projet personnalisé avec vous et le formateur adéquat.



Un catalogue complet de plus de 200 formations, colloques et webinaires



Des formations toujours d'actualité et adaptées à votre métier



Des conférenciers spécialisés et renommés

Découvrez notre offre complète sur larcier.com/fr/formations

0800 39 067 | formations@larcier.com

» Par ailleurs, l'évolution de la situation épidémique, selon les dernières données produites aux débats (bulletin hebdomadaire du 18 février 2022), laisse apparaître une réduction des cas confirmés d'infection, ainsi que de l'occupation des lits d'hôpitaux dont ceux des soins intensifs, soit une tendance à la baisse de la pression sur le système hospitalier. Il s'ensuit qu'un autre objectif poursuivi par les autorités n'apparaît plus menacé, à tout le moins si cette tendance se confirme dans le temps »⁵².

Le tribunal analyse donc la proportionnalité en se plaçant au jour de la décision, ce qui nous semble parfaitement conforme au droit. Dans le décours de cette analyse, il procède à une analyse de l'utilité du CST face à la propagation du virus pour arriver à la conclusion que la mesure imposant le CST et restreignant ainsi l'accès à certains lieux aux personnes ayant un CST valide (vaccinées ou ayant un certificat de rétablissement ou encore un PCR négatif de moins de 48 heures ou 72 heures) n'est plus proportionnée au regard des rapports scientifiques ou épidémiologiques au moment de rendre son jugement.

Le tribunal ne retient cependant aucune faute au niveau de la Région wallonne en estimant avec bon sens que « la Région wallonne ne s'est manifestement pas écartée du comportement de toute autorité publique normalement prudente et diligente en ayant étendu le régime du CST sur la base des données scientifiques et épidémiologiques dont elle disposait à l'époque »⁵³ et qu'« elle a légitimement pu faire *primer l'intérêt général et l'impératif de la protection du droit à la vie et à la santé des personnes exposées au péril grave de la pandémie* »⁵⁴.

Le tribunal relève donc le caractère temporel de la condition de nécessité en considérant, au moment de rendre son jugement, que « l'évolution de cette même pandémie et de l'état de la science ne permettent plus de considérer la nécessité impérieuse de maintenir tel quel un régime attentatoire aux libertés et droits fondamentaux en regard des objectifs poursuivis »⁵⁵. En d'autres termes, la condition de nécessité peut être rencontrée au temps « t », ne plus l'être au temps « t+1 » mais l'être à nouveau au temps « t+2 » et ainsi de suite. Cela rappelle que la situation évolue vite et que le même test de proportionnalité pouvait donner une réponse différente au moment de la prise du décret critiqué ou le peut encore dans le futur si la situation vient à nouveau à s'aggraver.

4 Conclusion

26. Au terme de cette analyse du vaccin au regard du bien commun, l'on ne peut que se rendre compte que le curseur entre individualisme et bien commun n'est jamais facile à placer et dépend d'éléments temporels mais également scientifiques dans le cas de la vaccination.

Ainsi, une mesure vaccinale peut être considérée comme porteuse d'une valeur sociétale majeure si elle présente des qualités d'efficacité et d'innocuité. Le bien commun peut donc être mis en avant dès lors que la mesure est bonne « pour une communauté donnée, sans que cela soit obligatoirement bon pour chaque membre de la communauté »⁵⁶.

27. Le juriste dans toutes les professions qu'il peut exercer est un « chien de garde » des libertés fondamentales et doit, en cas d'abus des autorités publiques, réagir de manière adéquate et réfléchie afin de ne pas discréditer la juste cause. Il lui revient donc d'être honnête en exposant un droit fondamental dans la vision individualiste avec ce qu'elle peut avoir d'absolue tel que l'article 8, § 1^{er}, de la Convention

E.D.H. mais également ses limites qui peuvent être imposées au nom du bien commun tel ce même article 8 mais dans son paragraphe 2 cette fois-ci avec les critères qu'il impose dans sa mise en œuvre. L'on ne peut pas lire l'article 8 de la Convention E.D.H. sans prendre en compte les deux paragraphes et donc les dimensions individualiste et de bien commun.

28. Cette notion de bien commun ou de valeur sociétale est constamment en tension avec l'autonomie de l'individu. Il est indéniable que l'individu vit dans une société et doit, dans certaines circonstances, renoncer à une partie de ses droits fondamentaux devant le bien commun. Cependant, l'effacement de l'individu au profit de la société ne peut s'effectuer que dans le respect des garde-fous mis en place, entre autres, par la Convention E.D.H. et la C.E.D.H.. Un de ceux-ci est le principe de proportionnalité tel que nous l'avons analysé dans la présente contribution.

Le critère de proportionnalité doit s'analyser *in concreto* et peut évoluer, ainsi que nous l'avons vu, selon les circonstances. En d'autres termes, une mesure en vigueur actuellement et qui est considérée comme une atteinte proportionnée devra être déclarée illégale si les circonstances fondant la mesure évoluent et ne permettent plus à la mesure envisagée ou exécutée de rencontrer les conditions de proportionnalité.

Les autorités doivent tenir compte de cette évolution et les juristes que nous sommes doivent être vigilants pour éviter que des mesures temporaires ne deviennent définitives avec une érosion inacceptable de nos libertés sans pour autant intégrer la dimension de bien commun dans l'équation.

Mais l'État doit être honnête avec les citoyens et ne pas faire croire, par exemple, qu'une vaccination est facultative alors qu'en réalité elle devient obligatoire par le truchement de limitations de libertés fondamentales telles que la liberté d'association ou de mouvement. L'État a joué sa crédibilité dans la gestion de la vaccination et du CST. À notre sens, il eût mieux valu imposer une vaccination qui, à notre sens *et au regard des rapports scientifiques de l'époque*, rencontrait les critères du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention E.D.H. au moment où la campagne a été lancée. N'eût-il pas été plus clairvoyant et honnête par rapport aux citoyens d'expliquer que la vaccination contre la Covid-19 était rendue obligatoire en considérant cette mesure comme supportant un bien commun plutôt que de limiter leurs droits de mener une vie sociale à ceux qui refusaient la vaccination pourtant non obligatoire tout en les stigmatisant. En craignant de cristalliser les débats autour de l'article 22 de la Constitution lu avec l'article 8 de la Convention E.D.H., l'État n'a pas hésité à violer de nombreux autres articles de cette même constitution tels que les articles 11 (liberté d'association), 14 (interdiction de discrimination) mais également de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tels que les articles 3 (droit à l'intégrité de la personne), 7 (respect de la vie privée), 12 (liberté de réunion et d'association), 13 (liberté des arts), etc. Au regard de cette disproportion, il nous semble que, dans la recherche de l'équilibre entre bien commun et liberté individuelle, la contrepartie a été chèrement payée par l'instauration du CST.

L'État n'est pas sorti grandi de cette gymnastique dangereuse. Puisse cette expérience donner une base à des décisions plus honnêtes pour les citoyens.

Jean Marc VAN GYSEGHEM⁵⁷

Avocat au barreau de Bruxelles
Directeur de recherche au Centre de recherche information,
droit et société de l'UNamur

(52) Civ. Namur, div. Namur, 1^{er} mars 2022, p. 24, inédit ; nous soulignons.

(53) Civ. Namur, div. Namur, 1^{er} mars 2022, p. 24, inédit.

(54) Civ. Namur, div. Namur, 1^{er} mars 2022, p. 24, inédit ; nous soulignons.

(55) Civ. Namur, div. Namur, 1^{er} mars 2022, p. 24, inédit ; nous soulignons.

(56) Universalis Junior, <https://junior.universalis.fr/encyclopedie/bien-commun/>.

(57) La publication ne reflète que l'opinion de l'auteur qui remercie ce-

pendant les membres du Crids pour les discussions autour de la protection de la vie privée et Saba Parsa pour les discussions lors de l'écriture de l'article « Le Covid face au droit de la protection des données, bien au-delà de la protection de la vie privée », in S. PARSÀ et

M. UYTENDAELE (éd.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, vol. 2, *Analyse et perspective d'une crise et de ses lendemains*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 297-358.



Bibliographie

A. Strowel, « Le droit d'auteur européen en transition numérique. De ses origines à l'unification européenne et aux défis de l'intelligence artificielle et des Big Data ». — Bruxelles, Larcier, 2022, 393 pages.

Tant par la variété des questions abordées que par la profondeur des réflexions, *Le droit d'auteur européen en transition numérique* est un ouvrage remarquable. Alain Strowel, l'un des observateurs les plus avertis de la matière, y tisse un lien entre différentes contributions déjà parues sous sa plume, mais ici actualisées et approfondies.

Consacrée aux « sources et traditions du droit d'auteur et du copyright », la première partie de l'ouvrage revient sur les origines, philosophiques et politiques, du droit d'auteur mais s'intéresse également à la perception évolutive de « l'œuvre », et de la « fonction auteur », en sciences humaines et dans la littérature moderne. Un second chapitre, de droit comparé, met en lumière la convergence entre le droit d'auteur continental et le copyright, qui était déjà au cœur de la thèse de doctorat d'Alain Strowel parue en 1993.

Dans une seconde partie, assise sur une analyse rigoureuse de la jurisprudence européenne et nationale, l'auteur revisite la notion d'œuvre et d'originalité, avant de livrer ses réflexions sur l'art conceptuel, qui bouscule la distinction classique entre l'idée (non protégeable) et la forme (protégeable), puis sur les créations de l'intelligence artificielle, sujet de pleine actualité qui conduit à s'interroger sur l'exigence d'une empreinte personnelle de l'auteur.

Dans une troisième partie, Alain Strowel propose de repenser les droits économiques et moraux, en revenant aux fondamentaux du droit d'auteur. Le droit de reproduction, plaide-t-il, ne devrait être en cause, dans l'environnement numérique, que lorsque l'œuvre est utilisée en tant qu'œuvre, autrement dit comme support pour une communica-

tion entre un auteur et un public. Le droit de communication au public, qui a beaucoup occupé la Cour de justice au cours des quinze dernières années, est quant à lui soumis à une reconstruction par l'ajout d'une double analyse de marché : il s'agit de vérifier si l'acte de communication décrit a eu un impact sur le marché de l'œuvre et, accessoirement, s'il augmente la valeur du service rendu à l'utilisateur. Une analyse économique qui, aux États-Unis, transparaît dans l'application du test de *fair use*.

Les droits fondamentaux sont au cœur des réflexions proposées dans la quatrième partie. D'abord pour relever que si le droit d'auteur s'appuie (beaucoup) sur le droit de propriété — « lequel permet de transformer des productions intellectuelles en biens que l'on peut exploiter par contrat », il est aussi « enchâssé », par les instruments internationaux en matière de droits de l'homme, dans le droit fondamental à la culture. Une nécessaire conciliation qui explique l'essor, depuis quelques décennies, des licences non volontaires — l'accès aux œuvres est garanti, mais payant — et, plus récemment, la promotion de la « portabilité » des contenus. L'occasion aussi de relever que la libre culture, promue par d'autres, peut fort bien coexister avec la protection des œuvres ayant une existence commerciale. Alain Strowel montre ensuite comment le délicat équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression est assuré par la jurisprudence, nationale et, désormais, européenne, et plaide au passage pour l'application d'un test différent selon qu'il est question de libérer l'accès aux œuvres ou de libérer la création elle-même. Enfin est abordée l'importante question de la responsabilité des intermédiaires en ligne, et confrontée l'approche (prudente) des juges de Strasbourg à celle, plus prescriptive, de ceux de Luxembourg.

Après un détour par la jurisprudence relative aux hyperliens — où il est encore question d'accès aux œuvres —, la cinquième par-

tie de l'ouvrage sort des limites du droit d'auteur proprement dit pour embrasser l'examen du statut des données, ces « ressources en quête d'appropriation ». Quittant l'examen minutieux de la jurisprudence, on se retrouve ici plongé dans un essai de droit des biens, fort convaincant au demeurant si l'on veut bien admettre au statut de bien toute ressource dont il est utile et possible de se réserver l'usage. Après avoir distingué données, information et connaissance, l'auteur décrit les mécanismes qui rendent possible le contrôle des données, qu'elles soient générées par des dispositifs, confidentielles ou personnelles, et ceux qui visent, au contraire, à en favoriser l'accès (règlement sur le libre flux des données ; exception pour la fouille de textes...). Exercice qui se prolonge par des

réflexions sur les « communs numériques » (plateformes collaboratives, logiciels libres...) et les outils de la « dépropiation ».

Retour au droit d'auteur dans un dernier chapitre où Alain Strowel plaide pour la consécration d'un droit unitaire de l'Union européenne, pour lequel les créateurs pourraient opter et qui serait mis en œuvre par une nouvelle juridiction européenne.

On l'aura compris, *Le droit d'auteur européen en transition numérique* est un ouvrage passionnant, dont la lecture est recommandée non seulement aux spécialistes du droit d'auteur mais aussi à tout qui s'intéresse aux aspects juridiques de l'économie numérique.

Bernard VANBRABANT



Coups de règle

Belle-mère.

En avril de cette année, le pape en a surpris plus d'un et d'une en traitant des belles-mères. Il a rendu hommage à ces victimes des clichés les plus triviaux en recommandant aux belles-filles : « Prenez soin de vos relations avec vos belles-mères ». Pour faire bonne mesure, il a invité ces dernières à faire attention à leur façon de s'exprimer, les écarts de langage constituant « un des péchés les plus vilains des belles-mères ». Dont acte pontifical.

Sur le plan de la langue, *belle-mère* désigne soit la femme qui a épousé le père, soit celle dont on a épousé le fils ou la fille. C'est cette deuxième acception que l'on rencontre à l'article 206 du Code civil, qui dispose que les gendres et belles-filles doivent des aliments à « leurs beau-père et belle-mère ». Il n'est pas question de la deuxième femme du père, que, dans l'ancienne langue, on qualifiait parfois de *marâtre*. Ce terme est vieilli (Litttré, ^v « Belle-mère » ; Robert, ^v « Marâtre ») et n'est plus utilisé que si l'on veut ironiser ou lorsque l'on narre les malheurs de Blanche-Neige ou de Cendrillon.

Marâtre a toujours eu une connotation péjorative. Voici ce qu'en disait Furetière : « Belle-mère, femme d'un second lit, qui maltraite les enfants d'un premier pour avantager les siens ». Le caractère péjoratif du terme est tel que le mot s'appliquait aussi à une « mère dénaturée qui désavoue, qui expose ses enfants, qui n'a point de tendresse pour eux, qui n'a pas soin de leur éducation ni de leur fortune » (*idem* chez Litttré, chez Robert et dans le *Trésor de la langue française*). Pour éviter toute équivoque, précisons qu'en écrivant *expose*, Furetière visait l'abandon d'enfant sur la voie publique.

La marâtre avait une telle réputation de méchanceté que, quand, dans *Tartuffe*, Dorine veut désigner Elmire, personnage éminemment sympathique et efficace, seconde femme d'Orgon et belle-mère de Damis, elle se garde bien d'user de ce mot et s'exprime ainsi : « Nous allons réveiller les efforts de son frère. Et dans notre parti jeter la belle-mère » (II, 4).

Cela n'empêche pas que la belle-mère, qu'elle soit la seconde épouse du père ou la mère du conjoint, a toujours collectionné critiques et sarcasmes. Voici

Corneille : « Il n'a fait qu'obéir à la haine ordinaire Qu'imprime à ses pareils le nom de belle-mère » (*Nicomède*, IV, 2), Bossuet : « La reine sa belle-mère, malgré ce nom odieux, trouva en elle non seulement un respect, mais encore une tendresse que ni le temps ni l'éloignement n'ont pu altérer » (oraison funèbre de la reine Marie-Thérèse, épouse de Louis XIV) (cités par Littré), Furetière : « Les beaux-fils et les belles-filles ne s'accordent pas longtemps avec les beaux-pères et les belles-mères » (*Dictionnaire*, v^o « Beau-fils » — remarquez la belle égalité entre beaux-pères et belles-mères !). Et ce n'est pas mieux de nos jours, si l'on croit le grand philosophe Jankélévitch : « Les hommes devraient donc chasser tous ces mauvais bergers, ces fauteurs de guerre intestine : [...] les belles-mères qui attisent instinctivement la désunion conjugale » (cité par le *Trésor*).

Ne terminons pas sans citer un sens relativement récent, qui, à en croire le *Petit Robert* (éd. 2020), serait propre à la Belgique et au Canada. Il s'agit de l'homme ou de la femme politique qui donne son avis sur les affaires qui ne sont plus de sa responsabilité, sur le travail de son successeur. Tout à fait exact, mais cela ne doit pas être limité au domaine politique : il peut y avoir des belles-mères dans n'importe quel groupe social.

N'y a-t-il pas de sexisme dans l'appellation qui nous occupe ? Sans aucun doute. Il faut le regretter. Mais pour changer cela, il convient de changer les mentalités, ce qui est toujours long. Quoi qu'il en soit, sachez que si un jour je ne tiens plus cette chronique, je m'engage à ne pas jouer les belles-mères auprès de qui la reprendra — ni les beaux-pères !

RHADAMANTHE

proposition d'un droit patrimonial familial », par J. Sauvage.

14 h : « Les comptes des couples non-mariés : encore et toujours une question d'enrichissement sans cause ? », par V. Rosenau.

14 h 30 : « Regard québécois et canadien sur le statut des conjoints de fait », par A. Roy.

15 h : « Les avantages matrimoniaux », par J.-L. Renchon.

15 h 50 : « Quelle place pour le partenaire survivant ? », par F. Tainmont.

16 h 20 : « De l'intérêt que représente le couple pour les droits des tiers (ou quand l'union ne profite pas qu'aux partenaires) », par C. Harmel.

16 h 50 : questions et réponses.

Lieu : UCLouvain, auditorio Montesquieu 04, place Montesquieu 1 à 1348 Louvain-la-Neuve.

Renseignements et inscriptions : secretariat-cefap@uclouvain.be



Prix Pierre Coppens 2023.

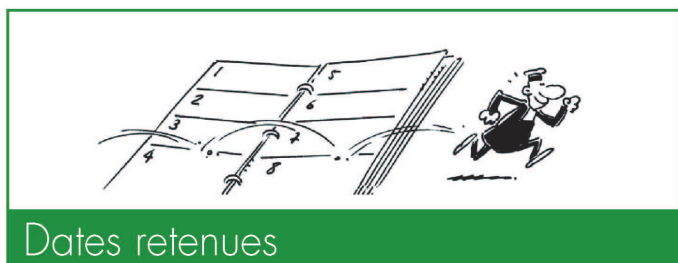
Le prix scientifique Pierre Coppens sera décerné, pour la 8^e fois, en 2023.

Ce prix, d'un montant de 15.000 EUR, récompense un docteur en droit ou en sciences juridiques, issu d'une université européenne, n'ayant pas plus de 40 ans, qui aura rédigé, au cours des cinq années précédentes, une thèse ou un ouvrage représentant une contribution originale consacrée au droit des sociétés ou à un thème juridique lié aux sociétés.

L'ouvrage doit être rédigé en français, néerlandais, allemand, anglais, espagnol ou italien.

Le prix sera octroyé par un jury interuniversitaire.

Chaque ouvrage — accompagné d'un CV de l'auteur — doit être envoyé avant le 15 décembre 2022, en version PDF et en 6 exemplaires « papier », au président du jury : Professeur Yves De Cordt, CRIDES-Jean Renauld (UCLouvain), Collège Thomas More, Place Montesquieu 2, bte L2.07.01 à B-1348 Louvain-la-Neuve, Tél. : +32 10474759 / +32 479237605, e-mail : yves.decordt@uclouvain.be.



L'Association des juristes namurois organise, le jeudi 17 novembre de 16 h à 19 h, l'Opus XIV des « Actualités sociales de l'AJN ». — Programme :

— « La jurisprudence sociale lue pour vous », par S. Piron et J. Deumer.

— « Les actualités légales en droit social », par A. Batis.

— « Le droit à la déconnexion », par S. Gilson et J. De Wilde.

— « Le lanceur d'alerte, œil de Moscou ou bras droit de l'entreprise ? », par A. Lachapelle.

Lieu : local D11 de la Faculté de droit de Namur (1^{er} étage), Rempart de la Vierge 5 à 5000 Namur.

Renseignements et inscriptions : www.ajn.be.

L'UCLouvain organise, le vendredi 18 novembre, une journée d'études sur le thème « Cohabitation légale et de fait : état des lieux et perspectives ». — Programme :

8 h 30 : Accueil des participants.

9 h : introduction par N. Dandoy.

9 h 10 : « Éléments socio-anthropologiques pour repenser le droit des cohabitants », par P.-Y. Wauthier.

9 h 40 : « Le revenu au sein des couples en Belgique. Analyses de

la mise en commun et des écarts de revenus à partir de SILC 2010 », par F. Ghesquiere.

10 h 10 : « L'Alpha et l'Oméga : le début et la fin des couples non mariés », par A.-C. Van Gysel.

11 h : « Les effets personnels de la cohabitation : étude du cadre juridique sous l'angle prospectif », par P. Huart et L. Cohen.

11 h 30 : « La solidarité économique postérieure à la rupture », par N. Dandoy.

12 h : « Le droit patrimonial des cohabitants légaux et de fait :



Journal
tribunaux



Rédacteur en chef : Georges-Albert DAL.

Secrétaire général de la rédaction : François TULKENS.

Secrétaires de la rédaction : Benoît DEJEMPEPE et Jean-François VAN DROOGHENBROECK.

Chronique judiciaire : Bernard VAN REEPINGHEN, Jean-Pol MASSON et François MOTULSKY.

Comité de rédaction : Marie-Aude BEERNAERT, Thierry BONTINCK, Annik BOUCHÉ, Jean CATTARUZZA, Damien CHEVALIER, François COLLON, Marc DAL, Jérôme DE BROUWER, Bertrand DE CONINCK, Fernand DE VISSCHER, Florence GEORGE, François GLANSBORFF, Michèle GRÉGOIRE, Bénédicte INGHELIS, Rafaël JAFFERALI, Guy KEUTGEN, Dominique LAGASSE, Jean-Sébastien LENAERTS, Antoine LEROY, Christine MATRAY, Jules MESSINNE, Zoé PLETINCKX, Florence REUSENS, Daniel STERCKX, Nicolas THIRION, Isabelle THOMAS et Cavit YURT.

Anciens rédacteurs en chef : Edmond PICARD (1881-1900), Léon HENNEBICQ (1901-1940), Charles VAN REEPINGHEN (1944-1966), Jean DAL (1966-1981), Roger O. DALCQ (1981-2004).

Les envois destinés à la rédaction sont à adresser au rédacteur en chef par la voie informatique à l'adresse suivante : redacteurchef.jt@revues.larcier.be

© Lefebvre Sarrut Belgium s.a. - Éditions Larcier

Éd. resp. : Paul-Étienne Pimont
Lefebvre Sarrut Belgium s.a. - Éditions Larcier
Éditeur : Lefebvre Sarrut Belgium s.a., Éditions Larcier, rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles