

Lex Vol. 29
N° 02
2024

Electronica

La propriété en droit civil

in or out ?

Actes du colloque Versailles 06-2022

Sous la direction de Mélanie Clément-Fontaine et Gaële Gidrol-Mistral

Table des matières

La propriété, vice versa	4
Mélanie CLÉMENT FONTAINE & Gaële GIDROL-MISTRAL	4
Copropriété, l'impossible exclusivisme levier d'une propriété sociale ?	12
Aurore CHAIGNEAU	12
La propriété et les droits fonciers coutumiers. Étude sur la vivacité de quelques coutumes françaises	24
Flora VERN	24
Les déchets saisis par le droit. La propriété en droit civil in or out ?	50
Nadège REBOUL-MAUPIN	50
Peut-on avoir une approche relationnelle de la propriété ?	67
Emmanuel JEULAND	67
Propriétés inclusives	80
Séverine DUSOLIER	80

LA PROPRIÉTÉ, VICE VERSA

(Propos introductifs)

Mélanie CLÉMENT FONTAINE¹ & Gaële GIDROL-MISTRAL²

¹ Professeure de droit privé et Vice-doyenne recherche, Faculté de droit et de science politique, Université Paris-Saclay – UVSQ.

² Professeure de droit privé et directrice du GRDP, Faculté de science politique et de droit, UQAM.

[1] Peut-on ou même doit-on se passer de la propriété ? Divers enjeux, qui émergent notamment de discussions sur la protection de la nature, des animaux, des données à caractère personnel ou encore des cultures et des traditions, éprouvent la place et les fonctions de la propriété en droit civil. Est-il possible de substituer d'autres mécanismes à la propriété pour protéger les biens et les personnes ? Est-il nécessaire d'abandonner radicalement le terrain de la propriété ou est-il suffisant de l'adapter aux besoins nouveaux ?

[2] Si l'on se limite au carcan du *Code civil napoléonien*, la propriété se pense fatalement sous le prisme de la division binaire personne/chose. Magnifiée par la théorie personnaliste d'Aubry et Rau (1873) enseignée sans contestation pendant plus d'un siècle, le raisonnement induit par la *summa divisio* personne/chose a eu pour effet que la propriété s'est exclusivement pensée autour de la distinction sujet/objet. La séparation ontologique des sujets et des objets de droits a certes eu pour avantage de simplifier l'analyse et l'application du droit civil, mais elle n'est plus suffisante pour répondre aux problématiques transfrontalières et sociales, telles la préservation de l'environnement, la circulation des cultures, l'accès au logement, etc.

[3] La nécessité de dépasser une lecture « classique » du *Code civil napoléonien* a très souvent été affirmée (CHAZAL, 2014) sans que l'on n'y parvienne pour au moins deux raisons majeures.

[4] Premièrement, il a fallu admettre l'étroitesse d'une cosmologie juridique qui donne la part belle au sujet de droit : tout se range nécessairement dans la catégorie principale de « personne » et, à défaut, dans celle résiduelle de « chose », de sorte qu'un sujet de droit ne peut être qu'une personne juridique. Suivant cette ligne de lecture, la propriété, colonne vertébrale du droit civil, a été l'outil idoine pour établir les rapports de domination des humains sur les autres humains et sur leur environnement. Afin de renforcer l'efficacité de la propriété en tant qu'instrument juridique de domination, il lui a été parfois reconnu un caractère absolu³ ou perpétue⁴, mais surtout la propriété a été revêtue du caractère exclusif. Autrement dit, encore actuellement, la propriété demeure un droit subjectif, individuel et exclusif, des personnes sur les choses (POTHIER, 1772 ; VAREILLES-SOMMIÈRES, 1905 ; ZENATI-CASTAING, 1981).

[5] Deuxièmement, il était nécessaire de prendre conscience de l'ampleur de l'influence de la propriété qui irrigue, au-delà du droit civil, tous les pans du droit, du droit public au droit de la propriété intellectuelle, et qui s'impose comme un pilier de notre système juridique occidental. Dès sa consécration dans le *Code civil*, la vision individuelle et

3 Le caractère absolu de droit de propriété, déduit notamment de l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* et d'une lecture littérale de l'article 544 du *Code civil français*, a largement été battu en brèche notamment par la doctrine qui défend la fonction sociale de la propriété : L. JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, rééd. de la 2e éd. (1939), 2006, p. 16 et s.; R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », dans R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 19e éd., 2013, p. 769 et s., sp. n° 1035 et s.; L. DUGUIT. *Manuel de droit constitutionnel*, rééd., LGDJ, 2007, n° 76, p. 296. Voir aussi Y. EMERICH, « La fonction sociale de la propriété et le mythe de la propriété absolue », dans A. TELLIER-MARCEL et al. (dir.), *Les prochains défis de la pensée civiliste*, Montréal, Les éditions Thémis, 2020, p. 77.

4 La propriété civiliste est traditionnellement présentée comme perpétuelle : F. TERRÉ et P. SIMLER. *Droit civil : les biens*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 148; P.-C. LAFOND. *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Les éditions Thémis, 2007, n° 677; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 204. Cependant cette analyse est nuancée : pour une définition de la perpétuité recouvrant uniquement l'imprescriptibilité : J. CARBONNIER. *Droit civil : les biens*, t. 3, 19e éd., Paris, Presses Universitaires de France, note 4, n° 68; W. DROSS. *Droit civil : les choses*, Paris, LGDJ, 2012, n° 79

exclusiviste de la propriété a été contestée⁵ sans vraiment s'égratigner. Il faut attendre la reconnaissance d'une nouvelle génération de droits humains pour que la propriété soit réellement mise en balance face à d'autres intérêts légitimes. Il en découle un recul de la portée de la propriété qui connaît de nombreux aménagements tant de la part du législateur que du juge, soit pour limiter les prérogatives du propriétaire⁶, soit pour lui dicter des obligations⁷. Même si la portée symbolique et théorique de la propriété a gardé de sa vitalité, le dogme s'effrite tant dans sa technicité que dans sa conceptualisation.

[6] Comment faire céder les digues ? Tel était le fil conducteur du colloque. Pour ce faire, nous avons accordé une place équivalente à tous les modèles de propriétés dans et hors le *Code civil*, ainsi qu'aux modèles alternatifs à la propriété ; le raisonnement adopté a pour point de départ les objectifs à atteindre (protection du corps et de l'intime, accès au logement, préservation de l'environnement, etc.) pour ensuite déterminer la ou les techniques juridiques (propriété, fiducie, droits coutumiers, universalité, etc.). C'est donc dans une démarche résolument décloisonnée que nous avons mis l'accent sur la porosité des traditions juridiques, des choses et des personnes, de la technique et de la théorie.

[7] Certaines réalités juridiques, tels les animaux, les éléments immatériels ou les parties du corps font vaciller l'étanchéité de la division binaire personne/chose, et son équivalent sujet de droit/objet de droit. Dès lors, face au flou qui entoure ces nouvelles entités, le périmètre de la propriété se trouve affecté. La qualification binaire ne permet plus, à elle seule, de délimiter le champ d'application de la propriété. Il suffit de penser aux données personnelles ou au génome qui oscillent entre personne et chose sans se qualifier pleinement et de manière pérenne ni de l'une ni de l'autre. Dès lors, il devient pertinent de s'interroger sur l'intérêt d'avoir recours à la propriété en tant que technique juridique. À titre d'illustration, les données personnelles ont été écartées du champ de la propriété, non pas pour des raisons techniques puisque la propriété des données en facilite la circulation, mais afin de préserver la vie privée des individus. Inversement, il y aurait un intérêt technique à placer les déchets sous le giron de la propriété pour des enjeux de responsabilité, alors même qu'ils ne représentent pas nécessairement un intérêt économique, voire qu'ils constituent une charge⁸.

5 Des auteurs comme L. DUGUIT. *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, La Mémoire du droit, 1999 [1911]), P.-J. PROUDHON. *Théorie de la propriété*, Paris, L'Harmattan, 1997 [1862]) ou L. JOSSERAND. *Livre du centenaire du Code civil – Essai de la propriété collective*, Dalloz, 2004 [1904]) par ex.

6 Les exemples sont légion. Pour celui de l'abus de droit, voir L. JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2006.

7 Sans aller jusqu'à l'affirmation offensive de l'article 14(2) de la *Loi fondamentale allemande* qui dispose que « Propriété oblige. Son usage doit en même temps contribuer au bien de la collectivité », plusieurs auteurs mettent en exergue la qualité de personne obligée du propriétaire. Voir notamment, sur la fonction sociale de la propriété, L. DUGUIT. *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, op. cit.* Voir également E. MEILLER. *La notion de servitude*, t. 533, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2012.

8 Voir les contributions suivantes : Nathalie MARTIAL-BRAZ, professeure de droit privé, Université Paris détachée auprès de l'Université; Abu DHABI, *Les données personnelles : l'inopportune propriété* et Nadège REBOUL-MAUPIN, maître de conférences de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ, *Les déchets saisis par le droit*.

[8] Pour autant, la propriété constitue une technique d'une grande élasticité, de sorte qu'elle a pu s'adapter aux évolutions de la société et répondre aux besoins, par exemple, de l'aménagement du territoire et de la collectivisation de l'habitat⁹.

[9] Chaque situation juridique devient inédite et oblige à réfléchir au cas par cas. Cet éclatement de la notion de personne et de chose a entraîné la propriété dans une casuistique qui rend impossible le raisonnement par l'abstrait que permettait la division binaire.

[10] L'adaptabilité de la propriété en tant que technique juridique connaît des limites, aussi un regain d'intérêt s'est porté sur l'universalité dont les caractéristiques répondent, d'une part, au besoin de réunir dans un ensemble des éléments épars et, d'autre part, de transcender la distinction chose/personne. Tout d'abord, comme le patrimoine, l'universalité est réceptacle d'éléments divers en vue de créer une unité. Tel est le cas du fonds de commerce. Ensuite, contrairement au patrimoine, elle est détachée de la personne si bien qu'elle peut accueillir des éléments relevant de la propriété ou pas, le corps et ses éléments en sont une parfaite illustration. Enfin, l'universalité permet également de s'émanciper totalement de l'assise propriétaire. C'est dans cette perspective qu'est pensée la fiducie de données¹⁰.

[11] L'approche dogmatique de la propriété empêche, tout du moins en droit civil français, de penser une universalité détachée totalement du modèle propriétaire. Or, la propriété individuelle et exclusive n'est qu'une conception parmi d'autres de la propriété. D'autres modèles émergent ou tempèrent ce paradigme continental. En droit québécois, un modèle alternatif a été consacré : celui du patrimoine d'affectation. Il suffit de poser son regard ailleurs pour comprendre que la distinction personne/chose ne constitue pas le seul socle d'analyse des prérogatives et des charges dans les rapports des personnes et des choses. Ainsi, les conceptions foncières autochtones, les droits coutumiers ou les règles de *common law* sont autant de modèles concurrents à notre conception dogmatique de la propriété privée¹¹.

[12] Si l'absoluité de la propriété est depuis longtemps écartée, c'est désormais son exclusivisme et son individualisme qui sont bousculés. De nombreux travaux tentent de proposer des théories renouvelées de la propriété, que ce soit par le prisme de l'inclusion, de la déambulation ou de la relation. Un nouveau mouvement doctrinal, dans lequel nous nous inscrivons (CLÉMENT-FONTAINE & GIDROL-MISTRAL, 2022), semble dessiner une propriété caractérisée par l'altérité, que l'on pourrait nommer

9 Voir les contributions suivantes : Marianne FAURE-ABBAD, professeure de droit privé, Université de Poitiers, *La construction de la propriété d'un immeuble en chantier* et Aurore CHAIGNEAU, professeure de droit privé, Université de Nanterre, *Co-propriété(s) et impossible exclusivisme*.

10 Voir les contributions suivantes : Michel BOUDOT, professeur de droit privé, Université de Poitiers, *La propriété par construction agglutinante, ce qui colle et ce qui ne colle pas*; Alicia MÂZOUZ, maîtresse de conférences de droit privé, Université catholique de Lille, *Le corps réconcilié*; Anne-Sophie HULIN, professeure de droit privé, Université de Sherbrooke, *Patrimoine de données, out la propriété !* et Valérie-Laure BENABOU, professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ, *Les fonds de données*

11 Voir les contributions suivantes : Doris FARGET, professeure de droit, Université du Québec à Montréal et Carole DELAMOUR, chercheuse en anthropologie (CIERA-Montréal), *La propriété désenchantée ou comment les conceptions coloniales européennes ont effacé les conceptions foncières autochtones*; Flora VERN, Maître de conférences de droit privé, Université catholique de Lyon, *La propriété et les droits coutumiers* et Alexandra POPOVICI, professeure de droit privé, Université de Sherbrooke, *La propriété lost in common law*.

« propriété alter-subjective »¹². Le lien de propriété n'est plus un lien entre une personne et une chose, mais un pouvoir qui engendre des devoirs vis-à-vis d'autrui et de la chose. La propriété se charge d'une fonction. Une telle évolution théorique de la propriété interpelle au point de se demander s'il s'agit toujours de propriété¹³.

[13] Ce présent numéro prolonge les réflexions amorcées en juin 2022 lors du colloque organisé par l'UVSQ et l'UQAM sur la propriété en droit civil, dont les contributions orales sont disponibles en ligne sur la chaîne de la Faculté de droit de l'Université Versailles–Saint-Quentin en Yvelines¹⁴ et du CRDP. Il s'inscrit dans les projets en cours portant sur *Les communautés et pratiques communautaires* (CLÉMENT-FONTAINE & GIDROL-MISTRAL, *op. cit.*) et *Les transformations générales du droit privé depuis le Code civil du Québec*¹⁵.

[14] Nous avons réuni cinq contributions qui illustrent les thèmes qui ont été abordés lors du colloque et présentés plus tôt :

- Aurore CHAIGNEAU, *Copropriété, l'impossible exclusivisme levier d'une propriété sociale* ;
- Flora VERN, *La propriété et les droits fonciers coutumiers. Étude sur la vivacité de quelques coutumes françaises* ;
- Nadège REBOUL-MAUPIN, *Les déchets saisis par le droit* ;
- Emmanuelle JEULAND, *Peut-on avoir une approche relationnelle de la propriété ?* ;
- Séverine DUSOLLIER, *Propriétés inclusives*.

[15] Dans le sillage du mouvement qui tend à penser la propriété de manière plurale et non monolithique : Séverine Dusollier propose de nouvelles formes de propriétés que l'auteur appelle les propriétés inclusives. Celles-ci auraient pour caractéristique commune « un régime d'usage des biens » qui répond à deux conditions : « (1) l'absence de pouvoir d'exclure autrui de l'usage du bien, et (2) l'impossibilité d'un exercice individuel de son droit en raison d'un usage commun ». Emmanuel Jeuland conteste la vision binaire de la propriété envisagée comme un rapport entre une personne et une chose pour l'ancrer dans la théorie relationniste, car « un bien n'est pas une chose appropriable (selon une définition un peu tautologique) ou utile, mais

12 Nous empruntons le terme « alter-subjectif » à A. POPOVICI. *Êtres et Avoirs — Les droits sans sujet en droit privé actuel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, coll. Minerve, 2019. Voir également, G. GIDROL-MISTRAL, « Quel avenir pour les droits subjectifs », (2022) 3(2) *Revue Communitas*, en ligne : <<https://communitas.uqam.ca/quel-avenir-pour-les-droits-subjectifs-2/>>.

13 Voir les contributions suivantes : Séverine DUSOLLIER, professeure de droit privé, École de droit, Science-Po Paris, *La propriété inclusive*; Sarah VANUXEM, maîtresse de conférences de droit privé, Université Côte d'Azur, *La déambulation : un renversement de la perspective propriétaire* et Emmanuel JEULAND, professeur de droit privé, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, *L'approche relationniste de la propriété*.

14 Faculté de droit et science politique UVSQ, « Accueil », *Youtube*, en ligne : <<https://www.youtube.com/@facultededroitetsciencepolitique>>.

15 Ce projet de recherche est soutenu financièrement par la Chambre des notaires du Québec.

avant tout l'objet d'une relation de droit » entre personnes. Aurore Chaigneau, dans la voie de la pensée sur les communs et les biens communs, renouvelle l'analyse de la copropriété des immeubles : l'autrice dépasse la seule articulation entre intérêt individuel (partie privative) et intérêt collectif (partie commune) en ajoutant l'intérêt général qu'impose la dimension sociale et environnementale de l'habitat. De nouveaux objets de droit, tels que les déchets, conduisent Nadège Reboul-Maupin à envisager « la propriété non plus seulement comme un droit, mais aussi comme un devoir », y compris de non-abandon. De plus, selon l'autrice, l'usage du bien prime sur le droit exclusif. Dès lors, les nouveaux objets de droit sont mieux appréhendés sous l'angle de contrat d'usage que de contrats translatifs de propriété pour répondre notamment aux objectifs environnementaux. Enfin, Flora Vern nous rappelle, à travers une exploration des droits coutumiers fonciers, que les relations aux choses n'ont jamais été limitées à la propriété exclusive et individuelle tirée du *Code civil napoléonien*. De la sorte, l'autrice nous offre plusieurs exemples de situations pour lesquelles les besoins et les résultats recherchés de partage, de conservation, de vivre ensemble l'emportent sur tout dogme propriétaire.

[16] Le point commun de l'intégralité de ces réflexions est peut-être de déplacer l'objet de l'analyse : la personne n'est plus le pivot du droit civil. Dès lors que ses relations à la chose ne sont plus comprises comme un pouvoir abstrait, ce sont les caractéristiques de la chose qui devraient déterminer le lien de droit. Partant, selon que la chose a une fonction et une incidence par exemple sociale, environnementale ou intime, les droits vont se doubler de devoirs, l'individuel va composer avec le collectif, l'abstraction du droit se trouve nuancée par la situation concrète. Le résultat de ces réflexions pourrait ainsi nous conduire soit à privilégier une approche systémique, soit une approche pragmatique. Suivant l'approche systémique, l'effort porte sur la construction et l'articulation d'une pluralité de modèles d'appropriation (comme la propriété individuelle ou collective, la fiducie ou l'administration du bien d'autrui) qui cohabiteraient dans nos systèmes juridiques. D'après l'approche pragmatique, plus libre, les relations aux choses se vivent comme des relations propriétaires, contractuelles, fiduciaires ou encore coutumières, au gré des objectifs individuels, collectifs et généraux attachés à la chose. En guise de conclusion, nous osons affirmer que les digues d'une pensée juridique civiliste étroite ont cédé sous la puissance des contributions présentées lors du colloque *La propriété en droit civil : in or out ?*

RÉFÉRENCES

AUBRY, C. & RAU. C.F. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, 4^e éd., Paris, Marchal, Billard et cie, 1873.

CARBONNIER, J. *Droit civil : les biens*, t. 3, 19^e éd., n° 68, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

CHAZAL, J.-P., « La propriété : dogme ou instrument politique? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », 4 *Revue trimestrielle de droit civil*. 2014.

CLÉMENT-FONTAINE, & GIDROL-MISTRAL, G.« Introduction générale au projet Communautés et pratiques communautaires », (2022) 50(1-2-3) *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 3-21.

DROSS, W. *Droit civil : les choses*, Paris, LGDJ n° 79, 2012.

DUGUIT, L. *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, La Mémoire du droit, 1999 [1911].

DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel*, rééd., LGDJ n° 76, 2007.

EMERICH, Y. « La fonction sociale de la propriété et le mythe de la propriété absolue », dans A. TELLIER-MARCEL *et al.* (dir.), *Les prochains défis de la pensée civiliste*, Montréal, Les éditions Thémis, 2020.

GIDROL-MISTRAL, G. « Quel avenir pour les droits subjectifs », (2022) 3(2) *Revue Communitas*, en ligne : <<https://communitas.uqam.ca/quel-avenir-pour-les-droits-subjectifs-2/>>.

JOSSERAND. L. *Livre du centenaire du Code civil – Essai de la propriété collective*, Dalloz, 2004 [1904].

JOSSERAND. L. *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2006.

LIBCHABER, R. « La propriété, droit fondamental », dans R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 19^e éd., 2013.

LAFOND, P.-C. *Précis de droit des biens*, 2^e éd., n° 677, Montréal, Les éditions Thémis, 2007, n° 677.

LAMONTAGNE, D.-C. *Biens et propriété*, 7^e éd., n° 204, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.

MEILLER. E. *La notion de servitude*, t. 533, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2012.

POPOVICI. *Êtres et Avoirs — Les droits sans sujet en droit privé actuel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, coll. Minerve, 2019.

POTHIER, R.-J. *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, Debure père, 1772.

PROUDHON, P.-J. *Théorie de la propriété*, Paris, L'Harmattan, 1997 [1862]

TERRÉ, F. & SIMLER, P. *Droit civil : les biens*, 9^e éd., n° 148, Paris, Dalloz, 2014.

VAREILLES-SOMMIÈRES, P.« La définition et la notion juridique de propriété »,4 *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905.

ZENATI-CASTAING, F. *Essai sur la nature juridique du droit de la propriété*, thèse de doct., Lyon III, 1981.

COPROPRIÉTÉ, L'IMPOSSIBLE EXCLUSIVISME LEVIER D'UNE PROPRIÉTÉ SOCIALE ?

Aurore CHAIGNEAU¹⁶

[17] En matière immobilière et en particulier en zones urbaines où se concentrent aujourd'hui la majorité de la population, la propriété individuelle est moins répandue que la propriété collective, expression dont l'usage reste contesté (ZENATI-CASTAING, 2009, p.589). L'urbanisation à laquelle il faut associer la construction puis la division des « immeubles de rapports »¹⁷ s'est accompagnée du développement de l'habitat collectif. La patrimonialisation¹⁸ des villes et les difficultés économiques de nombre de copropriétés n'ont fait que mettre un peu plus en lumière la dimension collective de ces biens pourtant perçus comme objets de droits individuels de propriété. Aujourd'hui, ces biens à la structure propriétaire singulière concentrent des enjeux politiques importants, qu'il s'agisse d'assurer un accès au logement des populations précaires, la sécurité sanitaire, mais aussi la transition écologique. Pour relever chacun de ces défis, il faut se pencher sur les moyens d'internaliser ces problématiques dans les délibérations et les votes des copropriétés.

[18] Le statut actuel de la copropriété poursuit deux logiques distinctes, maintes fois soulignées par les observateurs (CHANTEPIE, 2020, p.14), d'une part la protection de l'intérêt de chaque propriétaire et, d'autre part, la protection de l'immeuble lui-même, bien collectif, avec cet impératif d'articuler les intérêts individuels et la somme de ces intérêts avec l'intérêt général.

[19] Les législations successives sur l'immeuble collectif ont été élaborées avec l'objectif d'assurer l'exercice individuel du droit de propriété, mais aussi la conservation de l'immeuble. Ainsi, dès la loi du 28 juin 1938 *sur les immeubles divisés en appartements*, le législateur, qui instaurait un statut supplétif de copropriété, fait reposer son organisation sur le principe d'unanimité pour assurer le respect de la volonté de chacun. La loi du 15 juillet 1965, qui rompt avec ce statut supplétif, cantonne la règle de l'unanimité aux décisions les plus graves et lui substitue une logique majoritaire restrictive pour toutes les décisions de gestion afin de faciliter la bonne gestion du bien. La gouvernance de la personnalité morale reconnue à la copropriété est entravée par des règles et un patrimoine propre si faible qu'elle peine à s'imposer comme un acteur autonome porteur de l'intérêt de l'immeuble contre les intérêts particuliers des copropriétaires. Cependant, elle n'en est pas moins une organisation collective pour concilier intérêts individuels et collectifs. Ainsi, la loi pose un point d'équilibre : l'article 8, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 édicte que « le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation ». La protection des droits connaît des restrictions.

[20] Face aux défis de la transition énergétique et de l'entretien du parc immobilier, plusieurs lois ont, dans la période récente, amendé les règles de gouvernance pour inciter à des réformes et à une meilleure gestion. Ainsi, la loi pour la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 *Pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* et la loi 2018-1021 *Portant évolution du logement de l'aménagement et du numérique* (ELAN) du 23

¹⁷ L'immeuble de rapport est un investissement immobilier, dont la particularité est d'être un habitat collectif sans statut de copropriété, puisque l'ensemble immobilier est détenu par le même bailleur.

¹⁸ Par patrimonialisation, il faut entendre la valorisation du patrimoine immobilier dans sa dimension culturelle et son renchérissement économique. Elle s'accompagne d'une législation plus contraignante en matière d'entretien et de rénovation, d'une augmentation des coûts de gestion et parfois d'une gentrification.

novembre 2018, habilitant le gouvernement à prendre une ordonnance pour améliorer la gestion des immeubles et prévenir les contentieux en matière de copropriété, ont apporté des modifications aux dispositions de 1965 pour favoriser et faciliter l'engagement de travaux de rénovation.

[21] Ces nouvelles dispositions recourent à la fois à des règles d'ordre public pour imposer aux copropriétaires des contraintes supplémentaires dans l'usage et la disposition de leurs biens pour les astreindre à des comportements et des usages qui ne relèvent pas de leur choix; et instituent également des mécanismes contractuels pour développer des engagements réciproques au bénéfice de l'immeuble et de ses occupants.

[22] L'exercice du droit de propriété d'un lot dans un immeuble collectif génère ainsi une porosité entre la défense d'intérêts individuels collectifs voire publics. Dans l'immeuble collectif, le droit du copropriétaire est en effet concurrent et non absolu, calibré en regard de l'exercice simultané de droits concurrents qui permet d'articuler intérêts individuels et collectifs grâce à l'assemblée générale des copropriétaires, assurant le débat sur les décisions à prendre selon un principe majoritaire (1.) Le fonctionnement de la copropriété repose également sur l'adhésion volontaire au règlement de copropriété et d'autres documents statutaires qui objectivent l'état de l'immeuble et donnent corps à la destination de l'immeuble qui s'impose pour limiter les usages et la jouissance des lieux. Celle-ci porte intrinsèquement un intérêt collectif distinct de la somme des intérêts individuels mais intègre marginalement aussi des intérêts plus large encore (2.) Enfin, le droit de l'habitat collectif a été renforcé récemment par la création de nouvelles formes de collectifs d'habitants pour encourager l'accès à la propriété et promouvoir d'autres finalités sociales comme la lutte contre la spéculation immobilière et l'accès des populations à un meilleur cadre de vie (3.). Avec un peu d'optimisme, certes peut-être excessif, les dynamiques à l'œuvre à ces trois niveaux peuvent s'avérer utiles pour décloisonner les intérêts privés et faire accepter aux propriétaires des finalités nouvelles

1. UNE APPROPRIATION CONCURRENTTE QUI DESSINE LES FRANGES DE L'EXCLUSIVISME

[23] « En copropriété, les propriétés divisées ne peuvent demeurer des îlots isolés » (ATIAS & LE RUDULIER, 2021). La reconnaissance de parties communes, élément indispensable à l'application de la loi du 10 juillet 1965 (L. n 65-557, JO 11 juill. 1965), impose une construction originale des droits des copropriétaires qui disposent en usage d'espaces exclusifs et d'espaces partagés. « Le régime de la copropriété est donc entièrement construit sur cette dualité de qualité et les aspirations bien souvent antagonistes qu'elle fait naître » (*Ibid.*). Chaque titulaire de lot en copropriété est propriétaire dans l'immeuble. Il est propriétaire exclusif des parties privatives et propriétaire indivis des parties communes. Ainsi que l'affirme Pierre Capoulade, les atteintes au droit du propriétaire dans son principe « dérivent de la nature même des choses. Le droit de propriété du lot, dans ses deux composantes, s'insère, en effet, dans un ensemble de droits et d'obligations qui dépendent d'une communauté » (2012, pp. 19-27).

[24] La répartition matérielle des espaces et des équipements entre parties communes et privatives rend *de facto* les copropriétaires entièrement dépendants de la structure collective, puisque toute l'infrastructure permettant l'exploitation de l'immeuble, du toit au local poubelle en passant par l'escalier et les réseaux électriques, tous les équipements essentiels appartiennent aux parties communes, l'espace privatif se résumant presque à un volume d'air. L'usage et la disposition de son bien sont donc indissociables de ceux des parties communes.

[25] L'acquéreur d'un bien en copropriété se voit en outre contraint d'adhérer au règlement de copropriété. Il est de droit membre du syndicat des copropriétaires, débiteur d'une quote-part des charges et partie au règlement de copropriété.

[26] Le droit constitutionnel du copropriétaire est tout aussi protégé que le droit d'un propriétaire individuel par les normes constitutionnelles¹⁹, c'est un droit de même nature, néanmoins l'absolutisme n'est pas rappelé puisque la liberté du propriétaire est intrinsèquement conditionnée dans l'usage des biens au respect du règlement et des droits des autres copropriétaires : « Chaque copropriétaire [...] use et jouit librement des parties privatives et des parties communes sous la condition de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble » (L. 1965, art. 9, al. 1^{er}). L'exercice de la liberté de chacun est subordonné au respect des règles collectives²⁰. La concurrence des droits autrement dit, le respect de droits équivalents et les documents statutaires de la copropriété encadrent finalement la mode de vie et les rapports entre les habitants.

[27] Dans cette limite, chaque copropriétaire se voit assurer une stabilité dans la jouissance de sa partie privative. L'existence du règlement de copropriété qui détermine l'affectation de l'usage de l'immeuble lui assure une permanence dans l'usage collectif de l'immeuble malgré les ventes et les acquisitions successives. Les changements de propriétaires n'affectent pas ainsi la destination générale de l'immeuble et le « cadre de vie » pour lequel le copropriétaire a opté au moment de l'acquisition.

[28] Cette protection de l'intérêt par le *statu quo ante*, c'est-à-dire de la destination initiale de l'immeuble dans lequel il a choisi d'être copropriétaire²¹ connaît des exceptions. Même sur la partie privative, de façon exceptionnelle, l'intérêt individuel doit céder devant l'intérêt collectif en vertu comme le rappelle l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965, selon laquelle « un copropriétaire ne peut faire obstacle à l'exécution, même sur ses parties privatives, de travaux d'intérêt collectif régulièrement décidés par l'assemblée générale des copropriétaires ». En cas de conflit, le juge appréciera si la

19 Pour illustration de la protection accordée par le Conseil constitutionnel au fondement de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen cité en préambule de la constitution : décision n° 2014-409 QPC du 11 juillet 2014.

20 Au-delà de la protection du bien lui-même, des décisions collectives peuvent s'imposer au copropriétaire pour limiter même l'exercice de ses droits fondamentaux dès lors qu'ils entrent en contradiction avec le règlement de copropriété comme l'a rappelé la Cour de cassation à l'occasion de son arrêt du 8 juin 2006 n°05.14-774. Cass. Civ. 3e, 8 juin 2006, n°05.14774. Dans une situation analogue, la Cour suprême du Canada a rendu le 30 juin 2004 une décision contraire considérant à l'inverse que les droits fondamentaux du propriétaire devaient prévaloir dès lors que l'atteinte qui pouvait résulter pour l'ensemble des copropriétaires de la construction de cabanes sur des balcons privatifs pendant un temps limité était minime en comparaison de l'atteinte à la liberté de religion qui résulterait d'une interdiction (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551).

21 Cass. civ. 3e, 5 juillet 2011, n° 09-71.263, AJDI 2011. 712.

décision est proportionnée aux intérêts en cause comme l'illustre une décision de la Cour de cassation en date du 5 octobre 2017, n° 16-21.971²².

[29] Chacun des copropriétaires peut bien évidemment contester en justice la décision majoritaire par laquelle lui est imposée une modification de ses droits sur les parties privatives de son lot. Cette protection lui est accordée principalement par l'article 26, de la loi de 1965 : « L'assemblée générale ne peut, à quelque majorité que ce soit, imposer à un copropriétaire une modification de la destination de ses parties privatives ou aux modalités de leur jouissance, telles qu'elles résultent du règlement de copropriété ». Le législateur a pris soin de protéger l'intérêt individuel du copropriétaire dont le lot est principalement affecté par l'initiative prise. Il peut ainsi s'opposer à un équipement collectif qui empièterait ou diminuerait l'usage de sa partie privative.

[30] Malgré ces dispositions, la stabilité reste largement protégée par la destination de l'immeuble. Les autres copropriétaires, s'ils sont majoritaires, peuvent décider d'un projet impactant même des parties privatives, mais les conditions sont finalement restrictives si on en juge par la jurisprudence. Il faut, d'une part, que la modification décidée emporte uniquement des conséquences indirectes sur l'utilisation des parties privatives et, d'autre part, que l'initiative majoritaire soit justifiée par la destination de l'immeuble et qu'en conséquence elle obéisse aux exigences d'un intérêt collectif impérieux.

[31] Cette stabilité de l'immeuble défendue au nom de la permanence des intérêts peut cependant se retourner contre des copropriétaires peu clairvoyants sur leur intérêt et l'évolution future de l'immeuble. Pour assouplir ce principe, les juges ont donc considéré qu'une amélioration de l'immeuble pouvait également entrer dans le champ des dérogations à la protection de la stabilité de l'usage et de la jouissance d'une partie privative. En effet, si une transformation constitue une amélioration, elle ne doit pas conduire à imposer aux copropriétaires le maintien d'un *statu quo*. Cette inflexion est d'autant plus compréhensible que le législateur, dans l'ordonnance du 30 octobre 2019²³, a pleinement consacré l'amélioration de l'immeuble en tant qu'objectif du syndicat des copropriétaires. Ainsi, une amélioration modifiant les modalités de jouissance des locaux privés peut s'imposer et être imposée par la majorité des membres de la copropriété lorsque celle-ci se contente de suivre le progrès des techniques et d'agir raisonnablement²⁴.

[32] Malgré la pondération entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif opérée par cette évolution législative, le propriétaire d'un lot reste malgré tout fermement protégé dans son éventuelle passivité ? Ceci se retrouve dans la faiblesse des sanctions possibles en

22 Cass. civ. 3e, 5 octobre 2017, n°16-21.971. Dans cette affaire, l'assemblée générale des copropriétaires avait adopté une résolution missionnant un géomètre pour procéder au mesurage des lots. Le propriétaire d'un de ces lots avait refusé l'accès aux parties privatives en vue de travaux et fut assigné en référé par le syndicat des copropriétaires pour obtenir l'autorisation d'accéder à leurs locaux.

23 Ordonnance n° 2019-1101 du 3 oct. 2019, JO 31, octobre 2019.

24 Cass. civ. 3e, 9 mai 2012, n° 11-16.226 : « Mais attendu qu'ayant relevé que l'installation collective d'origine n'était pas en mesure, depuis plusieurs exercices, de faire face à la demande d'eau chaude sanitaire dans l'ensemble des logements, et que les documents produits démontraient la faisabilité de l'installation d'un ballon d'eau chaude dans chacun des types d'appartements de la copropriété, la cour d'appel a souverainement retenu que la décision adoptée par les copropriétaires constituait une amélioration du fait des économies d'énergie occasionnées. »

cas de manquement. La protection de son statut de propriétaire, nonobstant d'éventuels manquements de sa part, est effective. La protection constitutionnelle du droit de propriété a justifié que les sanctions prises à son encontre en cas de défaillances ne le privent pas automatiquement de son droit. Ainsi, une simple violation du règlement de copropriété ou le non-paiement des charges ne peuvent à elles seules entraîner sa suspension à l'assemblée générale ou son expulsion hors de toute procédure judiciaire, en tant que tels, son éviction. La jurisprudence est sur ce point constante.

2. UN BIEN COLLECTIF PEUT-IL ENDOSSER LA DÉFENSE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ?

[33] Toute copropriété, ensemble immobilier détenu collectivement par plusieurs personnes, voit sa gouvernance régie par des documents statutaires privés dont en premier lieu le règlement. Elle est également devenue un terrain de prédilection de l'intervention législative au nom d'objectif d'intérêt général. La répartition entre intérêts privés individuels et collectifs de la copropriété et intérêt général défendu par la puissance publique est en réalité plus imbriquée.

2.1 DE L'INTÉRÊT COLLECTIF À L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

[34] L'assemblée des copropriétaires a compétence pour toutes les décisions relatives à l'immeuble. En vertu du règlement de copropriété elle a compétence pour faire respecter les règles d'usage et de jouissance de l'immeuble. Elle peut ainsi intervenir pour les troubles de toute nature telles les nuisances occasionnées par les occupants propriétaires ou non²⁵.

[35] Outre ses conflits d'usage traditionnels, les copropriétaires se saisissent d'eux-mêmes de nouvelles pratiques troublant la tranquillité de l'usage des lieux comme la location touristique de courte durée dont la dimension dépasse parfois leur immeuble. En effet, sous l'effet du développement de nouvelles pratiques touristiques, les copropriétés concernées ont commencé à introduire dans les règlements de copropriété des dispositions limitant ou interdisant les locations, sources de troubles dans les immeubles. Là encore le *statu quo ante* a pu être invoqué versus le rappel de la « destination bourgeoise » d'immeubles à usage d'habitation pour faire condamner des bailleurs d'un nouveau genre. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 8 mars 2018, n°14-15.864 a-t-elle pu confirmer la capacité des copropriétaires à restreindre les usages en décidant que la rotation de courtes périodes de location dans des « hôtels studios meublés » n'est pas compatible avec la destination d'un immeuble à usage d'habitation, avec possibilité d'usage mixte professionnel-habitation et à l'exclusion de

25 Cass. Civ. 3e , 14 avril 2010, n° 09-13.315 : « Mais attendu qu'ayant relevé que le règlement de copropriété prévoyait que dans les locaux à usage de commerce, étaient interdites les activités pouvant apporter des nuisances acoustiques aux copropriétaires et que l'activité de restauration rapide exploitée par la société restaient une source de nuisances sonores pour la copropriété, malgré les travaux effectués, dès lors que les horaires de fermeture étaient très tardifs comme le prouvait le constat d'huissier de justice, la cour d'appel a pu, sans violer l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni le principe de liberté du commerce et de l'industrie, retenir que, pour que l'activité de la société, non interdite par le règlement de copropriété, soit compatible avec les exigences de ce règlement au regard des nuisances sonores, il devait lui être ordonné de fermer son commerce au plus tard à 22 heures.»

toute activité commerciale, dès lors que le règlement de copropriété traduit une volonté de stabilité des occupants²⁶.

[36] En prenant de telles mesures, les syndicats de copropriété tentent de défendre la fonction usuelle d'habitation de l'immeuble et cet objectif converge avec les objectifs sociétaux que le législateur poursuit à son échelle en réglementant plus strictement au niveau national les locations de courte durée. En effet, à mesure que le phénomène a enflé et s'est généralisé, en particulier dans les grandes métropoles et les zones touristiques, il est apparu nécessaire aux pouvoirs publics de légiférer pour endiguer un phénomène locatif dont la rentabilité menaçait l'usage premier des immeubles pour le logement des résidents permanents. En France, comme ailleurs en Europe, le législateur est intervenu récemment par la loi du 1^{er} janvier 2019 introduisant un article L.631-7 dans le *Code de la construction et de l'habitation* pour Paris et les villes de plus de 200 000 habitants, dans lequel il fixe un plafond pour la location des résidences principales (120 jours maximum)²⁷.

[37] Cet exemple emblématique illustre la convergence des intérêts collectifs et publics dans la protection de certains usages des immeubles et la défense d'un certain mode de vie urbain. La chronologie de cette réforme en réaction à un nouveau phénomène social dont l'expansion s'est avérée rapide révèle qu'il ne faut se priver d'aucun outil réglementaire.

[38] Cette même observation peut être faite en matière de rénovation urbaine. Ces dernières années ont en effet été marquées par une intervention croissante des pouvoirs publics dans ce champ face à la nécessité de lancer la rénovation du parc immobilier et de la mise en place d'une politique publique de transition énergétique. Pour agir sur le parc privé, le législateur durcit la réglementation afin de contraindre les propriétaires à lancer des travaux urgents. Les politiques publiques et les dispositifs réglementaires sur la rénovation énergétique ont, en France, largement échoué les uns après les autres du fait d'un empilement trop rapide des normes, mais aussi face à l'inertie des pratiques et aux coûts importants. À mesure que le temps passe, le législateur s'appuie plus directement sur les assemblées générales de copropriétaires qu'il enjoint à voter la rénovation thermique des bâtiments.

2.2 LE RENFORCEMENT DES OBLIGATIONS LÉGALES IMPOSÉES AUX COPROPRIÉTAIRES PAR L'ASSEMBLÉE

[39] La gouvernance même de la copropriété permet en théorie que les copropriétaires décident collectivement de l'entretien de l'immeuble par des votes majoritaires. Cette faculté est même devenue une finalité et une fonction légale du syndicat à qui est donc désormais conférée une fonction sociale depuis les ordonnances : l'amélioration de

²⁶ Cette jurisprudence récurrente se retrouve dans l'arrêt de la troisième chambre civile du 27 février 2020 (n° 18-14.305) par lequel la Cour de cassation a confirmé l'interdiction des locations saisonnières en raison de la nature commerciale de l'activité dans une copropriété à destination bourgeoise.

²⁷ Passée une période de laisser-faire, les législateurs durcissent progressivement la législation. La ville de New York a par exemple adopté le 9 janvier 2022 une législation limitant drastiquement la location de courte durée à compter du 5 septembre 2023 (Local Law n°18, 09/01/2022, en ligne : <<https://www.nyc.gov/site/specia/enforcement/registration-law/registration.page>>. En France le gouvernement prévoit d'abaisser l'abattement fiscal pour les locations de courte durée dans la loi de finance 2024 (Projet de la loi de finance 1680, amendement n°1 CF- 2778).

l'immeuble pour permettre la transition énergétique. Les règles de majorité ont été modifiées et abaissées pour encourager la prise de décision collective.

[40] Le législateur vise les copropriétés pour enclencher la rénovation du parc immobilier laissant aux copropriétaires le choix des modalités, dans un environnement normatif et institutionnel assez nébuleux, ce qui génère une certaine incertitude dans la mise en œuvre et laisse place à beaucoup d'inertie.

[41] D'année en année, le législateur durcit le cadre général de fonctionnement des copropriétés parfois sans suffisamment de cohérence, comme les nombreuses critiques le laissent comprendre. Mais l'impérativité de rattraper le retard national dans la rénovation énergétique et l'urgence de certains travaux justifient pour le législateur un approfondissement des dispositifs. Ainsi, la loi *Climat et résilience* n°2021-1104 adoptée le 22 août 2021 a-t-elle renforcé les obligations des copropriétaires en imposant que les copropriétés se dotent d'outils internes pour concevoir des projets de rénovation tels un diagnostic de performance énergétique (DPE) et un plan pluriannuel de travaux. Le durcissement de la législation a fini par conditionner le droit de louer son bien à des travaux de rénovation énergétique. Il se produit le même processus pour l'équipement des immeubles. Ainsi, un décret n°2022-8 du 5 janvier 2022²⁸ relatif au résultat minimal de performance environnementale concernant l'installation d'un équipement de chauffage ou de production d'eau chaude sanitaire dans un bâtiment a imposé que les équipements neufs installés pour le chauffage ou la production d'eau chaude sanitaire dans les bâtiments d'habitation ou à usage professionnel, neufs ou existants, devront respecter un plafond d'émissions de gaz à effet de serre de 300 g CO₂eq/KWh à compter de juillet 2022. Ce plafond s'inscrit dans la politique menée par le Gouvernement pour réduire les émissions de gaz à effet de serre des bâtiments et lutter ainsi contre le changement climatique.

2.3 LA CONVERGENCE D'INTÉRÊTS PAR L'APPROPRIATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LES RÈGLEMENTS DE COPROPRIÉTÉ ?

[42] Si tous ces dispositifs montrent l'articulation effective entre l'intérêt collectif et l'intérêt général, ils se cantonnent cependant à des dispositifs pour limiter l'inertie excessive ou l'abus de certains propriétaires. Mais la gouvernance de la copropriété pourrait permettre de contractualiser directement les politiques publiques.

[43] Certes, en vertu de la loi de 1965, le syndicat des copropriétaires a pour fonction de contrôler la destination de l'immeuble. Celle-ci, reformulée, précisée dans le règlement de copropriété pourrait donc se comprendre moins comme un statu quo que comme une adaptation des usages pour améliorer la qualité de vie des habitants.

[44] Il est des cas dans lesquels le juge s'est effectivement saisi de dispositions du règlement de copropriété pour conclure à la reprise d'objectifs publics par les copropriétaires dans leur règlement interne. Ainsi, un règlement qui énonce que « *les occupants de l'immeuble doivent observer et exécuter les règlements d'hygiène, de ville et de police* », a été interprété par les juges comme un moyen de caractériser des atteintes à la destination pour des problèmes d'insalubrité, même des parties privatives.

28 JORF n° 0004 du 6 janvier 2022, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2022/01/06/0004>.

Dans son arrêt du 6 septembre 2018²⁹, la troisième chambre de la Cour de cassation a approuvé la condamnation d'un copropriétaire à remettre en état une cave transformée en logement donné à bail, au motif que l'article L. 1331-22 du *Code de la santé publique* édicte que « *les caves, sous-sols, combles, pièces dépourvues d'ouverture sur l'extérieur et autres locaux par nature impropres à l'habitation ne peuvent être mis à disposition aux fins d'habitation, à titre gratuit ou onéreux* ».

[45] Comme l'affirme un auteur, « si la Haute juridiction reste prudente face à cette problématique de décence du logement, refusant de généraliser la légitimité du contrôle du syndicat des copropriétaires sur ces sujets par un attendu de principe, elle utilise les clauses restrictives du règlement de copropriété »³⁰ pour permettre néanmoins un contrôle interne.

[46] L'intégration de causes exogènes à la copropriété dans le débat entre copropriétaires restera nécessairement limitée tant que les documents internes ne montreront pas l'appropriation volontaire de ces enjeux par les copropriétaires. Cette possibilité est à creuser car les habitants ne vivent pas en vase clos et les juges, pragmatiques, sont parfois bien obligés de leur rappeler en les contraignant, à travers une interprétation très extensive de la « destination de l'immeuble », à prendre acte de l'évolution de leur environnement économique et social.

[47] En effet, si les transformations d'un quartier, son embourgeoisement ou son appauvrissement ont pu ne pas suffire à diversifier les activités au sein d'une copropriété dont le règlement indiquait clairement les commerces autorisés, les juges ont cependant interprété très restrictivement les clauses limitant la mixité sociale, comme le rappelle l'arrêt du 23 novembre 2017³¹. Dans cette affaire était en cause la cession par la Mairie de Paris de plusieurs appartements à un bailleur social pour les affecter au parc social dans une copropriété cossue du XVI^e arrondissement. Le règlement de cette dernière indiquait que « les appartements sont destinés à l'habitation ou à usage professionnel, ils seront occupés et habités de façon honnête par des personnes de bonne vie et bonne mœurs ». Malgré les protestations des propriétaires, les juges ont décidé que cette clause ne saurait « s'interpréter comme interdisant l'occupation des locaux à titre d'habitation à certaines catégories socioprofessionnelles ». Elle précise en outre que « la dépréciation alléguée de la résidence était un préjudice individuel éventuellement subi par le copropriétaire lors de la vente de son bien, et qu'il ne s'agissait pas de préjudices personnels ressentis de la même manière par l'ensemble des copropriétaires prenant ainsi un caractère collectif ».

[48] En définitive, il est clair que les outils actuels sur lesquels se construisent les débats au sein des assemblées générales de la copropriété montrent une intégration limitée des enjeux d'intérêt général. Il y a bien une certaine porosité, mais celle-ci est focalisée sur l'interprétation d'un règlement qui est rarement mis à jour et qui de fait sert surtout à protéger la pérennisation de pratiques établies.

29 Cass. 3e civ., 6 septembre 2018, n°17-22.172.

30 Philippe MARIN et Jean-Marc ROUX, « La destination de l'immeuble en copropriété », (2019) 88(2) Droit et Ville, p. 193-209.

31 Cass. 3e civ., 23 novembre 2017, n° 16-20.805.

[49] Reste à se demander si les récentes réformes en faveur de l'habitat participatif permettent de briser cette logique en ouvrant la copropriété sur des enjeux sociaux autres que ceux intéressant directement la micro-société des copropriétaires³². Quelques exemples d'innovation sociale montrent que ces outils sont explorés et exploités parfois en ce sens. Pour s'y pencher, il faut s'attarder quelque peu sur les projets récents « d'habitat participatif ».

3. LA COPROPRIÉTÉ, LIEU D'EXPÉRIMENTATION SOCIALE

[50] L'habitat participatif apparu dans la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) du 27 mars 2014 se définit comme : « une démarche citoyenne qui permet à des personnes physiques de s'associer, le cas échéant avec des personnes morales, afin de participer à la définition et à la conception de leurs logements et des espaces destinés à un usage commun, de construire ou d'acquérir un ou plusieurs immeubles destinés à leur habitation et, le cas échéant, d'assurer la gestion ultérieure des immeubles construits ou acquis ».

[51] En partenariat avec les différents acteurs agissant en faveur de l'amélioration et de la réhabilitation du parc de logements existant, public ou privé, et dans le respect des politiques menées sur le plan national et local, l'habitat participatif favorise la construction et la mise à disposition de logements, ainsi que la mise en valeur d'espaces collectifs dans une logique de partage et de solidarité entre habitants »³³.

[52] Ainsi défini, l'habitat participatif (HP) tel que promu récemment dans la législation française a un objectif modeste. Ce dispositif vise à fédérer les futurs propriétaires en amont d'un projet de construction pour les associer à sa conception en intégrant dès lors les nouveaux objectifs de rénovation urbaine³⁴. En pratique, il encourage une réflexion plus approfondie sur la conception du logement, autant que des usages collectifs nouveaux et progressistes. Il essaie aussi de faire se rejoindre la communauté des habitants et la collectivité des copropriétaires. Toutefois, ces mécanismes sont d'abord des régimes propriétaires conçus pour régler la question première de l'accès et la maîtrise de ces derniers. La représentation des occupants et résidents de l'immeuble bien qu'encouragée reste pour l'instant marginale dans le dispositif. Ce faisant, les projets émergents d'habitat participatif, tout bénéfiques qu'ils soient pour renouveler l'implication des copropriétaires dans leur immeuble, produisent aussi une mixité sociale limitée puisqu'ils supposent des compétences et des moyens financiers limitant le nombre de candidats potentiels. Ainsi, l'inclusivité souvent annoncée de ces

32 Des enjeux telles que la mixité sociale, la lutte contre la spéculation, la diversification des activités dans les quartiers.

33 L 200-1 Code de la construction et de l'habitation.

34 *Livre Blanc de l'Habitat participatif*, 2011; Gaël CHANTEPIE et Nicolas LEBLOND, « L'habitat participatif institutionnalisé par la loi ALUR : coopératives d'habitants et société d'autopromotion », *RTDI* 2014, numéro spécial, p. 83; S. LAPORTE-LECONTE, « L'entreprise et le mouvement coopératif en copropriété » *AJDI* 2015 p. 257; V. ZALEWSKI-SICARD, « L'habitat participatif un choix cornélien entre liberté et sécurité », *Gaz. Pal.*, 12 septembre 2017, p.77.

copropriétés est-elle en réalité à double tranchant. L'inclusivité organisée par les règles légales ne produit pas nécessairement une inclusivité sociale³⁵.

[53] Les formes juridiques de l'habitat participatif en droit français : la société d'autopromotion ou en particulier la coopérative, elles-mêmes articulées avec le droit de la copropriété, peuvent réformer la gouvernance, mais le choix de poursuivre des finalités nouvelles relève du seul choix des habitants.

[54] Si l'habitat participatif endosse une fonction sociale, c'est plus certainement par le souhait de limiter le coût du logement pour ses acquéreurs en adossant ces projets à des modalités de financement particulières et, ce faisant, en limitant la spéculation foncière. La collectivisation du financement porté par la coopérative, personne morale, facilite l'accès de certains à la propriété et offre une alternative utile au prêt individuel³⁶. Ce système coopératif facilite l'accessibilité à la propriété en relativisant les capacités d'emprunt individuel et en permettant de tenir compte d'éventuels apports en nature (par exemple, des travaux manuels effectués par un membre au bénéfice de l'immeuble).

[55] Le législateur a en outre prévu la possibilité d'associer à un projet d'habitat participatif un organisme HLM à hauteur de 30 % maximum des parts, ce qui assure une diversification des occupants.

[56] L'émergence de ces nouvelles gouvernances est contemporaine de nouvelles politiques foncières rompant avec la logique de la propriété unitaire du *Code civil*. Plusieurs réformes et propositions de réformes s'appuient en effet sur une dissociation de la propriété du sol et de celle des constructions pour maîtriser le coût du projet de construction. La loi n°2014-366 du 24 mars 2014 (Alur) avait introduit cette logique disruptive en instituant pour ce faire l'Organisme de foncier solidaire (OFS) comme nouvel acteur foncier.

[57] La mission dévolue aux OFS consistant à favoriser l'accession sociale à la propriété, sécurisée par un mécanisme de dissociation pérenne entre le foncier et le bâti, connaît un réel engouement. Ces structures à but non lucratif agréées par le préfet ont pu acquérir des terrains ou des immeubles et ainsi les mettre à disposition des acquéreurs au moyen de baux de longue durée, parfois grâce à un bail réel solidaire (BRS). Ce dispositif éprouve néanmoins ses limites car cantonné à un champ trop étroit – l'accession sociale à la propriété – il peut avoir un véritable impact sur les prix du foncier. Une tentative d'élargissement du dispositif à un large spectre d'opérations immobilières, à l'initiative du sénateur J.L. Lagleize, ouvre la voie à un

35 En ce sens les discussions et débats à l'occasion du projet ERC porté par Séverine Dussolier : *Inclusive Rights : A New Model to Organise Legal Relations to Shared Resources in Tangible Property and Intellectual Property*, 2017, Également la conférence, « Gouverner les fonciers solidaires », MSH Nord, dir. D. Festa, 6 décembre 2022

36 Dans la mise en place d'une coopérative par exemple, le financement du projet est porté par la société qui lève des fonds par un emprunt collectif (environ 80 % du coût du projet) et par les apports des coopérateurs qui correspondent au capital. Une fois le projet livré, la coopérative rembourse les prêts grâce à la redevance versée par les coopérateurs, et provisionne afin de répondre à ses obligations de propriétaire (taxes foncières pour le bâti, charges diverses, provisions, grosses réparations, vacances et impayés). La Société d'attribution et d'autopromotion promeut un modèle plus classique de l'accession à la propriété. Dans ce cas, les familles associées doivent apporter l'intégralité des fonds correspondants au logement qu'ils vont occuper ensuite (le plus souvent grâce à des prêts individuels). L'investissement est corrélé aux parts de la société.

approfondissement de ces dispositifs, même si cette tentative s'est heurtée à des vents contraires³⁷, signe sans doute d'un réel changement de paradigme dans la logique de la propriété et, par ricochet, de la copropriété.

RÉFÉRENCES

ATIAS, C. & Nicolas LE RUDULIER. N., Copropriété des immeubles bâtis : statut et structures, Jurisclasseur civ, 2021.

CAPOULADE, P., « La réglementation porte-t-elle atteinte aux droits des copropriétaires ? », 2012, Droit et Ville, vol. 74, n° 2, p. 19.

CHANTEPIE, G., La copropriété des immeubles bâtis, 2020, Defrénois, p.14.

CHANTEPIE, G, LEBLOND, N., « L'habitat participatif institutionnalisé par la loi ALUR : coopératives d'habitants et société d'autopromotion, 2014, RTDI, numéro spécial, p. 83.

LAPORTE LECONTE, S., « L'entreprise et le mouvement coopératif en copropriété, 2015, AJDI, p. 257

MARIN, Ph., ROUX, J-M., « La destination de l'immeuble en copropriété », 2019, Droit et Ville, vol. 88, n° 2, p. 193.

RAPPORT DU SENAT Sur la maîtrise des coûts du foncier dans les opérations de construction, n° 2434, LAGLEIZE au nom de la commission des affaires économiques, J-L., déposé le 16 octobre 2019.

RAPPORT DU SENAT Sur la proposition de loi visant à réduire le coût du foncier et l'offre de logements accessibles aux français, n° 366, ESTROSI SASSONE D., LETARD, V., au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 4 mars 2020

ZALEWSKI-SICARD, V., « L'habitat participatif un choix cornélien entre liberté et sécurité », Gaz. Pal, 12 septembre 2017, p.77.

ZENATI-CASTAING, F., La propriété collective existe-t-elle ? Mélanges Gilles Goubeaux, 2019, Dalloz LGDJ, 2009, p. 589.

37 Jean-Luc LAGLEIZE, *Rapport au Premier ministre, Sur la maîtrise des coûts du foncier dans les opérations de construction*, novembre 2019. Ce rapport a conduit à l'adoption en première lecture de la Proposition de loi n°2336 visant à réduire le coût du foncier et à augmenter l'offre de logements accessibles aux Français déposée au Sénat le 16 octobre 2019, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2336_proposition-loi

LA PROPRIÉTÉ ET LES DROITS FONCIERS COUTUMIERS. ÉTUDE SUR LA VIVACITÉ DE QUELQUES COUTUMES FRANÇAISES

Flora VERN³⁸

[58] La propriété, telle qu'elle est envisagée par le droit civil français, est profondément unitaire en apparence, mais cette analyse ne résiste pas à l'analyse des droits coutumiers portant sur le foncier. Ceux-ci persistent dans le paysage rural français, avec des différences régionales caractéristiques de leur origine coutumière. Cette survivance de l'ancien droit contredit le célèbre article 544 du *Code civil*, du moins, tel qu'il est interprété par la doctrine depuis la seconde moitié du XIX^e siècle. Cet article semble, en effet, faire de la propriété un ensemble de prérogatives subjectives, directement inspirées des travaux des romanistes³⁹. Il en résulte une conception abstraite et unitaire de la propriété qui s'attache désormais au sujet de droit plutôt que de se calquer sur l'infinie diversité des choses, comme elle le faisait en droit romain et dans le droit coutumier ancien⁴⁰, qui connaissait une multiplicité de saisines sur le même fonds de terre⁴¹. On se figure désormais la propriété comme un droit subjectif attribué à un sujet – personnifié – pour imaginer, par voie de conséquence, que le droit moderne des biens a mis fin aux propriétés divisées de l'ancien droit et interdit la résurrection des propriétés simultanées ou fractionnées du passé. Rien ne serait moins faux.

[59] Pour emblématique qu'il soit d'une certaine conception de la propriété, l'article 544 est, en réalité, bien esseulé dans le Livre II du *Code civil*. Textuellement inspiré de la prose de Bartole⁴², il fait figure d'exception au sein de dispositions presque intégralement reprises à l'ancien droit. De la distinction des biens au régime des servitudes, le législateur a essentiellement œuvré à l'unification des diverses coutumes en vigueur sur le territoire national, dont il a conservé la formulation et les exemples empreints de casuistique⁴³. La loi invite d'ailleurs expressément le juge à se référer aux usages locaux pour déterminer l'étendue des droits de l'usufruitier sur les produits des arbres et pépinières⁴⁴, mais aussi pour faire peser sur ce dernier toutes les charges que les usages locaux attachent aux fruits⁴⁵. Le régime des eaux demeure également régi par l'usage, au-delà des dispositions de la loi et des règlements particuliers⁴⁶. Il en va de même pour les clôtures et pour les servitudes légales de distance⁴⁷. À défaut de renvoyer directement à la coutume, en tant que corps de règles, le Livre II du *Code civil* invoque donc très régulièrement les usages locaux sur des questions techniques que la loi n'a pas vocation à régir directement. S'il était important de le remarquer à titre

39 Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 4e éd., Paris : Auguste Durand & Pédone-Lauriel, 1867-1882, IX, n° 542 s.

40 « Une propriété non plus conçue en fonction des choses, réicentrique comme au Moyen Âge, et reflétant de ce fait une grande variété de situations, mais anthropo-centrique, pensée en considération de l'homme, de la personne du propriétaire, par conséquent unique comme est unique la nature de l'homme » (J.-L. THIREAU, « La propriété du Code civil », dans *Code civil et modèles : Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris : LGDJ, 2005, p. 164).

41 L'idée de saisine désignait moins un droit, au sens contemporain, que la formalité d'entrée en possession qui, en conjonction avec l'effet extinctif de la prescription, interdisait aux tiers de contester la position du possesseur (E. CHAMPEAUX, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'Ancien droit français*, thèse de doct., Paris, 1898).

42 « *Dominium est jus de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* » (Bartole, *comm. ad. Digeste*, Metz : Lamort, 1803, 42, 2, 17, 1).

43 J.-L. HALPÉRIN, « Le regard de l'historien », dans *Le Code civil, 1804–2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2004, p. 43-58.

44 En plus de la coutume particulière du propriétaire : art. 590 et 593 du C. civ.

45 Art. 608 du C. civ.

46 Art. 645 du C. civ.

47 Art. 663, 671 et 674 du C. civ.

liminaire, ce n'est pas de ce droit coutumier devenu « raison écrite »⁴⁸ qu'il sera question ici. Ce droit coutumier institué par la loi se prolonge en effet dans le respect, par les juridictions d'un grand nombre de droits fonciers d'origine coutumière.

[60] Les coutumes locales n'ont pas été abrogées par la Révolution française, qui n'a eu pour effet que d'abolir les privilèges et, en ce qui concerne le droit des biens, toutes les tenures féodales. Celles-ci s'entendent de concessions foncières attachées à des obligations *propter rem* dont il est impossible de se défaire, sauf à renoncer à la terre : l'ordre public prohibe, à ce titre, les engagements perpétuels⁴⁹, cette interdiction étant réitérée au sujet des servitudes du fait de l'homme, qui ne peuvent obliger les personnes⁵⁰. Il n'existe, à cette règle, qu'une exception très étroite relative aux obligations d'entretien des ouvrages de la servitude, dont il reste possible de se libérer en abandonnant la propriété du sol leur servant d'assiette⁵¹. La Révolution n'a toutefois aboli que la féodalité. Les pratiques et coutumes non-féodales consacrées par l'ancien droit des biens ont été reprises ou abrogées par des lois ultérieures, ou simplement conservées dans leur silence⁵².

[61] La plus emblématique – et la plus méconnue – de ces coutumes est sans aucun doute l'expropriation pour cause d'utilité publique, dont les origines se trouvent dans les concessions seigneuriales, féodales ou non, et dont la Révolution n'a fait qu'exiger qu'elle fût justifiée par la nécessité publique et précédée d'une juste et préalable indemnité⁵³. Revenant sur l'apparence d'une propriété absolue, le législateur réinstaura, en outre, un régime des mines en la forme d'une dissociation superficielle au lendemain de la promulgation du *Code civil*⁵⁴, alors que la Cour de cassation consacrait, au même moment, le bail emphytéotique, expressément décrit comme une manifestation du domaine divisé d'ancien droit⁵⁵. Ce contrat, qui n'a jamais été teinté de féodalité et n'a donc pas été aboli par la Révolution, a ensuite retrouvé ses lettres de noblesse dans le *Code rural et de la pêche maritime*⁵⁶ aux côtés du bail à domaine congéable, très usité dans l'ancienne coutume de Bretagne⁵⁷. Ils ont été rejoints récemment par un très grand nombre de baux dits « constitutifs de droit réel », qui parsèment le *Code de la construction et de l'habitation*⁵⁸. La Révolution n'a pas davantage aboli les droits

48 J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris : PUF, 2004, n° 707.

49 Désormais, art. 1210 du C. civ.

50 Art. 686 du C. civ.

51 Art. 699 du C. civ.

52 G. BRÉAUR, « L'accession à la propriété en 1789 », dans *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, Actes du colloque des 13-14 nov. 1989, Paris : ADEF, 1991, p. 21-29 ; J. COMBY, « L'impossible propriété absolue », dans *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, p. 9-20.

53 J.-L. MESTRE, « Les origines seigneuriales de l'expropriation », Recueil des mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays anciens de droit écrit, 1980, no 11, p. 71 s. ; « L'expropriation face à la propriété, du Moyen Âge au Code civil », *Droits*, 1985, no 1, p. 51 s.

54 Loi du 21 avr. 1810 concernant les mines, les minières et les carrières.

55 Cass., civ., 26 juin 1822, *Bournizien-Dubourg c. Despagnac* : S. 1826.I.362 ; Cass., civ., 11 nov. 1861, Hamelin : D. 1861.I.444.

56 Art. L.451-1 du C. rur.

57 Art. L.431-1 du C. rur.

58 Art. L.251-1 s. du CCH.

d'usage dits « fondés en titre », permettant de construire un ouvrage destiné à capter la force motrice de l'eau des cours d'eau non domaniaux, alors même que ces titres, institués dans l'intérêt de leur titulaire, auraient une origine féodale⁵⁹. Elle n'a pas non plus éteint certaines concessions seigneuriales qui, parce qu'elles conféraient sans contrepartie un droit aux habitants, n'avaient pas la nature d'une tenure féodale, par exemple dans le cas du droit au « bois bourgeois » dans la forêt de Dabo⁶⁰, ni *a fortiori* les propriétés collectives établies sous l'empire de l'ancien droit sur des terres rachetées aux seigneurs, comme la société bourgeoise de Saint-Gingolph⁶¹.

[62] Si elle prolonge l'œuvre de la Révolution quant à l'abolition des droits féodaux, la propriété du *Code civil* ne fait pas obstacle à l'existence de droits réels complexes⁶², qu'il est désormais convenu d'appeler « propriétés simultanées »⁶³ ou communs fonciers d'origine coutumière. À travers ce qu'il ne dit pas, l'article 544 du *Code civil* porte donc, en son sein, une célébration sans précédent de l'ancien droit coutumier, ressuscité par la loi. La jurisprudence a toutefois reconnu, au fil des ans, de très nombreux droits coutumiers locaux qui n'ont jamais reçu de consécration ni de contradiction légale. La plupart d'entre eux ont pu être perçus comme des épiphénomènes, à l'instar de divers droits de superficie, constitués à titre perpétuel pour répartir entre plusieurs propriétaires les produits d'un héritage⁶⁴, récemment récupérés par la jurisprudence et la doctrine pour expliquer l'absence de *numerus clausus* des droits réels⁶⁵. D'autres institutions coutumières largement répandues sur le territoire, à l'instar des droits accordés collectivement aux habitants de nombreuses communes rurales, ont perdu leur spécificité pour être happés par le droit administratif : ce que la jurisprudence qualifiait autrefois de droits d'usage conférés à titre réel, sinon de servitudes⁶⁶, n'est plus aujourd'hui, au sens du *Code général des collectivités territoriales*, que le droit des habitants membres d'une section de commune sur les

59 CE, 6e et 1re SSR, 5 juill. 2004, Laprade Énergie, n° 246929, n. Sablière, *AJDA* 2004.2219 ; obs. Rouault, *JCP A.*, 2004, 1846. Adde A. GAONAC'H, « Nature et régime juridiques des droits fondés en titre sur les cours d'eau non domaniaux », *Environnement*, 2010, étude, 1.

60 Colmar, 10 janv. 2008, no 04/00937 ; Cass., civ. 3e, 13 mai 2009, n° 08-16525 : Bull. III, n° 111 ; n. Reboul-Maupin, *Environnement*, 2009, comm., 94 ; obs. Lebel, *Dr. rur.*, 2010, comm., 38.

61 P. MOUCHET, « Une vieille société forestière : La société bourgeoise de Saint-Gingolph », *Revue forestière française*, 1958, n° 2, p. 106 s.

62 « [Le Code civil] n'a pas été écrit pour consacrer des doctrines nouvelles, en inaugurant une ère dans le droit français ; il a été conçu pour poursuivre une élaboration en cours et qu'il n'était nullement question d'arrêter » (Chr. ATIAS, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Histoire de la justice*, 2009, t. 19, p. 107 s.).

63 A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, Paris : PUF, 1989.

64 Cass., civ., 16 déc. 1873, Cart : D. 1873.I.249 ; S. 1874.I.457, obs. Labbé. Ces droits, fondés en titre ou dans la coutume, étaient souvent, jusqu'à cet arrêt de revirement, qualifiés d'indivisions.

65 L'attendu de principe du célèbre arrêt *Caquelard* (Cass., req., 13 févr. 1834, *Caquelard c. Lemoine* : D. 1834.I.118 ; S. 1834.I.205 ; *GAJC*, 13e éd., n° 66), qui portait sur une superficie, a été repris à contresens par la jurisprudence – suivie de la doctrine – pour expliquer la possibilité d'un « droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale » à son bénéficiaire (Cass., civ. 3e, 31 oct. 2012, Maison de Poésie, n° 11-16304 : Bull. III, n° 159 ; *GAJC*, 13e éd., n° 67 ; n. Agostini, *PA*, 16 janv. 2013, n° 12, p. 10 s. ; n. Avout et Mallet-Bricout, *D.* 2013.53 ; n. Barbière, *PA*, 12 juin 2013, n° 117, p. 11 s. ; n. Dubarry et Julienne, *RLDC*, 2013, n° 101, p. 7 s. ; n. Kuhn, *JCP N.*, 2014, 1327 ; n. Libchaber, *RdC* 2013.584 ; n. Mekki, *RdC* 2014.105 ; n. Testu, *JCP G.*, 2012, 1400 ; obs. Bergel, *RDI* 2013.80 ; obs. Cohet-Cordey, *AJDI* 2013.540 ; obs. Dross, *RTD civ.* 2013.141 ; obs. Parance, *RLDC*, 2013, n° 102, p. 72 s. ; obs. Périnet-Marquet, *Constr.-Urb.*, 2013, repère, 1 ; obs. Reboul-Maupin, *D.* 2013.2123 ; obs. Seube, *RdC* 2013.627 ; obs. Tadros, *D.* 2013.53), qui n'a pas tardé à devenir sous la plume des auteurs un « droit réel de jouissance spéciale », brandi de toutes parts comme une nouvelle technique nommée alors même que la Cour de cassation s'est toujours efforcée d'utiliser des périphrases (voir, en sens critique Fl. VERN, *Les objets juridiques*, thèse de doct., Paris : Dalloz, 2020, n° 355 s.).

66 Employant les deux qualifications comme synonymes : Cass., civ., 1er juill. 1839, Lamey c. Cne de Saint-Magne : D. 1839.I.274 ; S. 1839.I.649.

biens appartenant à la section, celle-ci étant dotée de la personnalité morale pour étouffer toute idée de propriété collective⁶⁷. La loi conserve toutefois une référence aux usages locaux qui sont utilisés pour déterminer les modes de jouissance des biens dont les fruits sont perçus en nature⁶⁸.

[63] Parfois malmenés, les droits coutumiers n'ont pas pour autant disparu. Nombre d'entre eux sommeillent encore dans la loi et la jurisprudence qui les ont seulement déformés en les privant de leur caractère local. Il demeure toutefois, dans la plupart des régions françaises, des droits fonciers locaux, reconnus comme tels par la jurisprudence, dont une brève cartographie permettra d'illustrer la diversité, à rebours de l'idée selon laquelle le *Code civil* aurait introduit un système unitaire en droit des biens. Quelques-unes de ces institutions étaient suffisamment générales pour intégrer les anciens recueils de coutumes quand d'autres, fondées des titres individuels, sont *de facto* entrées dans le droit coutumier de leur localité : l'usage répété et immémorial a permis à la coutume de les nommer et supplée encore à ce jour l'imprécision de certains actes. Dans un cas comme dans l'autre, la coutume bénéficie d'une certaine bienveillance de la part du juge judiciaire qui en autorise la preuve par tout moyen⁶⁹. La coutume se maintient ainsi comme source du droit à part entière en matière foncière, où elle régit un grand nombre de propriétés collectives⁷⁰, ce qui s'entend aisément dans la mesure où l'élaboration de la coutume elle-même repose sur la répétition collective de faits qui, au fil des ans, acquièrent une valeur normative⁷¹. Elle forme ainsi un droit vernaculaire, local, tapi dans l'ombre d'un droit étatique uniforme et friand de concepts⁷².

[64] La présente contribution évoquera successivement – avant d'en rechercher les traits saillants – divers exemples représentatifs de la grande diversité des droits fonciers d'origine coutumière qui persistent en droit français, contredisant les mythes construits a posteriori autour de la propriété. La classification la plus évidente que l'on peut faire parmi ces droits coutumiers – mais qui n'est pas la seule –, permettra de distinguer les institutions de pur droit coutumier, qui ne reposent sur aucun titre (1.) et les systèmes dans lesquels la coutume s'exerce en conjonction avec un titre, lui permettant de déroger au droit commun (2.). Cet essai de taxonomie dépourvu d'exhaustivité laissera toutefois poindre davantage de convergences que de divergences de régime.

67 Opérant ce tour de magie juridique : CE, 3e et 5e SSR, 1er oct. 1986, Cne de La Saulsotte, n° 59522.

68 Art. L. 2411-10 du CGCT.

69 « Le droit coutumier doit, en cas de contestation, être établi dans son existence et sa teneur par celui qui s'en prévaut, la preuve de la coutume pouvant être apportée par tout moyen, notamment grâce à la consultation de recueils, avis d'experts ou attestations écrites (parères) » (Pau, 1re ch. civ., 20 mai 2008, n° 06/01613 : n. Lecourt, *BJS* 2008.765).

70 La coutume institue le plus souvent des propriétés collectives, bien que celles-ci puissent également avoir d'autres sources parmi lesquelles des titres émanés des seigneurs féodaux. Sur la question des communaux, voir *Les communaux au XXe siècle*, Presses de l'Université de Savoie Mont-Blanc, 2021.

71 S. GUTWIRTH, « Les communs : Avec, malgré ou contre le droit ? », *Journal des tribunaux (Belgique)*, 22 oct. 2022, n° 6913, p. 582 s., p. 583-584.

72 *Op. cit.*, spéc. p. 583.

1. LE PUR DROIT COUTUMIER

[65] Parmi les droits fonciers d'origine coutumière, certains ne reposent sur aucun titre de droit public ou privé, ni sur une quelconque concession féodale, de sorte qu'ils existent par la seule force de la coutume, qu'elle soit rédigée ou qu'elle ait été retranscrite dans les recueils d'usages locaux. On mentionnera en ce sens trois exemples : la *lex Stratæ* catalane (1.1), les chemins de transhumance provençaux (1.2) et les usoirs lorrains (1.3).

1.1 LA *LEX STRATÆ* EN CATALOGNE

[65] L'exemple catalan est, à notre connaissance, unique en France. Il s'agit d'un droit de pâturage et d'irrigation accordé sur certaines terres aux habitants des communes anciennement régies par les *Usages de Barcelone* de 1068, qui forment la coutume transfrontalière du pays Catalan. L'article 72 de ce texte, également appelé *lex Stratæ* en hommage à son premier mot, prévoit que les prés, pacages, forêts et garrigues appartiennent aux communes dans le seul but que le peuple puisse en jouir librement et sans frais⁷³. Il a ainsi pour effet d'interdire aux communes d'aliéner ces terres ou, du moins, d'en retirer l'usage aux habitants. Les biens concernés sont soumis à un régime impératif d'affectation à l'usage du public, qui s'apparente à une quasi-domanialité publique imposée par la coutume de Barcelone.

[66] La particularité de ce texte tient au fait qu'il est exclusivement coutumier. Certaines communes ne disposent d'aucun titre leur accordant la propriété des terres concernées. Les habitants, qui jouissent individuellement d'un droit d'usage sur les mêmes terres tant qu'ils résident dans la commune, ne disposent pas non plus de titres instituant un droit d'usage collectif à leur profit. La *lex Stratæ* s'applique ainsi, en l'absence de titre, par la seule force reconnue à la coutume catalane.

[67] On a pu craindre, un temps, la disparition de cette coutume décriée par la doctrine⁷⁴ et envers laquelle la jurisprudence a jadis exprimé les plus vives réticences en autorisant notamment le cantonnement des droits d'usage, ce qui revenait à les abolir⁷⁵. Les usages de Barcelone ont néanmoins continué d'être invoqués par les communes contre des propriétaires privés, ou par les habitants contre les communes, dans les deux cas afin d'interdire la clôture ou la modification de l'affectation des terres concernées. La jurisprudence reconnaît aujourd'hui la vigueur de la *lex Stratæ*⁷⁶, sous réserve toutefois que son applicabilité territoriale ne soit pas remise en cause par la

73 « Les routes et chemins publics, les eaux courantes, les fontaines vives, les prés, pacages, forêts et garrigues, et les rochers existants dans ce pays sont aux puissances, non pas qu'elles les aient en alleu ou qu'elles les possèdent en toute propriété, mais de sorte que tout leur peuple en ait la jouissance, sans opposition et sans trouble de la part de personne, et sans charge d'aucune sorte » (trad. A. BRUTALIS, « Étude sur l'article 72 des usages de Barcelone, connu sous le nom de *Lex Stratæ* », *RHD*, 1888, t. 12, p. 59 s., p. 63).

74 A. BRUTALIS, « Étude sur l'article 72 des usages de Barcelone, connu sous le nom de *Lex Stratæ* », précité.

75 Qualifiant le droit des habitants de servitude usagère et distincte de la *lex Stratæ*, qui serait abolie sur tout le territoire français : Toulouse, 2 mai 1866, *Dussard c. Cne de Nyer* : *D.* 1866.II.118 ; autorisant le cantonnement des pâturages conformément aux lois sur les terres vaines et vagues, contre la décision d'une cour d'appel qui faisait, au contraire, prévaloir la coutume catalane : Cass., civ., 24 juin 1921, *Cne de Nyer c. Société civile du domaine de Nyer* : *D.* 1925.I.27.

76 Cass., civ. 1re, 8 mars 2005, n° 02-13897 : Bull. I, n° 107.

partie adverse dans les communes des Pyrénées orientales qui n'en relèvent pas historiquement⁷⁷.

[68] Avec la *lex Stratæ*, nous sommes donc en présence d'une authentique coutume dont l'effet est d'entraver le droit de propriété des communes ou des particuliers en instituant un droit de pâturage et d'irrigation au profit des paysans locaux.

1.2 LES CHEMINS DE TRANSHUMANCE EN PROVENCE

[69] La survivance de droits fonciers d'origine coutumière s'observe encore, en Provence, avec les *carraires*, également appelées *drailles*, qui sont des chemins de transhumance dont l'origine coutumière remonte, au moins, au Statut de Provence de 1235⁷⁸. Elles firent ensuite l'objet d'un rétablissement général par l'article 1^{er} du Règlement du Parlement de Provence du 12 juillet 1783 sur la largeur des carreirades ou chemins servant de passage aux troupeaux qui vont, en été, dépaître dans la Haute Provence. Ce texte est toujours en vigueur.

[70] Le droit coutumier instituait, sur la propriété foncière des seigneurs, une servitude permettant aux bergers locaux de conduire les troupeaux en estive en utilisant des chemins de transhumance en échange d'une redevance⁷⁹, appelée droit de *pulvérage*, prélevée pour chaque groupe de trente bêtes⁸⁰. Après la Révolution, ces terres devinrent des propriétés privées, qui continuaient d'être traversées par la même servitude⁸¹. Si certaines carraires ont, par la suite, été intégrées à la voirie communale, la plupart d'entre elles continuent de grever des propriétés privées⁸², de sorte que les communes – à qui le foncier n'appartient pas – n'ont pas le droit « de les supprimer au détriment des usagers »⁸³ ni, inversement, de s'en arroger la propriété au profit de ces derniers⁸⁴. La jurisprudence décrit, encore à ce jour, la carraire comme « un espace de droit privé, appartenant aux riverains, mais grevé d'une servitude publique pour la transhumance des troupeaux »⁸⁵.

[71] La plus grande particularité juridique des carraires tient au fait que leur assiette ne présente aucun caractère de fixité, et doit au contraire être déterminée chaque année

77 Montpellier, 19 mai 2022, n° 17/05223

78 Trib. civ. de Tarascon, 16 juin 1905 : *Bull. de jurisp. civ., crim. et admin. d'Aix et de Marseille*, 1907.141.

79 Trib. civ. de Tarascon, 16 juin 1905, précité.

80 Art. 9 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783 sur la largeur des carreirades ou chemins servant de passage aux troupeaux qui vont, en été, dépaître dans la Haute Provence.

81 « Les carraires établies en Provence pour faciliter la circulation des troupeaux [...] sont des chemins d'une nature toute particulière non compris dans la grande voirie ni dans la voirie vicinale ; [...] elles font partie des fonds qu'elles traversent et constituent des servitudes publiques dont les fonds sont grevés » (Trib. civ. de Bignoles, 1er juin 1904 : *Bull. de jurisp. civ., crim. et admin. d'Aix et de Marseille*, 1905.161).

82 Aix-en-Provence, 4e ch. B, 9 févr. 2010, n° 08/11784.

83 Trib. civ. de Bignoles, 1er juin 1904, précité.

84 Trib. civ. de Tarascon, 16 juin 1905, précité.

85 Aix-en-Provence, 3 mai 2010, n° 02/05016.

dans certaines localités⁸⁶. La servitude ne grève donc pas un fonds en particulier, comme le prévoit le *Code civil*, mais est susceptible de passer alternativement sur divers fonds selon les époques. Cette spécificité tire son origine historique dans la pratique de mise en jachère, qui justifiait autrefois que l'on fasse passer les troupeaux par préférence sur les terrains qui ne faisaient l'objet d'aucune exploitation agricole, afin de limiter les dégâts causés par le bétail⁸⁷. Il fallait ainsi une décision administrative pour modifier à intervalles réguliers l'assiette du chemin de transhumance dans l'intérêt collectif⁸⁸.

[72] Les carraires ne reposent donc sur aucun titre, et leur établissement est, à ce jour, laissé à l'administration qui en détermine la direction et les dimensions, en fonction des besoins effectifs de la transhumance, dans la mesure où « il est de l'intérêt public que les troupeaux transmigant puissent se rendre dans les montagnes des Hautes et Basses-Alpes »⁸⁹. Elles ne constituent pas, pour autant, des servitudes d'utilité publique, au sens que leur donne le *Code de l'urbanisme*.

[73] L'obstruction que les propriétaires sont susceptibles de faire à l'exercice de la transhumance reçoit également une sanction originale en regard du droit des biens qui privilégie habituellement la cessation de l'illicite pour rétablir l'exercice des servitudes : dans le cas des carraires, les propriétaires récalcitrants sont simplement privés de toute indemnité réparatrice pour les dommages que pourrait occasionner la divagation du bétail, en l'absence de chemin défini⁹⁰. Ils ne peuvent donc pas assigner les bergers voisins en réparation des dégâts causés par leurs bêtes. Le choix de cette sanction traduit remarquablement bien la nature de l'institution qui s'apparente moins à une servitude de droit privé qu'à une solution de droit coutumier pour faire coexister les intérêts particuliers et collectifs des propriétaires, des bergers et des communautés en général.

1.3 LES USOIRS EN LORRAINE

[74] Autre institution de pur droit coutumier, l'*usoir* est défini dans la Codification des usages locaux à caractère agricole de la Moselle, et suscite régulièrement des décisions des juridictions administratives, tant dans ce département que dans des localités de l'Est de la France où ce droit coutumier est reconnu par la seule jurisprudence, faute de rédaction des usages locaux⁹¹. L'usoir confère aux riverains des routes lorraines un droit spécial d'usage sur la bande de terrain qui sépare leur immeuble de la chaussée, sans porter atteinte au droit des autres personnes d'y circuler. En pratique, il s'agit d'un terrain appartenant, sauf titre contraire, à la commune

⁸⁶ Aix-en-Provence, 4e ch. B, 24 nov. 2009, n° 07/06985.

⁸⁷ Art. 4 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783, précité.

⁸⁸ Art. 4 et 5 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783, précité.

⁸⁹ CAA Marseille, 3 déc. 2018, n° 16MA04634.

⁹⁰ Art. 6 et 8 du Règlement du Parlement de Provence du 12 juill. 1783, précité.

⁹¹ CAA Nancy, 18 janv. 2018, n° 16NC02790.

(art. 58), et faisant partie de son domaine public en raison de son affectation simultanée à l'usage général du public⁹².

[75] La coutume décrit ainsi l'usoir comme désignant, par métonymie, tant « l'affectation spéciale d'une bande de terrain [que] cette bande de terrain elle-même », située « le long des routes à la traversée des localités jusqu'aux immeubles construits » (art. 57). Le propriétaire riverain de l'usoir dispose, sur celui-ci, d'un droit coutumier lui permettant d'y entreposer des matériaux ou des véhicules, en fonction du type d'exploitation de l'immeuble attenant. Les exemples donnés par la coutume incluent, ainsi, le stockage de bois, le stationnement de véhicules ou de machines agricoles, ou encore la possibilité de ferrer les chevaux sur l'usoir (art. 60). Les propriétaires d'immeubles voisins, mais non directement attenants à l'usoir, disposent également d'un droit de passage sur celui-ci, y compris avec des bêtes, véhicules ou matériaux, pour accéder à leur propriété, à condition de ne pas gêner excessivement l'utilisation de l'usoir par son titulaire (art. 61). Enfin, le public en général peut circuler sur l'usoir à condition de ne pas en gêner l'exploitation (art. 62). Le propriétaire riverain bénéficie ainsi d'une priorité d'usage sur l'usoir, mais engage sa responsabilité si l'utilisation qu'il en fait nuit aux droits des autres riverains, notamment en empêchant l'accès à leur propre fonds⁹³.

[76] Analysé au prisme des catégories civilistes, l'usoir est une affectation spéciale superposée à l'affectation domaniale d'un terrain appartenant à la commune. Le droit d'usage accordé au riverain immédiat est, en outre, grevé d'une sorte de servitude établie au profit des usagers voisins qui disposent de droits plus étendus que le reste du public et peuvent, en outre, usucaper par trente ans le droit d'utiliser les installations présentes sur l'usoir (art. 64). Cet exemple de droit purement coutumier malmène assez ouvertement les catégories du droit administratif comme celles du droit civil, et n'en est pas moins reconnu par la jurisprudence.

[77] On observe ainsi que la coutume est appliquée par les juridictions judiciaires et administratives, qui lui font produire tous ses effets même lorsqu'elle contredit ouvertement tant les catégories fondamentales du droit civil que celles du droit public. Surtout, dans les trois exemples évoqués, la coutume se présente à l'état pur : elle s'applique sans titre, et même dans la contradiction des titres. La survivance de quelques coutumes seulement, à l'échelle du territoire français, s'explique très probablement, d'une part, en raison du caractère profondément dérogoire desdites coutumes par rapport à ce qui allait devenir le droit commun sous l'empire du *Code civil*; d'autre part, du fait de la vivacité et de la persistance locale des pratiques spécifiquement visées par la coutume, qui suscitent une quantité suffisante de litiges pour que la jurisprudence se penche sur la question et confère *de jure* au droit coutumier la force qu'il a conservée *de facto*. Déroger à l'ordre établi et le déranger en suscitant du contentieux semblent, à ce stade, être deux éléments essentiels dans le maintien de la coutume.

⁹² Trib. Confl., 22 sept. 2003, n° C3369.

⁹³ Metz, 14 mars 2019, n° 16/02300.

[78] Les exemples qui précèdent montrent donc, en matière foncière, que le droit coutumier est susceptible de s'appliquer à l'état brut, sans que les ayants droit disposent d'un titre particulier propre à fonder leurs droits. Le plus souvent, en revanche, il existe des titres dont l'interprétation ou les effets dérogatoires sont dictés par la coutume.

2. LA COUTUME EN CONJONCTION AVEC LE TITRE

[79] Il arrive que la coutume se manifeste par l'intermédiaire de titres instituant des droits réels : elle complète le titre et lui permet de déroger, dans une mesure plus ou moins grande, aux règles du droit commun. L'exemple le plus connu, parce qu'il suscite une jurisprudence nourrie et trouve des équivalents dans d'autres régions, est sans doute le *patecq* du pays provençal (2.1), mais on s'intéressera également au cas plus délicat des étangs et des marais salants (2.2), avant de se tourner vers deux institutions coutumières plus originales encore : la forêt usagère de la Teste-de-Buch, qui se maintient parce qu'elle crée une situation parfaitement inextricable (2.3), et le *cayolar* souletin, au Pays basque, qui institue une forme de club privé entre ses membres, avec l'appui de la coutume locale (2.4).

2.1 LE PATECQ EN PROVENCE

[80] Dans la plupart des cas, la coutume ne produit pas ses effets directement, mais se manifeste à l'occasion de titres conférant des droits réels, dont elle modifie le contenu. L'exemple le plus fécond en jurisprudence est celui du *patecq* provençal, qui a toutefois de très nombreux équivalents dans d'autres régions. On retrouve des institutions très similaires notamment dans le toulousain, sous le nom de *patus*⁹⁴, et dans le poitevin où il est appelé *quéreu*⁹⁵.

[81] Pour ce qui est de l'institution coutumière provençale, le *patecq* s'entend d'une « dépendance non bâtie de parcelles construites, qui est affectée à l'usage collectif souvent pour le passage et l'accès aux bâtiments, y compris pour les canalisations »⁹⁶. Il s'agit généralement d'une cour ou d'un chemin dont l'usage est commun à plusieurs propriétaires parce qu'il constitue un accessoire de leurs parcelles respectives. La jurisprudence considère traditionnellement que ces dépendances sont placées dans un état d'indivision forcée et perpétuelle, de sorte que le partage ne peut en être demandé⁹⁷. La qualification exacte devrait d'ailleurs être celle de copropriété forcée, dans la mesure où les riverains sont moins indivisaires que propriétaires *ensemble* de la dépendance formant l'accessoire nécessaire de leurs terrains respectifs, à l'instar des propriétaires d'un mur mitoyen⁹⁸.

94 Toulouse, 1re ch., sect. 01, 27 mars 2006, n° 05/00587 ; Toulouse, 1re ch., sect. 01, 1er févr. 2021, n° 17/05726.

95 Poitiers, 3e ch. civ., 24 oct. 2012, n° 09/03346 ; Poitiers, 3e ch. civ., 5 mars 2014, n° 13/00883.

96 Aix-en-Provence, 4e ch. A, 10 mars 2016, n° 13/17242.

97 Cass., civ. 3e, 12 mars 1969, n° 67-10335 : Bull. III, n° 223.

98 Art. 656 à 658 du C. civ.

[82] La jurisprudence reconnaît au patecq une origine coutumière, généralement invoquée par les juges pour justifier que chacun puisse user de la dépendance comme s'il en était propriétaire, « sous la double condition cependant de l'utiliser selon sa destination et de ne pas porter atteinte au droit égal et réciproque des autres communistes »⁹⁹. Le patecq est ainsi *de facto* inconstructible, ce qui justifie que l'on puisse créer impunément de vues sur celui-ci, en vertu d'une jurisprudence ancienne et constante¹⁰⁰. Une solution identique est retenue dans le cas du *patus toulousain*¹⁰¹, et plus généralement pour toutes les copropriétés forcées¹⁰².

[83] En théorie, le patecq repose sur des titres de propriété instituant une indivision, dont le caractère perpétuel et forcé résulte du fait que la dépendance forme l'accessoire nécessaire des fonds voisins. À la vérité, il n'est pas nécessaire d'invoquer le droit coutumier pour parvenir à cette solution qui est généralement retenue en jurisprudence lorsqu'une indivision résiduelle survit à la division foncière ou au partage afin qu'un accessoire nécessaire aux parcelles adjacentes demeure commun¹⁰³. Dans le cas du patecq, toutefois, on observe que ces dépendances sont, en pratique, extrêmement anciennes et n'ont pas toujours fait l'objet d'une formalisation dans les actes juridiques. Il n'existe pas toujours d'acte de partage susceptible d'avoir laissé subsister une indivision résiduelle. Les juridictions judiciaires et administratives s'accordent, en outre, pour considérer que le patecq « peut être une propriété commune indivise ou une propriété divise [dont] seul l'usage est commun »¹⁰⁴. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il existe une indivision pour que le terrain qui constitue l'accessoire nécessaire des deux parcelles soit qualifié de patecq, dès lors que le chemin ou la cour constitue, depuis un temps immémorial, une dépendance utilisée collectivement par plusieurs propriétaires, bien qu'elle soit située sur une parcelle appartenant de manière divise à une seule personne.

[84] Dans cette situation, on voit poindre les effets du droit coutumier : lorsque les titres établissent des propriétés strictement exclusives, la dépendance que constitue le patecq demeure néanmoins commune entre plusieurs bénéficiaires, sans qu'il existe formellement d'indivision entre eux. Il n'existe pas davantage de servitude de passage. Celle-ci, étant discontinue et non apparente, ne pourrait s'acquérir que par titre¹⁰⁵, alors que le patecq est reconnu même si personne n'apporte la preuve d'un quelconque titre, dès lors qu'il existe une dépendance dont l'usage collectif correspond à celui prévu par la coutume de Provence. On observe ainsi que le droit coutumier modifie la contenance du titre de propriété qui établit, en apparence, un droit exclusif au profit d'un seul titulaire; sous l'effet de la coutume, toutefois, la fraction de terrain qui forme l'assiette du

99 Aix-en-Provence, 4e ch. A, 26 mars 2015, n° 14/02236.

100 *Ibid.*

101 Cass., civ. 3e, 12 mars 1969, n° 67-10335, précité.

102 Cass., civ. 3e, 12 mars 1969, n° 67-10335, précité.

103 Cass., civ. 3e, 12 mars 1969, n° 67-10335, précité ; Cass., civ. 1re, 8 avr. 2009, n° 07-21628 : inédit ; Cass., civ. 1re, 5 mars 2014, n° 12-29548 : inédit ; obs. Bergel, *RDI* 2014.401 ; obs. Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2014, n° 119, p. 71 s.

104 Aix-en-Provence, 4e ch. A, 28 juin 2018, n° 17/01890 ; CAA Marseille, 5 nov. 2019, n° 18MA01209.

105 Art. 691 du C. civ.

patecq – laquelle ne constitue pas nécessairement une parcelle cadastrale – est réputée commune, contre le titre de propriété. La coutume se manifeste ici à l’occasion d’un titre de propriété dont elle modifie la contenance.

[85] L’exemple du patecq a permis de souligner assez simplement que la coutume n’opère pas toujours à l’état brut, mais peut se manifester à l’occasion d’un titre ou, plus exactement, de l’usage entourant ce titre. La coutume ne permet pas, alors, d’établir les droits de chacun, mais d’interpréter sinon de compléter ou de modifier des titres qui, par la force de l’usage, sont devenus aussi lacunaires qu’ils sont dérogoires aux principes du droit commun.

2.2 LES ÉTANGS ET LES MARAIS SALANTS

[86] Une autre manifestation de la coutume s’observe dans les pays de la Dombes, de la Bresse et du Val de Saône, qui pratiquent la culture des étangs¹⁰⁶, ainsi plus généralement que dans toutes les régions qui pratiquent la saliculture. On y observera toutefois un phénomène différent puisque, tout en reconnaissant le caractère coutumier des droits établis par les titres, la jurisprudence les rattache à des concepts contemporains qui leur sont parfaitement inadaptés, avec pour effet d’abâtardir la coutume et de la priver de ses effets.

[87] Les étangs de l’est de la France sont alternativement mis en eaux pendant deux ans, puis asséchés la troisième année. Faisant suite à l’ancienne pratique féodale, les droits fonciers sont répartis entre les propriétaires de l’évolage, qui jouissent notamment de la pêche et du gibier d’eau pendant deux ans, et les propriétaires de l’assec, qui cultivent des plantes adaptées aux étangs durant l’année suivante. De fait, il existe de multiples bénéficiaires de chacun de ces droits, de sorte que le sol de l’étang est parfois borné pour délimiter leurs droits respectifs. Des droits réels de bouillage, de champéage ou encore de naisage étaient également accordés à chacun des propriétaires ou des habitants locaux¹⁰⁷.

[88] La Cour de cassation reconnaît ici une institution coutumière dans laquelle plusieurs droits fonciers distincts s’exercent à tour de rôle, selon que l’étang est en eaux ou non¹⁰⁸. Quant à la nature des droits de chacun, les juridictions du fond ont d’abord proposé de faire de l’évolage un droit de propriété – considérant le droit de chasse et de pêche une prérogative du propriétaire – et que les propriétaires de l’assec soient titulaires d’un simple droit d’usage réel, parfois aussi qualifié de servitude au XIX^e siècle, notamment dans le cas de ces droits accessoires à l’exploitation de l’assec¹⁰⁹. Cette qualification était probablement la plus conforme au droit coutumier, tel qu’il peut être traduit dans l’appareil conceptuel contemporain.

[89] La Cour de cassation a pourtant, à deux reprises, tranché en sens contraire. Dans son arrêt le plus célèbre, elle commence par s’interroger sur la qualification des droits

106 Pour une thèse récente : G. BAILLY, *Les usages traditionnels de l’eau à l’épreuve du droit de l’environnement*, thèse de doct., Lyon III, 2018.

107 Cass., civ., 5 juill. 1848, *Damon c. Jacquemin* : D. 1848.I.137 ; S. 1848.I.697 ; Cass., civ., 5 juill. 1848, *Cartier c. Petit* : D. 1848.I.139 ; S. 1848.I.697.

108 Cass., civ., 5 juill. 1848, *Damon c. Jacquemin*, précité.

109 V. MANCERON, « Être maître de l’étang : Histoire d’une appropriation de l’eau au XIX^e siècle en Dombes », *Études rur.*, 2005, n° 175, p. 149 s.

d'assec et d'évolage. Confrontée à un authentique cas de propriétés simultanées, elle caresse, un court instant, le recours à la technique des superficies qui permettrait de conclure à deux droits de propriété distincts, l'un sur le sol de l'étang et l'autre sur l'eau¹¹⁰. Or, la technique de la dissociation superficière ne s'applique qu'au bâti et au planté; l'arrêt constate ici – à raison sans doute – qu'elle est inadaptée au cas des étangs. À cette époque, toutefois, la superficie et l'indivision ne sont pas très clairement distinguées par la Cour de cassation¹¹¹, qui ne tranchera définitivement la question qu'un quart de siècle plus tard, dans un arrêt de revirement¹¹².

[90] En l'absence de superficies, la Cour de cassation se replie donc sur l'idée d'une indivision quant à l'objet des droits respectifs de tous les titulaires de l'assec et de l'évolage, qui s'exercent concurremment sur la même chose, mais selon un mode de répartition particulier¹¹³. L'étang est la propriété indivise de tous les titulaires de droits réels, mais la jouissance de celui-ci et la perception de ses fruits sont dévolues alternativement, selon les années, aux titulaires de l'assec ou de l'évolage qui perçoivent donc des fruits de natures différentes selon des périodicités également diverses. La jurisprudence assimile cela à une répartition, entre les indivisaires, des modalités et des époques de la perception des fruits dus à chacun d'eux, ce qui ne constitue pas un partage de l'immeuble¹¹⁴. Cette solution est admise par le droit commun et ne présente aucune spécificité coutumière¹¹⁵. La même qualification d'indivision a été retenue récemment par la jurisprudence administrative¹¹⁶.

[91] On observe ainsi que la coutume des pays de la Bresse, de la Dombes et du Val de Saône fait l'objet d'une transposition malheureuse dans les catégories du *Code civil*. Les droits réels sur les étangs résultent, en effet, de titres instituant les droits de chacun, généralement sur une *pie* correspondant à une fraction du bassin de l'étang, délimitée par des bornes, et conférant des droits seulement pendant les années d'assec ou d'évolage. Dans cet enchevêtrement de droits exercés périodiquement par les uns ou les autres, la coutume supplée le silence des titres, qui ne mentionnent pas toujours avec précision les modalités d'exercice des droits de chacun. Surtout, les droits sont généralement délimités dans l'espace, si ce n'est par des bornes, ce qui exclut *a priori* l'indivision au sein des droits d'assec notamment. Il est évident, d'ailleurs, que cette organisation de l'exploitation des étangs a été pensée collectivement, pour que chacun puisse jouir d'une fraction de droits sur le sol et d'une fraction de droits sur l'eau, quel que soit l'état de son propre étang dans la rotation triennale dont ils font l'objet. La fonction de l'institution n'a donc jamais été de créer une indivision. Au contraire, elle instituait un droit d'usage *sui generis* dont le caractère perpétuel aurait probablement été reconnu sur le fondement de son origine coutumière.

110 Cass., civ., 5 juill. 1848, *Damon c. Jacquemin*, précité.

111 A.-M. PATAULT, « La propriété non-exclusive au XIXe siècle », *RHD*, 1983, t. 61, p. 217 s.

112 Cass., civ., 16 déc. 1873, *Cart*, précité.

113 Cass., civ., 5 juill. 1848, *Damon c. Jacquemin*, précité.

114 Cass., civ., 31 janv. 1838, *Cne de Laperrière c. Magnonmoncourt* : S. 1838.I.120.

115 Cass., req., 5 juin 1839, *De Broglie c. Zeller* : D. 1839.I.468 ; Cass., civ. 1re, 14 nov. 1984, n° 83-14866 : Bull. I, n° 305.

116 CE, 7e et 8e SSR, 9 nov. 1977, *Consorts Queyras*, n° 03803.

[92] La technique des superficies n'est pas adaptée au droit des eaux; celle de l'indivision a été utilisée comme un pis-aller, sans tenir compte de la dimension évidemment collective de la gestion des étangs. Or, la qualification d'indivision emporte nécessairement la faculté pour chacun des indivisaires de demander le partage¹¹⁷, résultant soit dans la licitation des étangs, soit dans leur rachat par le paysan le plus fortuné. Les deux pratiques ont eu pour résultat le remembrement des étangs et leur appropriation exclusive par un exploitant unique, aux dépens des usagers¹¹⁸. En plaquant les catégories modernes sur ce droit coutumier, la jurisprudence l'a abâtardi et a largement contribué à son actuelle déliquescence.

[93] Cet acharnement était-il pourtant nécessaire ? Dans le cas très similaire des marais salants, une jurisprudence récente et encore timide reconnaît, aujourd'hui, l'existence d'une copropriété perpétuelle et forcée entre les exploitants¹¹⁹. La saliculture repose, en effet, sur l'utilisation d'une série de bassins et de canaux pour capter et purifier l'eau, avant de lui permettre de s'évaporer dans les *œilletts* qui font l'objet d'une jouissance privative. Les exploitants se trouvent ainsi en état de copropriété forcée sur toutes les autres parties du marais, qui constituent l'accessoire indispensable de leurs œilletts respectifs et ne peuvent, à ce titre, être partagés¹²⁰.

[94] Dans le cas des étangs, la reconnaissance d'une copropriété forcée, protégée contre les intérêts individuels, aurait *a minima* permis à la coutume de conserver toute son étendue pour régler les droits des intéressés qui forment une communauté liée par les nécessités de l'alimentation en eau et de la gestion de celle-ci. Contrairement aux *patecqs* provençaux, toutefois, ce cas – comme dans une certaine mesure celui des marais salants – ne semble pas avoir été régi par une coutume bien affirmée, et il fait l'objet d'une jurisprudence plus aléatoire. On observe ainsi la fragilité du droit coutumier, particulièrement lorsqu'il s'applique à des titres constitutifs de droits réels : ces derniers font l'objet d'une interprétation par les juridictions, par ailleurs souveraines, pour qualifier les droits qu'ils instituent. Lorsque la coutume s'applique à l'occasion d'un titre, son efficacité est ainsi plus aléatoire, à moins qu'elle ne contienne en son sein des éléments susceptibles de s'imposer aux juges.

2.3 LA FORÊT USAGÈRE DE LA TESTE-DE-BUCH

[95] Lorsque la coutume se manifeste à l'occasion d'un titre, elle a besoin, pour prospérer, de créer une organisation susceptible de lier les juridictions sans leur laisser le luxe de se rattacher à des catégories connues. Une institution originale peut, en ce sens, être observée en Gironde, où la forêt usagère située sur la commune de Teste-de-Buch a attiré l'attention des pouvoirs publics¹²¹, mais pas encore celle de la doctrine. Cette forêt, qui fut l'objet d'une triste actualité en 2022 lorsqu'elle a été en grande partie ravagée par le feu, est entièrement soumise à un régime de droit privé. Le sol est divisé

117 Cass., civ., 31 janv. 1838, *Cne de Laperrière c. Magnonmoncourt*, précité ; Cass., civ., 5 juill. 1848, *Damon c. Jacquemin*, précité

118 V. MANCERON, *op. cit.*

119 E. LE CORNEC, « Les marais salants, nouveau cas d'indivision forcée perpétuelle », *D.* 2001.1498.

120 Rennes, 27 oct. 1998.

121 Ministère de la transition écologique : La forêt usagère de la Teste-de-Buch : Un fragile équilibre entre propriété et usage, Rapport public CGEDD n° 014025-01 et CGAAER n° 21092, janv. 2002.

en parcelles appartenant à divers propriétaires privés, qui possèdent également une cabane et le droit de percevoir les fruits du fonds. Ils étaient alors qualifiés de propriétaires « ayant pins », car la forêt était historiquement utilisée pour la production de résine, qui est un fruit des pins présents sur le sol de leurs parcelles.

[96] La qualification de forêt « usagère » est fondée sur un titre du XV^e siècle émané du seigneur local et conférant aux habitants des communes environnantes des droits d'usage réels, que les propriétaires de la forêt sont tenus de supporter¹²². Cette institution passée dans la coutume locale¹²³ accorde ainsi aux habitants de plusieurs communes une servitude usagère leur permettant de prélever, indivisiblement sur la totalité de la forêt, du bois de chauffage, mort ou vif, mais également de couper des pins pour en faire du bois de construction, dans les limites d'un usage strictement personnel, non commercial, et pour des constructions réalisées sur le territoire de la commune bénéficiant du droit d'usage. Les limites imposées à ce droit d'usage s'expliquent parce que le bois ainsi prélevé se compose des mêmes pins dont les propriétaires fonciers exploitent la résine. Les propriétaires ayant pins sont, d'ailleurs, soumis aux mêmes règles de prélèvement de bois que les autres usagers – afin de ne pas nuire aux droits usagers –, de sorte que la forêt a été largement préservée contre les coupes sauvages et, par suite, contre les replantations artificielles. Plusieurs transactions entre les propriétaires et les usagers de la forêt ont, par la suite, organisé avec plus ou moins de précision les modalités d'exercice de leurs droits respectifs¹²⁴.

[97] Aujourd'hui, la forêt usagère fait l'objet de très nombreux litiges entre les propriétaires qui souhaitent l'exploiter à des fins autres que la production de résine, et les usagers. Conformément à ce qu'indique la coutume, les juridictions relèvent que « le droit d'usage affecte indivisiblement toute la forêt usagère et chaque partie de celle-ci », de sorte que le cantonnement ne peut pas être partiel et doit, au contraire, porter sur l'ensemble de la forêt et émaner de la totalité de ses propriétaires¹²⁵. L'enchevêtrement de titres incomplets ou contradictoires fait, cependant, obstacle aux procédures de cantonnement destinées à mettre fin aux droits d'usage. Les juridictions judiciaires ont, à l'occasion d'un litige, ordonné une expertise qui a conclu à l'impossibilité de déterminer le nombre de propriétaires effectifs des parcelles, dont on ne sait même pas si elles sont privatives, indivises ou soumises au régime des biens non délimités¹²⁶. Il est relevé par ailleurs que les propriétaires sont souvent dans l'impossibilité de prouver leur titre et que certains d'entre eux, étant à la fois usagers et propriétaires, ont la double qualité invalidante de demandeur et de défendeur dans les litiges qui opposent

122 « En vertu d'une baillette du 10 octobre 1468 concédée par le seigneur Jean de Foix, Comte de Candale, Captal de Buch, aux habitants des paroisses de la Teste-de-Buch, Cazaux et Gujan, la forêt usagère de La Teste-de-Buch est grevée de servitudes assumées par les propriétaires des parcelles qui la constituent au profit d'usagers » (CAA Bordeaux, 5 janv. 2012, no 11BX00339).

123 Bordeaux, 25 janv. 2010, n° 08/05385.

124 Par exemple, pour une transaction de 1759 : Cass., civ. 3e, 1er juill. 1980, n° 79-11513.

125 Cass., civ. 3e, 18 oct. 1993, n° 81-13926. *Adde*, sur la même question : Bordeaux, 25 janv. 2010, n° 08/05385, précité.

126 « Néanmoins les experts, aux termes de leur rapport très approfondi rédigé après un examen minutieux des titres qui leur ont été fournis et après avoir relaté les difficultés auxquelles ils se sont heurtés (titre de propriété non produits ou incomplets, indivision non unanime, [...] bien non délimité sur lesquels tous les propriétaires n'ont pu être retrouvés et même identité erronée) ont conclu : nous ne sommes pas en mesure de retrouver le nombre exact des propriétaires ni de dire si sur ces diverses fractions, il y a des indivisions distinctes. » (Bordeaux, 5 sept. 2011, n° 08/05367).

les deux groupes¹²⁷, alors même que le droit d'usage n'a été accordé par la coutume qu'aux habitants « non ayant pins »¹²⁸.

[98] Les difficultés rencontrées devant les juridictions s'avèrent salvatrices pour les usagers. Elles sont essentiellement liées à l'imprécision des titres, et s'expliquent aisément par l'origine coutumière tant des droits usagers que des modalités d'exploitation de la résine par les propriétaires fonciers, dont les terres n'étaient souvent pas délimitées et ne le sont pas davantage aujourd'hui¹²⁹. Les usages locaux engendrés par l'exploitation résinière, qui ne nécessitait pas de délimitation stricte des parcelles, ont suscité l'imprécision des actes qui, accompagnée d'une possession promiscue¹³⁰ par les divers propriétaires de la forêt, rend aujourd'hui impossible la preuve des titres de propriété.

[99] La coutume confère des droits aux usagers tout en modifiant la destination de la forêt : les propriétaires n'ayant pas le droit de couper les pins auxquels les usagers ont droit, ils ne peuvent exercer leurs droits que pour la production de résine qui, à son tour, engendre des usages locaux incompatibles avec la preuve de leurs titres de propriété et, par suite, avec le cantonnement des droits d'usage. La coutume survit, en quelque sorte, de manière fortuite, parce qu'elle a créé une situation que le droit contemporain ne peut démêler, puisqu'il est impossible de déterminer ne serait-ce que le mode d'appropriation des parcelles. La coutume, ici, ne se maintient pas en vertu d'une force qui lui serait propre – les juridictions admettent, au contraire, le principe du cantonnement –, mais parce qu'elle crée une situation inextricable pour ses opposants dans un système qui n'admet pas la preuve d'une propriété collective et diffuse... qui résulte elle-même, sinon de la coutume, à tout le moins des usages locaux.

[100] La coutume se maintient ici parce qu'elle institue une situation inextricable qui s'impose aux juridictions. Dans d'autres situations, au contraire, la coutume s'impose par sa force créatrice : instituant un droit *sui generis* dont la preuve peut être rapportée par son titulaire, elle ne peut qu'être reconnue par les juridictions. Le cas du *cayolar* en Soule est particulièrement spectaculaire en ce sens, en raison de son caractère profondément complexe et dérogoire au droit commun.

2.4 LE CAYOLAR AU PAYS BASQUE

[101] Il existe, sur le territoire du Pays basque, de nombreuses « montagnes » réservées au pâturage commun au profit des habitants locaux. Ces terres qui ont été confiées en commun à tous les habitants font, en l'occurrence, l'objet d'une indivision

127 Outre les cas de « personne ayant à la fois la double qualité de demandeur et de défendeur », « on relève au cadastre, pour ces parcelles et pour des fractions différentes, le nom de divers demandeurs et de défendeurs propriétaires » (Bordeaux, 5 sept. 2011, n° 08/05367, précité).

128 Cass., civ. 3e, 18 oct. 1993, n° 81-13926, précité.

129 « En raison de la configuration des lieux et des modalités anciennes d'exploitation de la forêt, l'indication du nom de divers propriétaires sur une parcelle unique n'impliquait pas nécessairement l'existence d'une indivision mais pouvait résulter [...] d'une absence de délimitation effective du lot de chacun alors même que les parcelles avaient été fractionnées. En effet l'absence de jouissance divise qui est susceptible de résulter en l'espèce d'usages ou de conventions particulières ne peut être considérée comme entraînant nécessairement l'absence de propriétés divisées » (Bordeaux, 5 sept. 2011, n° 08/05367, précité).

130 La possession promiscue s'entend de celle exercée de manière non exclusive par plusieurs personnes à la fois (Cass., req., 6 janv. 1852, *De Bazonnère c. Barbot* : D. 1852.I.18), et qui ne peut conduire à l'acquisition d'une propriété exclusive par l'usucapion (Cass., civ. 1re, 11 juill. 1966 : Bull. I, n° 418)

entre les différentes communes qu'elles enjambent. La jurisprudence considère, en effet, que les limites administratives des communes ne fondent pas un droit privatif à leur profit quand les biens communaux ont été concédés, notamment par la coutume de Soule, à tous les habitants d'un territoire dépendant aujourd'hui de plusieurs communes. L'indivision qui en résulte *de facto* entre les communes ne peut donc pas faire l'objet d'un partage au sens de l'article II de la section IV du Décret du 10 juin 1793 contenant le mode de partage des biens communaux. Ce texte, tout comme la loi dont il permet l'application « a eu pour but et pour effet, non d'abolir les droits que les communautés d'habitants tenaient des anciennes coutumes ou concessions, mais de rétablir ces communautés dans la propriété des biens communaux dont "elles avaient été dépouillées par l'effet de la puissance féodale" », et dont les communes ne sauraient davantage les priver en les cantonnant à leur territoire administratif¹³¹.

[102] L'existence d'un droit d'usage coutumier qui déborde des limites parcellaires ou administratives entraîne, ici, l'impossibilité du partage de cette « indivision » entre des communes qui ne sont propriétaires des terres que par l'intermédiaire des habitants qui en ont l'usage¹³², et doivent faire gérer les biens « indivis » par une commission syndicale¹³³. À ce point de vue, tant la coutume de Soule que les situations similaires établies par des titres sur les territoires voisins créent une situation inextricable assez similaire à celle observée dans le cas de la forêt usagère de la Teste-de-Buch. Ici, toutefois, la coutume s'impose avec davantage de force parce qu'elle institue aussi, en parallèle, d'autres mécanismes qui sont profondément dérogoires au droit commun.

[103] Tous les habitants locaux jouissent de droits de pâturage sur les terres auxquelles la coutume leur donne droit. Toutefois, sur le territoire auquel elle est applicable, la coutume du pays de Soule rédigée en 1520¹³⁴ confère, en outre, aux titulaires de *cayolars* des droits exclusifs de pacage pendant l'estive, permettant à ces derniers de faire interdire les troupeaux des autres habitants à toute heure entre le 11 juin et le 10 juillet, et seulement de nuit du 10 juillet au 1^{er} août¹³⁵. La pratique pastorale associée au cayolar est décrite par cette coutume comme renvoyant à « tout troupeau rassemblé dans la terre de Soule qui se réunit dans une cabane "de société" [et] doit monter chaque année par les chemins de troupeaux accoutumés »¹³⁶. La traduction juridique de cette institution par le juge judiciaire a permis d'identifier dans les titres des bergers, d'une part, « la propriété pleine et entière de la cabane » et de l'enclos adjacent; d'autre part, « le droit exclusif de pâturage pour les bêtes ovines » sur le parcours attaché à la cabane, ainsi que le droit de prélever le bois nécessaire à l'entretien et au chauffage de

131 La Cour de cassation a rendu deux arrêts très similaires, le même jour, le premier concernant des communaux institués par la coutume de Soule; le second, des parcelles très proches sur lesquelles le droit d'usage des habitants était plus classiquement institué par un titre de droit privé : Cass., civ. 3e, 13 mars 1984, n° 82-14650 et 82-11568.

132 La question de savoir si les habitants ou les communes sont propriétaires des terres n'est pas encore tranchée en jurisprudence : Cass., civ. 3e, 19 févr. 1980, n° 78-15281 : Bull. III, n° 44

133 C. HUIN, *Les systèmes collectifs fonciers au Pays Basque*, Mémoire de master, Université Savoie Mont-Blanc, 2021.

134 *La coutume de Soule*. Texte gascon de l'édition de 1760. Trad. par Michel Grosclaude. Pau : Izpegi, 1993, 164 p., Titre XIV

135 *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, art. 2 à 4 ; *adde* Cass., civ. 3e, 1er mars 1968, n° 65-14010 : Bull. III, n° 86.

136 *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, art. 1.

la cabane, « l'ensemble de ces droits compos[ant] une propriété homogène et indivisible » aux yeux de la Cour de cassation¹³⁷.

[104] La solution jurisprudentielle surprend parce qu'elle aboutit à confondre trois droits fonciers de natures différentes sous l'étiquette d'une propriété prétendument « homogène » parce qu'indivisible. Si la reconnaissance du droit coutumier est ici explicite, on observe surtout son caractère parfaitement dérogoratoire au droit commun. Dans la coutume de Soule, le cayolar est fondamentalement un droit de pacage sur le parcours qui en constitue l'assiette, ce qui explique par exemple les règles relatives à la saisie du bétail trouvé sur le chemin en violation de ce droit exclusif¹³⁸. La propriété de la cabane et le droit de couper le bois nécessaire à son entretien sont deux droits destinés à réunir le troupeau pour l'estive, et forment en ce sens l'accessoire indispensable du droit de pacage. L'idée qu'un droit de propriété puisse être l'accessoire d'un simple droit réel d'usage étant contraire à la représentation que le droit français se fait de l'architecture des droits réels, la Cour de cassation préfère enfermer l'ensemble des droits attachés au cayolar dans un droit unique de propriété, encore qualifié de « véritable droit de propriété *sui generis*, constitué par les statuts locaux et les anciennes coutumes du pays de Soule »¹³⁹.

[105] Cette solution peu orthodoxe permet, toutefois, de faire le lien avec la définition posée par la coutume d'une « cabane de société » (*cabane de societate*)¹⁴⁰ : le troupeau qui se réunit dans la cabane appartient, en réalité, à plusieurs bergers qui forment une sorte de proto-société – un club privé échappant aux règles du droit des sociétés qui lui sont postérieures –, au sein de laquelle la coutume impose aux cayolaristes de vivre socialement. Cette proto-société est divisée en parts, dénommées *txotx*. Le nombre total de parts dépend de l'étendue et de la qualité du parcours attaché au cayolar, chaque part permettant d'envoyer un certain nombre d'ovides en estive – celui-ci étant par exemple fixé à 45 brebis laitières en 1860¹⁴¹. À l'instar de titres négociables, les *txotx* sont dans le commerce et peuvent être cédés, transmis par succession, ou encore partagés entre plusieurs indivisaires qui auront ensuite 1/2 ou 1/4 de *txotx*¹⁴². Chaque part de berger permet de jouir de l'ensemble des droits fonciers conférés par le cayolar, pour un nombre déterminé de têtes de bétail.

[106] La proto-société n'étant pas dotée de la personnalité morale, ses membres exercent, en leur nom personnel, les droits réels immobiliers dont ils sont titulaires en fonction du nombre de parts qu'ils détiennent. Cela explique sans doute que les droits fonciers soient considérés comme une propriété unitaire, puisqu'ils font l'objet d'un titre unique attaché au *txotx*. Les droits de cayolar peuvent notamment être acquis par usucapion – à titre individuel ou en commun avec d'autres bergers – dans les limites de l'institution coutumière, ce qui suppose effectivement l'indivisibilité du droit de propriété

137 Cass., req., 10 avr. 1877, *Cne de Lanne c. Marmissolle* : D. 1877.I.273.

138 *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, *passim*.

139 Cass., req., 10 avr. 1877, *Cne de Lanne c. Marmissolle*, précité.

140 *La coutume de Soule*, précité, Titre XIV, art. 1er

141 M. RICHER, « Le cayolar en Soule », *Azpilcueta*, 1998, n° 13, p. 123 s., spéc. p. 128.

142 *Op. cit.*

sur la cabane, du parcours et des droits aux bois¹⁴³. Ces droits appartiennent toutefois, en général, à plusieurs bergers « en société », c'est-à-dire en commun. La jurisprudence reconnaît l'existence de cette proto-société coutumière d'éleveurs lorsqu'elle considère, par exemple, que les divers titulaires de droits sur la cabane et le parcours ne sont pas indivisaires, ne pourraient pas obtenir le partage, et ne sont pas non plus tenus de respecter les droits de préemption de l'article 815-14 du *Code civil*¹⁴⁴. Ils se trouvent, bien plutôt, dans une situation de copropriété perpétuelle et forcée sur la cabane et le parcours y afférent : tant que les droits fonciers ne sont pas éteints, la proto-société existe, encore qu'elle puisse parfois être accaparée entre les mains d'un seul.

[107] La coutume s'exerce ici en conjonction avec le titre qu'elle permet d'interpréter et de comprendre, et auquel elle permet d'instituer des droits parfaitement dérogoires aux catégories civilistes. En revanche, la coutume ne se substitue jamais au titre quant à la preuve des droits particuliers de chaque berger. Elle n'est pas instituée au profit de tous les habitants, mais seulement dans l'intérêt de ceux dont les droits sont fondés sur un titre leur conférant un *txotx* ou une part de celui-ci. Conformément au texte de la coutume qui distingue les cayolars féodaux de ceux qui sont détenus librement, en vertu d'un titre allodial, la jurisprudence exige donc que chacun des cayolaristes fasse la preuve de son titre de propriété – ou plus précisément de copropriété – sur la cabane et le parcours qui s'y attache¹⁴⁵.

[108] La coutume du pays de Soule exige que chaque éleveur fasse la preuve du titre lui permettant d'entrer dans une proto-société totalement dérogoire au droit commun, qui oscille une copropriété forcée de bergers et une société créée de fait dans laquelle chacun dispose de parts négociables. Une fois la preuve du titre faite, en revanche, la coutume permet de l'interpréter et de déterminer le contenu exact des droits conférés à chaque titulaire de *txotx*, au-delà de la simple lettre des actes souvent incomplets, dans cet enchevêtrement de rapports fonciers. En l'absence de personnalité morale, la part dans une proto-société de bergers institue, en réalité, un ensemble indissociable de droits comportant une propriété *sui generis* placée dans la dépendance du droit de parcours dont elle forme l'accessoire. La coutume s'affirme ici par sa seule force créatrice : dérogeant ouvertement au droit commun, elle s'impose à celui-ci par son originalité.

* * *

[109] Le droit de propriété de l'article 544 du *Code civil* n'est pas incompatible avec l'existence de droits fonciers d'origine coutumière, qu'il n'a d'ailleurs pas abolis lorsqu'ils

143 « En ce qui concerne la prescription, [...] s'ils peuvent se prévaloir de leur possession au titre de cayolaristes pour établir leur droit de cayolar, s'ils peuvent même par cette seule possession réunissant les conditions voulues pour prescrire, fixer l'assiette de ce droit, ils n'en peuvent modifier la nature; [...] ce droit, en effet, n'est prescriptible que tel qu'il est reconnu par la coutume, dans les termes, limites et conditions qu'elle lui assigne, et qu'en dehors de ces conditions et au-delà de ces termes, il perd son caractère spécial et retombe sous l'empire des règles du droit nouveau pour revêtir le caractère d'une servitude imprescriptible. [...] Il s'en suit [...] que si les cayolaristes ont pu reculer par la prescription les limites de leur parcours, ils n'ont pu, même par une jouissance exclusive et trentenaire, améliorer leur droit en étendant la durée que la coutume assigne à leur privilège » (Pau, 6 avr. 1881 : reprod. par J.-P. ALLINE, Rapport sur *Le statut du cayolar souletin*, sept. 2012, ann. 1).

144 Pau, 1re ch. civ., 20 mai 2008, n° 06/01613, n. Lecourt, *BJS* 2008.765.

145 Pau, 1re ch., 14 mai 2012, n° 12/2179.

sont plus spéciaux. La fragilité actuelle de la coutume tient plutôt à l'habitude qu'ont certains juristes de se fier à des titres de papier sans s'intéresser à l'origine des institutions. De cet oubli collectif de la coutume résulte la tentation de plaquer les catégories juridiques contemporaines sur des situations qui n'en relèvent pas, et que l'on ne parvient plus à se représenter mentalement. En découlent des situations absurdes dans lesquelles la coutume se maintient tout en perdant sa spécificité. Pourtant, lorsqu'elle accède à une reconnaissance jurisprudentielle, la coutume continue de s'imposer à la loi et à la propriété.

[110] Nous avons observé, au début de cette étude, qu'il existe des cas dans lesquels la coutume s'applique à l'état pur, en l'absence d'un quelconque titre. Formalisée dans des instruments qui échappent aux sources ordinaires du droit, la coutume jouit d'une force propre. Les trois cas évoqués présentent la particularité commune, qui n'est peut-être pas une simple coïncidence, de brouiller les frontières du droit public et du droit privé. De même que la *lex Stratæ* institue un régime de quasi-domanialité publique sur les terres dont elle confère l'usage aux habitants, les usoirs lorrains confèrent aux riverains un droit réel perpétuel sur le domaine public, et les carraires – qui sont des chemins de transhumance – sont assimilées à une servitude publique sur un terrain privé. La coutume survit sans doute tant parce qu'elle déroge au droit commun que parce qu'elle suscite des litiges.

[111] On se souviendra aussi que, dans le cas assez simple du patecq, la coutume facilitait la preuve du titre sur l'accessoire commun, souvent contre le texte des actes de propriété, mais soumettait cette dépendance à un régime assez classique de copropriété forcée. Ce régime est fragile en l'absence d'une jurisprudence bien établie, comme le montre le cas des étangs, dont les titres ont été interprétés et qualifiés au moyen des catégories juridiques modernes, pour n'instituer qu'une simple indivision susceptible de partage. Le fonctionnement des étangs est, pourtant, fondé sur l'interdépendance fonctionnelle des bassins et l'enchevêtrement des droits d'usage. La reconnaissance de l'origine coutumière de ce système n'a toutefois pas permis, dans ce cas, celle d'un régime spécifique à la gouvernance des étangs. Pour que cela se produise, il aurait sans doute fallu soit que la coutume créât une situation parfaitement inextricable, soit qu'elle produisit une situation absolument rebelle aux efforts de qualification. À nouveau, la coutume a besoin, pour s'imposer, de déroger franchement et ouvertement aux catégories juridiques contemporaines.

[112] On a pu remarquer, en ce sens, que la coutume tire sa vivacité des situations inextricables qu'elle engendre, et que le droit contemporain ne sait résoudre. Les droits conférés par la coutume aux usagers de la forêt de la Teste-de-Buch s'exercent sur un grand nombre de parcelles, aujourd'hui devenues des propriétés privées. La seule circonstance qu'un droit réel d'usage, unitaire et indivisible, s'exerce sur plusieurs parcelles diversement appropriées impose une procédure de cantonnement qui requiert, alors, le consentement unanime de tous les propriétaires grevés. Or, les usages locaux découlant de l'activité résinière organisée par la coutume rendent impossible la preuve des titres de propriété, interdisant ainsi le cantonnement. De même, on a observé dans le pays de Soule que lorsqu'un droit d'usage coutumier s'étend, de manière indivisible, sur le territoire de plusieurs communes, celles-ci doivent continuer d'administrer les terres en commun et ne peuvent les partager. Dans les deux

cas, c'est la superposition de droits fonciers qui donne sa force à la coutume : ne pouvant diviser le droit d'usage conféré par la coutume, les juridictions n'ont d'autre choix que de lui reconnaître un régime dérogatoire au droit commun. La coutume survit parce qu'elle produit une situation inextricable.

[113] Enfin, nous avons souligné que le droit coutumier s'impose parfois en raison de sa force créatrice. Le cas du cayolar est particulièrement riche en ce sens, puisque la coutume de Soule institue une proto-société entre les bergers, laquelle dépasse le cadre de l'indivision ordinaire sans être pour autant dotée de la personnalité morale. Il en résulte que les titulaires de parts négociables dans ce club privé d'éleveurs sont également cotitulaires, en leurs noms personnels, des droits réels attachés à la société de bergers. Ces derniers forment un ensemble indivisible que la jurisprudence n'a d'autre choix que de qualifier de « propriété » *sui generis*, parce que le droit de propriété y forme l'accessoire d'un droit réel d'usage. L'abolition de ces droits réels serait assimilée à une privation du droit de propriété au sens tant de l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* que de l'article 1^{er} du protocole 1 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. La coutume s'impose ainsi, non parce qu'elle crée une situation inextricable, mais parce qu'elle institue, au moyen de techniques devenues étrangères au droit français, des intérêts légitimes que l'ordre juridique, dans son ensemble, choisit de respecter.

[114] Pour conclure, on pourra proposer quelques théories sur la survivance du droit coutumier en matière foncière. En premier lieu, le droit coutumier se manifeste soit à l'état pur, en l'absence de tout titre émané d'une personne particulière (fût-il conféré à un ensemble de personnes), soit par l'intermédiaire de titres particuliers dont il permet l'interprétation. Ces deux modalités découlent évidemment du caractère normatif du droit coutumier qui n'a pas fondamentalement besoin de titres pour s'exprimer, encore qu'il trouve parfois sa meilleure expression au travers de ces mêmes titres.

[115] En second lieu, et de manière constante, le droit coutumier ne se maintient que parce qu'il *déroge* au droit commun et, à bien des égards, *dérange* les catégories juridiques contemporaines. Ce caractère n'est pas propre au droit coutumier. D'une manière plus générale, tous les droits réels innommés, *sui generis*, qu'ils résultent de la coutume, d'un titre féodal ou de la liberté contractuelle, existent parce qu'ils présentent un caractère spécial qui les empêche de se fondre dans les catégories juridiques existantes et d'être soumis au régime qui s'y attache. Partant, on peut s'interroger sur la spécificité du droit coutumier en matière foncière.

[116] Une hypothèse pourra être formulée en ce sens. Dans les exemples qui précèdent, outre le caractère dérogatoire des droits institués par la coutume, on observe systématiquement une action de la coutume sur la structure même du foncier. Les droits coutumiers observés débordent tous de la parcelle cadastrale : ils s'exercent sans réellement tenir compte des limites parcellaires, ou indépendamment de la titularité de celles-ci et de leur soumission éventuelle au régime de la domanialité publique. En somme, la coutume ne cherche pas à savoir qui est propriétaire du foncier, mais à établir des droits d'usage sur le sol, quel qu'en soit le propriétaire, de sorte que ces droits s'exercent indifféremment sur des fractions de parcelles ou, au contraire, de manière indivisible sur plusieurs parcelles. Le droit coutumier remet ainsi en cause la

manière même dont on conçoit le foncier parce qu'il n'est pas pensé pour les propriétaires, mais pour les usagers – ce qui est, d'ailleurs, la caractéristique historique du droit coutumier français¹⁴⁶. Ce faisant, il institue des jouissances collectives – des communs fonciers – tout en se désintéressant de l'appropriation du sol, qui lui est indifférente¹⁴⁷.

RÉFÉRENCES

Monographies et articles

Atias, Christian. « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Histoire de la justice*, 2009, t. 19 (*Les penseurs du Code civil*), p. 107 s.

Bailly, Gaëtan. *Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement : Étude du droit local des étangs de la Dombes*, thèse de doct., Lyon III, 2018, 652 p.

Bréaur, Gérard. « L'accession à la propriété en 1789 », voir *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, p. 21-29.

Brutalis, Auguste. « Étude sur l'article 72 des usages de Barcelone, connu sous le nom de *Lex Stratæ* », *RHD*, 1888, t. 12, p. 59 s.

Carbonnier, Jean. *Droit civil*. Paris : PUF, 2004 (Quadrige), 2574 p.

Champeaux, Ernest. *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'Ancien droit français*, thèse de doct., Paris, 1898, 539 p.

Comby, Joseph. « L'impossible propriété absolue », voir *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, p. 9-20.

Demolombe, Charles. *Cours de Code Napoléon*. 4^e éd. Paris : Auguste Durand & Pédone-Lauriel, 1867-1882, 31 t.

Digeste : ou Pandectes de l'empereur Justinien. Trad. par Henri Hulot et Jean-François Berthelot. Metz : Lamort, 1803, 7 t.

Gaonac'h, Arnaud. « Nature et régime juridiques des droits fondés en titre sur les cours d'eau non domaniaux », *Environnement*, 2010, étude, 1.

Gutwirth, Serge. « Les communs : Avec, malgré ou contre le droit ? », *Journal des tribunaux (Belgique)*, 22 oct. 2022, n° 6913, p. 582 s.

146 A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, précité.

147 FI. VERN, « La forme des communaux en droit civil des biens », dans *Les communaux au XXI^e siècle*, p. 297-318.

Halpérin, Jean-Louis. « Le regard de l'historien », in *Le Code civil, 1804–2004 : Livre du Bicentenaire*. Paris : Dalloz, 2004, p. 43-58.

Huin, Coline. *Les systèmes collectifs fonciers au Pays Basque*, Mémoire de master, Université Savoie Mont-Blanc, 2021, 71 p.

La coutume de Soule. Texte gascon de l'édition de 1760. Trad. par Michel Grosclaude. Pau : Izpegi, 1993, 164 p.

Le Cornec, Erwan. « Les marais salants, nouveau cas d'indivision forcée perpétuelle », *D.* 2001.1498.

Manceron, Vanessa. « Être maître de l'étang : Histoire d'une appropriation de l'eau au XIX^e siècle en Dombes », *Études rur.*, 2005, n° 175, p. 149 s.

Mestre, Jean-Louis. « L'expropriation face à la propriété, du Moyen Âge au Code civil », *Droits*, 1985, n° 1 (*Destins du droit de propriété*), p. 51 s.

— « Les origines seigneuriales de l'expropriation », Recueil des mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays anciens de droit écrit, 1980, n° 11, p. 71 s.

Mouchet, P. « Une vieille société forestière : La société bourgeoise de Saint-Gingolph », *Revue forestière française*, 1958, n° 2, p. 106 s.

Patault, Anne-Marie. *Introduction historique au droit des biens*. Paris : PUF, 1989, 336 p.

— « La propriété non-exclusive au XIX^e siècle : Histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *RHD*, 1983, t. 61, p. 217 s.

Richer, Michel. « Le cayolar en Soule », *Azpilcueta*, 1998, n° 13, p. 123 s.

Thireau, Jean-Louis. « La propriété du Code civil : Modèles et anti-modèles », in *Code civil et modèles : Des modèles du Code au Code comme modèle*, Th. Revet (dir.). Paris : LGDJ, 2005 (Bibliothèque de l'Institut André Tunc, n° 6), p. 157-174.

Un droit inviolable et sacré : La propriété, Actes du colloque des 13-14 nov. 1989, sous la dir. de Catherine Chavelet. Paris : ADEF, 1991, 360 p.

Vern, Flora. *Les objets juridiques : Recherches en droit des biens*. Avec une préf. de Philippe Jacques. Paris : Dalloz, 2020, 882 p.

— « La forme des communaux en droit civil des biens », in *Les communaux au XXI^e siècle*, J.-Fr. Joye. (Dir.). Presses de l'Université de Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 297-318.

Jurisprudence

Aix-en-Provence, 3 mai 2010, n° 02/05016.

Aix-en-Provence, 4^e ch. A, 10 mars 2016, n° 13/17242.

Aix-en-Provence, 4^e ch. A, 26 mars 2015, n° 14/02236.

Aix-en-Provence, 4^e ch. A, 28 juin 2018, n° 17/01890.

Aix-en-Provence, 4^e ch. B, 24 nov. 2009, n° 07/06985.

Aix-en-Provence, 4^e ch. B, 9 févr. 2010, n° 08/11784.

Caen, 24 août 1842, Fabrique de Saint-Sauveur c. Harel : *D.* 1843.II.83.

Cass., civ. 1^{re}, 11 juill. 1966 : Bull. I, n° 418.

Cass., civ. 1^{re}, 14 nov. 1984, n° 83-14866 : Bull. I, n° 305.

Cass., civ. 1^{re}, 5 mars 2014, n° 12-29548 : inédit ; obs. Bergel, *RDI* 2014.401 ; obs. Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2014, n° 119, p. 71 s.

Cass., civ. 1^{re}, 8 avr. 2009, n° 07-21628 : inédit.

Cass., civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n° 02-13897 : Bull. I, n° 107.

Cass., civ. 3^e, 12 mars 1969, n° 67-10335 : Bull. III, n° 223.

Cass., civ. 3^e, 13 mai 2009, n° 08-16525 : Bull. III, n° 111 ; n. Reboul-Maupin, *Environnement*, 2009, comm., 94 ; obs. Lebel, *Dr. rur.*, 2010, comm., 38.

Cass., civ. 3^e, 13 mars 1984, n° 82-14650 et 82-11568.

Cass., civ. 3^e, 19 févr. 1980, n° 78-15281 : Bull. III, n° 44.

Cass., civ. 3^e, 1^{er} mars 1968, n° 65-14010 : Bull. III, n° 86.

Cass., civ. 3^e, 31 oct. 2012, Maison de Poésie, n° 11-16304 : Bull. III, n° 159 ; *GAJC*, 13^e éd., n° 67 ; n. Agostini, *PA*, 16 janv. 2013, n° 12, p. 10 s. ; n. Avout et Mallet-Bricout, *D.* 2013.53 ; n. Barbièri, *PA*, 12 juin 2013, n° 117, p. 11 s. ; n. Dubarry et Julienne, *RLDC*, 2013, n° 101, p. 7 s. ; n. Kuhn, *JCP N.*, 2014, 1327 ; n. Libchaber, *RdC* 2013.584 ; n. Mekki, *RdC* 2014.105 ; n. Testu, *JCP G.*, 2012, 1400 ; obs. Bergel, *RDI* 2013.80 ; obs. Cohet-Cordey, *AJDI* 2013.540 ; obs. Dross, *RTD civ.* 2013.141 ; obs. Parance, *RLDC*, 2013, n° 102, p. 72 s. ; obs. Périnet-Marquet, *Constr.–Urb.*, 2013,

repère, 1 ; obs. Reboul-Maupin, *D.* 2013.2123 ; obs. Seube, *RdC* 2013.627 ; obs. Tadros, *D.* 2013.53.

Cass., civ., 11 nov. 1861, Hamelin : *D.* 1861.I.444.

Cass., civ., 16 déc. 1873, Cart : *D.* 1873.I.249 ; *S.* 1874.I.457, obs. Labbé.

Cass., civ., 1^{er} juill. 1839, Lamey c. C^{ne} de Saint-Magne : *D.* 1839.I.274 ; *S.* 1839.I.649.

Cass., civ., 26 juin 1822, Bournizien-Dubourg c. Despagnac : *S.* 1826.I.362.

Cass., civ., 31 janv. 1838, C^{ne} de Laperrière c. Magnonmoncourt : *S.* 1838.I.120.

Cass., civ., 5 juill. 1848, Cartier c. Petit : *D.* 1848.I.139 ; *S.* 1848.I.697.

Cass., civ., 5 juill. 1848, Damon c. Jacquemin : *D.* 1848.I.137 ; *S.* 1848.I.697.

Cass., req., 10 avr. 1877, C^{ne} de Lanne c. Marmissolle : *D.* 1877.I.273.

Cass., req., 13 févr. 1834, Caquelard c. Lemoine : *D.* 1834.I.118 ; *S.* 1834.I.205 ; *GAJC*, 13^e éd., n° 66.

Cass., req., 5 juin 1839, De Broglie c. Zeller : *D.* 1839.I.468.

Cass., req., 6 janv. 1852, De Bazonnière c. Barbot : *D.* 1852.I.18.

CE, 3^e et 5^e SSR, 1^{er} oct. 1986, C^{ne} de La Saulsotte, n° 59522.

CE, 6^e et 1^{re} SSR, 5 juill. 2004, Laprade Énergie, n° 246929 : n. Sablière, *AJDA* 2004.2219 ; obs. Rouault, *JCP A.*, 2004, 1846.

CE, 7^e et 8^e SSR, 9 nov. 1977, Consorts Queyras, n° 03803.

Colmar, 10 janv. 2008, n° 04/00937.

Metz, 14 mars 2019, n° 16/02300.

Pau, 1^{re} ch. civ., 20 mai 2008, n° 06/01613 : n. Lecourt, *BJS* 2008.765.

Pau, 1^{re} ch., 14 mai 2012, n° 12/2179.

Pau, 6 avr. 1881 : reprod. par J.-P. Alline, Rapport sur *Le statut du cayolar souletin*, sept. 2012, ann. 1.

Poitiers, 3^e ch. civ., 24 oct. 2012, n° 09/03346.

Poitiers, 3^e ch. civ., 5 mars 2014, n^o 13/00883.

Rennes, 27 oct. 1998.

Toulouse, 1^{re} ch., sect. 01, 1^{er} févr. 2021, n^o 17/05726.

Toulouse, 1^{re} ch., sect. 01, 27 mars 2006, n^o 05/00587.

Trib. Confl., 22 sept. 2003, no c3369.

LES DÉCHETS SAISIS PAR LE DROIT. LA PROPRIÉTÉ EN DROIT CIVIL *IN OR OUT* ?

Nadège REBOUL-MAUPIN
*Les déchets saisis par le droit.
La propriété en droit civil in or out ?*

Nadège REBOUL-MAUPIN¹⁴⁸

148 Professeure de droit privé, Paris-Saclay, UVSQ

[117] Généralités. Les déchets sont des « choses altérées, de valeur nulle ou négative dont on a plus l'utilité et dont on veut alors se défaire » (OUEDRAOGO, 2021, p. 8-17). D'ailleurs, pour parler de déchets, on utilise le plus souvent, indifféremment, les termes d'ordures ou d'immondices. Ils constituent la plupart du temps un risque pour l'environnement car ils sont bien souvent polluants. Aujourd'hui, on assiste à leur propos à un changement de paradigme trouvant sa concrétisation dans le concept de l'économie circulaire : de ces déchets *a priori* polluants et envahissants la planète, serait-il possible d'en faire des ressources utilisables ou recherchées¹⁴⁹?

[118] Définition du déchet. Étymologiquement, le déchet vient de *dechoit* ou *dechet*, ancien participe du verbe *déchoir*, c'est-à-dire « *ce qui est tombé, perdu* ». Le déchet est selon le Littré « *la perte qu'une chose éprouve dans sa quantité, sa qualité, sa valeur* ». Depuis la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination et à la récupération des matériaux (et la directive n° 75/442/ du 15 juillet 1975 fixant le cadre général de la politique des déchets), le déchet est défini comme un bien meuble que son propriétaire (ou plutôt son détenteur) abandonne ou destine à l'abandon. À compter de l'ordonnance n° 2010-1579 du 17 décembre 2010, l'article L.541-1-1 du *Code de l'environnement* (non modifié dans la teneur de sa définition du déchet par l'Ordonnance n° 2020-920 du 29 juillet 2020) dispose qu'un déchet est « toute substance ou tout objet, ou plus généralement tout bien meuble, dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire ». La définition étonne le civiliste en ce qu'elle repose sur le « comportement, l'intention ou l'obligation de s'en défaire, et non sur une qualité intrinsèque de la chose » (SEUBE, 2021, p. 32). L'élément matériel se dissout dans un élément subjectif invitant à prendre en compte le comportement. D'ailleurs, la notion d'intention ou d'obligation de s'en défaire est ici substituée à la notion d'abandon, plus juridique, qui renvoie à la faculté de renoncer à son droit de propriété. En tout état de cause, il est possible de souligner plus généralement que les effets du temps ou l'utilisation de cette chose participent à la rendre inutile à tel point que son détenteur veuille s'en débarrasser. Ce qui était négligeable devient pourtant central dans nos sociétés contemporaines que le droit se doit d'encadrer.

[119] Un peu d'histoire des déchets. À l'époque préhistorique, il y avait peu de déchets et la nature se chargeait de les décomposer. Mais, très vite, les déchets sont devenus pour l'homme une réelle difficulté ! À l'Antiquité, les hommes commencent déjà à se préoccuper des déchets dans les grandes villes antiques¹⁵⁰. Les gens ont tendance à jeter leurs déchets et les rues deviennent malodorantes. À la Renaissance (XV^e et XVI^e siècles), les déchets parisiens sont toujours déversés dans la Seine qui devient un véritable égout. Au XVIII^e siècle, les gens pauvres, récupèrent les vieux

149 Le déchet devient une ressource secondaire à exploiter : le plastique après régénération est transformé en granulés pouvant servir à la fabrication de nouveaux objets. De même, la fermentation de certains déchets organiques peut produire du biogaz utilisé pour la production de chaleur et d'électricité.

150 À Athènes, les Grecs inventent alors des toilettes publiques et emportent les déchets hors des villes. À Rome, les romains installent des toilettes publiques ainsi que des fosses en dehors de la ville où les habitants déposent leurs ordures et les restes d'animaux sacrifiés. Les paysans peuvent récupérer ces ordures pour fertiliser leurs champs.

vêtements, les chiffons, les os d'animaux, les cheveux et toutes sortes d'objets pouvant être réutilisés. Ce sont les premiers recycleurs qu'on appelle « les chiffonniers ». Puis vint les célèbres arrêtés de 1883-1884 édictés par Eugène-René Poubelle (dont le premier Arrêté 24 nov. 1883), préfet de la Seine, qui permettaient avant tout d'organiser le ramassage et le tri des déchets pour des considérations de salubrité publique que Pasteur avait soulignées en 1870. La problématique s'est désormais intensifiée puisque la France produit environ 380 millions de tonnes de déchets en tous genres¹⁵¹. Le flux des déchets impose de réagir contre les gaspillages intempestifs. Le genre humain n'a jamais été aussi fécond et grand producteur de déchets.

[120] Textes législatifs nationaux et européens sur les déchets. Ce n'est donc pas par hasard que l'année 1975 a vu une directive européenne et une loi nationale adoptées¹⁵². Il fallait donc à tout prix s'occuper des déchets. Le XXI^e siècle, quant à lui, a été le témoin du grand emballement des emballages avec le plastique à usage unique polluant l'ensemble de nos océans. La *Loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage* dite Anti-Gaspillage et Économie Circulaire (AGEC) n'a pas hésité aussi, au vu de l'urgence, de s'emparer du problème de l'appréhension des déchets. Prenant conscience du phénomène comportemental induit du modèle linéaire (fabriquer-consommer-jeter), il fallait nécessairement que vienne succéder un autre modèle, celui circulaire lié à la transition écologique (recyclage et valorisation énergétique)¹⁵³. On est aussi dans l'économie de fonctionnalité, de la réparabilité, même si elle ne remplace pas encore entièrement la vision volontariste qui s'attachait et s'attaquait à la source des déchets qu'il fallait tarir. Les déchets sont donc à la croisée des enjeux écologiques, économiques et donc juridiques du XXI^e siècle.

[121] Déchets consécutivement à un squat. D'ailleurs, il n'y a pas plus tard que le 27 avril 2022, une véritable décharge à ciel ouvert a été découverte par les autorités de police, lors de l'expulsion d'une maison squattée à Noyal-sur-Vilaine, près de Rennes (NOHRA, 2023). Les squatteurs étaient sans titre mais pas sans droits puisque le propriétaire n'a pas le droit de se débarrasser des déchets avant deux mois au minimum. C'est le délai dont disposent les squatteurs pour récupérer leurs biens personnels... « sur rendez-vous » ! Légalement, ils appartiennent toujours aux squatteurs. Le logement est ainsi devenu leur propre domicile et ils sont protégés par le même texte que le propriétaire. Néanmoins, les déchets resteront et c'est le propriétaire qui devra les enlever (REBOUL-MAUPIN, 2022, p. 1917) avant de pouvoir vendre sa maison si ce n'est à un prix réellement diminué. Quotidiennement, les problèmes se multiplient et les situations amènent toutes à s'interroger sur les déchets et leur propriété.

151 Selon les chiffres de l'ADEME, la production de déchets par habitant est de 4,9 tonnes par habitant. En 2060, il est prévu 4 fois plus de déchets.

152 Le droit de l'Union européenne a été le moteur de la législation applicable en France, en imposant aux États membres avec la directive cadre du 15 juillet 1975 de prendre des mesures appropriées pour promouvoir la prévention, le recyclage et la prévention des déchets et de veiller à leur élimination sans danger et sans inconvénient de leur détenteur. Voir *Directive n° 75/442/CEE du 15/07/75 relative aux déchets* (abrogée), JOCE n° L 194 du 25 juillet 1975 et la *Loi n°75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux*.

153 « La lutte ne porte plus sur les déchets produits mais sur la production des déchets ». Voir M. BOUL et R. RADIGUET, « Propos introductifs », dans *Du droit des déchets au droit de l'économie circulaire, Regards sur la loi du 10 février 2020*, Colloques et essais, IFDJ, 2021, p. 11).

[122] Qualification des déchets. On devine ici sans peine que la qualification des déchets, déjà catégorisés en fonction de leur nature, de leur provenance ou de leur degré de toxicité¹⁵⁴, implique une série de questions en matière de propriété. S'agit-il à un moment de simples choses abandonnées, des res derelictae, librement réutilisables et appropriables ? Sont-ils des non-biens (ROCHFELD, 2022, p. 340) ou encore des anti-biens, comme le disait le Doyen Carbonnier (2017)? Ou, à l'opposé, sont-ils des biens et de quels biens¹⁵⁵ s'agit-il ? Et, dans ce dernier cas, quelle valeur ont-ils ? Pour les juristes, la qualification de bien cristallisée sur les critères d'utilité et de valeur ne connaîtrait-elle pas une certaine évolution pour ces nouveaux biens ? N'y a-t-il pas un « changement de valeurs » ? Ne passerait-on pas de la valeur à une possible valorisation¹⁵⁶ ? Et, dans le même ordre d'idées, le déchet concentrant une charge financière n'a-t-il pas une valeur négative faisant écho à une nouvelle catégorie particulière de biens ? Les biens négatifs qui doivent demeurer sous la maîtrise de ceux à qui ils appartiennent.

[123] Déchets saisis par le droit des biens et le droit des contrats. C'est dans ce vaste océan d'interrogations qu'il convient de se plonger et de se positionner en recherchant la place des déchets tant en faisant appel au droit des biens d'ailleurs qu'au droit des contrats. Comment le droit appréhende les déchets ? Comment va-t-il s'en saisir ? Ces déchets, que certains qualifieront d'objets juridiques mal identifiés (SEUBE, 2021, p. 32), vont permettre d'envisager leur appréhension par le prisme du propriétaire, ce qui amène à un traitement parcellaire (I-) et, incidemment, par le prisme du cocontractant en réalisant un traitement repensé (II-). Ainsi, non seulement on reconsidère l'approche de la propriété mais aussi, accessoirement, celle du contrat, ou plutôt des contrats dans leur pluralité.

1. L'APPRÉHENSION DES DÉCHETS PAR LE PRISME DU PROPRIÉTAIRE : UN TRAITEMENT PARCELLAIRE

[124] Propriété des déchets. La question de la propriété des déchets¹⁵⁷ peut paraître saugrenue et sans intérêt, mais la réalité est tout autre en ce qu'elle nous invite « à voir autrement le propriétaire »(HAUTEREAU-BOUTONNET, 2021, p.126). Il n'y a pas

154 Pour mieux les traiter, les déchets sont classés par catégorie en fonction de leur nature, de leur provenance ou encore de leur caractère plus ou moins toxique. Les déchets peuvent être divisés en deux classes : les « déchets ménagers » et « déchets d'activités économiques ». Ils se divisent en trois catégories : les déchets dangereux (inflammables, toxiques, dangereux pour l'environnement), les déchets non dangereux (exemple : biodéchets, déchets de verre ou de plastique) et déchets non dangereux inertes (provenant essentiellement du secteur du bâtiment et des travaux publics).

155 Le déchet, quel bien ? Meuble ou immeuble. Par la directive du 19 novembre 2008, les sols pollués non excavés ont été exclus de la catégorie des déchets. L'ordonnance n°2010-1579 du 17 décembre 2010 qui transpose la directive du 19 novembre 2008 en droit interne, maintient donc la qualification de meuble pour les déchets et exclut également les sols pollués. L'appréhension des déchets illustre la porosité des frontières entre les meubles et les immeubles. V. en ce sens, J.-B. SEUBE, *Le statut des déchets en droit des biens, Le déchet, cette chose précieuse...*, préc., Colloques et essais, IFDJ, 2021, p. 38.

156 Voir en ce sens, la *Directive cadre sur les déchets 2008/98/CE du 19 novembre 2008* modifiée par la *Directive 2018/851/CE* qui fixe les orientations de la politique de gestion des déchets et encourage leur valorisation en ouvrant la porte d'une « sortie du statut de déchet » soumise à 4 conditions : substance ou objet utilisé à des fins spécifiques/ existe un marché ou une demande pour une telle substance / substance ou objet remplissant les exigences techniques et respect la législation et des normes applicables aux produits / utilisation de la substance ou de l'objet n'ayant pas d'effets graves pour l'environnement ou la santé humaine. V. repris dans C. env., L.541-4-3, modifié dern. Ord. n°2020-920, 29 juillet 2020.

157 V. notamment, G.-J. MARTIN, « Problématiques contemporaines autour de la propriété des déchets », dans *Volonté et biens*, L'Harmattan, 2013, p.247.

uniquement la face positive de son droit (A), à savoir la possibilité d'abandonner ses déchets, il y a aussi cette face négative, à savoir la propriété qui oblige à un certain comportement, et donc à un devoir de supporter, de répondre de ses déchets, et donc de les assumer (B).

1.1 ABANDONNER SES DÉCHETS : LA FACE POSITIVE DE LA PROPRIÉTÉ ENCADRÉE

[125] Les déchets en droit civil. La place des déchets en droit des biens suppose de définir ces derniers. Les déchets sont-ils des biens ? À ce questionnement, il faut au préalable indiquer ce qu'est un bien. Semblable définition ne résulte pas du Code civil. Un bien est une chose susceptible de faire l'objet d'une appropriation¹⁵⁸. Aux dires de la doctrine, elle a reposé pendant longtemps à la fois sur l'utilité¹⁵⁹ et la valeur¹⁶⁰. Un bien est nécessairement une chose qui, en raison des utilités qu'elle procure à l'homme, est convoitée par ce dernier et a, de fait, de la valeur. Une telle équation a eu tendance à s'atténuer à l'aune d'autres critères¹⁶¹ mais il est vrai que la valeur reste très présente. Le bien qui, réduit à l'état de déchet, ne présente plus aucune valeur d'usage et n'a pas non plus de valeur d'échange. En tant que biens dépourvus de valeur, ils sont grevés de charges et identifiés a priori comme des biens à valeur négative. Ainsi donc, la célèbre formule du Doyen Cornu selon laquelle « les biens, c'est bon » est sérieusement écornée car le bien n'est pas nécessairement bon à l'homme. Il est possible de le constater pour le déchet qui, non défini par le Code civil, n'échappe pas, en revanche, à la célèbre *summa divisio* selon laquelle les biens sont meubles ou immeubles. Pour ce qui est du déchet, la qualification mobilière l'emporte¹⁶², et ce, à l'aune du droit français et européen de l'environnement.

[126] Les déchets en droit de l'environnement. Selon l'article L.541-1-1 du *Code de l'environnement*, un déchet est « toute substance ou tout objet, ou plus généralement tout bien meuble, dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention de se défaire [...] ». Cette appréhension du déchet, en tant que notion complexe difficile à saisir d'un point de vue technique, issue des approches européennes, et plus spécifiquement, de la directive-cadre de 1975¹⁶³ et celle de 2008¹⁶⁴, l'identifie comme un bien meuble dont on

158 L'article 520 de l'APRDB : « Sont des biens, [...], les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels [...] ».

159 V. pour une combinaison de l'utilité et de l'appropriation : F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, coll. « Droit fondamental », 3e éd., PUF, 2008, no 2, p. 18 et « toutes choses qui pouvant procurer à l'homme une certaine utilité sont susceptibles d'appropriation » : Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 11e éd., Litec, 2011, no 1 p. 1 reprenant la définition de Baudry LACANTANERIE, dans *Traité théorique et pratique de droit civil, Les biens*, Paris, 1re éd., 1896, no 10, p. 10. Cette conception utilitariste défendue par Portalis pour qui « les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes », v. en ce sens, DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoléon*, Livre II, titre 2, t. IX, 2e éd., Paris, 1861 : « il n'y a de bien pour nous Jurisconsulte que ce qui peut servir à l'homme ».

160 V. en ce sens, A. PIÉDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien », *Mélanges M. de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 57 pour qui « la notion de valeur est essentielle, toute valeur doit être considérée comme un bien » ; v. aussi M. MIGNOT, « La notion de bien – contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4 (I), p. 1805).

161 Pour les critères de saisissabilité et d'appropriation, voir P. BERLIOZ, « La notion de bien », *LGDJ*, 2007, t. 489, no 17

162 Ordonnance n°2010-1579 du 17 décembre 2010 qui transpose la directive du 19 novembre 2008 en droit interne qui maintient la qualification de biens meubles en excluant les sols pollués.

163 Directive n° 75/442/CEE du 15/07/75 relative aux déchets (abrogée), JOCE n° L 194 du 25 juillet 1975.

164 Directive n° 2008/98/CE du 19/11/08 relative aux déchets et abrogeant certaines directives (JOUE n° L 312 du 22 novembre 2008) (abrogée).

n'a plus l'utilité et dont on veut se défaire. C'est donc l'acte physique de se défaire d'un objet qui le fait entrer dans cette catégorie. Présentant des risques à la fois pour la santé publique et l'environnement, il est aujourd'hui le prélude d'opérations réglementées. La faculté d'abandon est déterminée par une législation de droit commun des déchets¹⁶⁵, laquelle poursuit des objectifs divers (prévenir et réduire la production et la nocivité des déchets, lutter contre l'obsolescence programmée...) en considération desquels une hiérarchie de traitement est prévue¹⁶⁶. Dans le cadre de cette police environnementale des déchets, la réglementation vient à distinguer plus particulièrement deux catégories de personnes : les producteurs de déchets et leurs détenteurs. La loi prévoit que le bien reste sous la responsabilité de celui qui en fait un déchet, à savoir son producteur¹⁶⁷. Ce dernier en a donc la propriété et le détenteur, par exemple, la collectivité, en a la garde sans avoir la propriété, c'est-à-dire qu'elle est responsable de leur gestion, de leur récupération et qu'elle demande alors un paiement aux usagers à travers la fiscalité locale (par exemple les taxes d'ordures ménagères...).

[127] Les déchets et le droit de propriété. Dans ces conditions, il est bon de s'interroger sur l'étendue du droit que le propriétaire a sur ses déchets. En règle générale, la liberté d'exercice découle du droit de propriété. Absolu, ce droit réel par excellence permet à son propriétaire d'en user, d'en jouir et d'en disposer. Il en résulte que la faculté d'abandonner à sa guise son bien découle de son entière disposition. D'ailleurs, l'abandon rejait sur la qualification en droit des biens. Le bien devient alors une chose abandonnée dont l'ancien propriétaire a eu la volonté de délaisser ou de se défaire (par exemple un vieux canapé placé sur le trottoir avant son enlèvement par le service des objets encombrants). Ce sont des res derelictae dont le premier occupant en devient propriétaire par la simple prise de possession. Qu'en est-il aujourd'hui pour nos déchets ? Peut-on se satisfaire d'une telle volonté d'en disposer, et donc de les abandonner en faisant ainsi acquérir la propriété au premier occupant ? La réponse semble négative. L'idée qui sous-tend l'occupation en droit des biens est que le bien constitue une certaine richesse, et en aucun cas une charge pour son acquéreur (il conduit à la satisfaction d'un autre titulaire). Dans notre cas, la réalité est tout autre puisque le déchet va demeurer à bien des égards une charge sauf à faire de ce dernier une ressource inattendue pour certains acquéreurs. Néanmoins, la plupart du temps, le déchet, par son abandon, devient source de responsabilité. Il a dès lors un statut particulier puisque, finalement, le propriétaire n'a plus aucun droit sur le déchet mais seulement des devoirs.

[128] Du droit de propriété au devoir de propriété. Les déchets invitent à voir son propriétaire autrement. « Il n'est pas uniquement celui qui, grâce à son droit de propriété et les pouvoirs d'usage, de jouissance et de disposition qu'il exerce sur sa

165 Livre V, Titre IV, *Code de l'environnement*.

166 La gestion des déchets passe par le traitement des déchets qui doit se faire dans le respect de la hiérarchie des modes de traitement des déchets : privilégier la réutilisation, puis le recyclage afin d'éviter l'élimination. V. spéc., C. env. L.541-1-1 : « [...] Gestion des déchets : le tri à la source, la collecte, le transport, la valorisation, y compris le tri, et l'élimination des déchets et, plus largement, toute activité participant de l'organisation de la prise en charge des déchets depuis leur production jusqu'à leur traitement final, y compris la surveillance des installations de stockage de déchets après leur fermeture, conformément aux dispositions relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement, ainsi que les activités de négoce ou de courtage et la supervision de l'ensemble de ces opérations [...] ».

167 En l'occurrence, le consommateur, ou bien le producteur du bien, le metteur en marché.

chose, nuit à l'environnement »¹⁶⁸. D'ailleurs, il semblerait même possible de constater que le propriétaire n'a aucun « droit » sur ses déchets. Les prérogatives du propriétaire s'appliquent mal aux déchets puisqu'ils sont destinés à l'abandon¹⁶⁹. Disposer des déchets demeure tout de même concevable puisque strictement encadré par le Code de l'environnement. Toutefois, les déchets viennent réduire le droit de propriété à sa plus faible expression; ne pouvant ni en user, ni en jouir, le propriétaire ne peut non plus en disposer, donc l'abandonner à sa guise et se voit contraint d'engager les dépenses relatives à leur traitement. Plus aucune liberté, seulement un droit encadré et surtout un « devoir de propriété » (HAUTEREAU-BOUTONNET). La compréhension de la propriété se fait nouvelle en se limitant de l'intérieur. La face négative du droit de propriété est alors stimulée : il faut comme à l'égard d'une dette inhérente au bien : « Supporter ses déchets ».

1.2 SUPPORTER SES DÉCHETS : LA FACE NÉGATIVE DE LA PROPRIÉTÉ STIMULÉE

[129] De la propriété à la responsabilité vis-à-vis de la collectivité. Le propriétaire doit adopter un comportement apte à la conservation des déchets et attester d'une certaine prudence vis-à-vis de la collectivité. En tant que biens négatifs constitutifs d'une charge financière, ils doivent demeurer sous la maîtrise de son propriétaire. Un auteur milite pour la reconnaissance d'un devoir de non-abandon. On retrouve celui-ci dans les droits étrangers. La source d'inspiration vient du droit allemand¹⁷⁰ en ce que la propriété oblige et son usage doit contribuer au bien de la collectivité. La redéfinition de la propriété s'effectuerait en y ajoutant une face négative. Ainsi « la propriété serait à la fois le droit de et le devoir de... ». Il pourrait donc y avoir des devoirs environnementaux. Le propriétaire n'est plus « le pourfendeur de l'environnement mais l'un de ses gardiens » (HAUTEREAU-BOUTONNET, 2021, p. 127) par le devoir de non-abandon. Cela participe à une compréhension nouvelle de la propriété non plus seulement comme un droit mais aussi comme un devoir. En règle générale, le bien c'est bon et son abandon peut satisfaire un autre titulaire. Or ce raisonnement ne tient pas si le bien n'est pas bon, par exemple un déchet néfaste, dangereux et polluant : au droit d'abandon se substituerait alors un devoir de non-abandon. Il faut y voir un comportement dévolu au statut du propriétaire. On vient limiter le droit de propriété non pas de l'extérieur mais de l'intérieur.

[130] Procédés employés et sources possibles du devoir de propriété. Le propriétaire du déchet doit limiter son abandon dès lors qu'il interfère la protection de l'environnement et de la santé. Concrètement, comment va-t-on faire pour limiter le droit de propriété négativement, et ce notamment, vis à vis des autres libertés fondamentales telles l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'environnement ou encore la protection de la santé ? Par les textes d'abord, on peut

168 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, Le Code civil, un code pour l'environnement, préc., p. 126.

169 « Alors qu'en droit civil des biens, il ne peut y avoir "abandon" sans volonté, en droit des déchets, cet abandon peut être involontaire. En outre, en cas d'abandon, en droit des biens, le propriétaire est libéré de toutes ses obligations, ce qui n'est pas le cas en droit des déchets où le propriétaire conserve un lien avec la chose "abandonnée". V. M. MEKKI, « L'avenir de l'environnement et le droit des biens », *LGDJ, Coll. Grands colloques, L'avenir du droit des biens*, 2016, p.187, n°15; V. G. MARTIN, « Problématiques contemporaines autour de la propriété des déchets », dans *Volonté et biens*, L'Harmattan, 2013, p. 287 et s.

170 Le droit allemand reconnaît, à l'article 14 (2) de la *Loi fondamentale allemande*, que « la propriété oblige » et que son usage doit « contribuer au bien de la collectivité ».

imaginer que le droit de propriété étant d'ores et déjà limité par les lois ou les règlements à l'article 544 du Code civil, ces limites pourraient incidemment inclure au minimum les devoirs environnementaux, et donc celui de non-abandon. D'ailleurs, ce dernier « pourrait être encadré par les lois de police régulant déjà la jouissance de la chose commune aux termes de l'article 714 alinéa 2 du Code civil » (Ibid, p.126). En adoptant une telle lecture des textes, cela pourrait être annonciateur d'une autre définition de la propriété repensée par sa fonction environnementale et qui engendrerait la proposition suivante : « le propriétaire doit respecter les utilités écologiques procurées par sa chose » (Ibid). Allant encore plus loin, il serait possible d'ajouter formellement des devoirs environnementaux à l'alinéa 3 de l'article 714 (Ibid.). Ce qui laisserait ensuite au juge la possibilité de prendre le relais comme il l'a déjà fait pour les obligations de voisinage indépendamment de toute convention en imposant la théorie de l'abus de droit de propriété ou celle des troubles anormaux de voisinage¹⁷¹, et partant, de créer des nouvelles limites prétoriques à l'exercice du droit de propriété en consacrant des devoirs adaptés à la protection de l'environnement. Parmi ceux-ci, un auteur a déjà proposé pour les gaz à effet de serre, le « devoir de non-abandon » de certains fruits néfastes pour la collectivité. On s'intéresse alors à la substance même du droit qui rappelle la fonction sociale de la propriété¹⁷². Au lieu d'abandonner la préservation de l'environnement aux pouvoirs publics, on met le propriétaire face à ses responsabilités à l'égard de la nature. La notion d'abandon est donc mesurée par ce devoir nouvellement proposé. Ce dernier « collerait » parfaitement aux déchets et, qui plus est, si le propriétaire se livrait sauvagement à leur abandon, il se verrait actionner en réattribution.

[131] Action en réattribution. La faculté d'abandonner ses déchets n'étant pas une prérogative naturelle du propriétaire, cela participe à changer aussi l'approche de la propriété. Face aux droits et aux prérogatives, ils existent des devoirs. L'action réelle en réattribution¹⁷³ exercée par les personnes ayant qualité pour défendre les intérêts de l'environnement (une association pour la protection de l'environnement) serait pendant de l'action en revendication. Elle permet à quiconque d'exiger du propriétaire, sur la preuve de ce que les déchets lui appartiennent, qu'ils reprennent possession de ces derniers. On garantirait ainsi la collectivité des hommes contre l'abandon, que ce qui est nuisible appelle irrésistiblement. C'est d'ailleurs le Professeur Dross qui a proposé de la baptiser l'action en réattribution¹⁷⁴. Cela reviendrait à contraindre le propriétaire de reprendre ses déchets et de faire passer la police de ces derniers dans la sphère privée.

171 V. déjà *Loi n°2021-85 du 29 janvier 2021 visant à définir et protéger le patrimoine sensoriel des campagnes françaises*. Article 3 : « Dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport examinant la possibilité d'introduire dans le code civil le principe de la responsabilité de celui qui cause à autrui un trouble anormal de voisinage. Il étudie les critères d'appréciation du caractère anormal de ce trouble, notamment la possibilité de tenir compte de l'environnement ». Dernièrement encore (en mars 2023), selon le ministre de la Justice, il est prévu de donner « un coup de main » aux agriculteurs pour les troubles anormaux occasionnés via une proposition de loi « sur la responsabilité civile ».

172 V. la propriété qui doit être conçue comme un droit pour servir une fonction sociale : conception de Josserand.

173 W. DROSS, De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ?, D. 2017, 2553.

174 Cité par J. B. SEUBE, « Le statut des déchets en droit des biens, Le déchet, cette chose précieuse... », Colloques et essais, IFDJ, 2021, préc. p. 40; W. DROSS, *De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ?*, D.2017, préc. 2553.

[132] Nouvelle face de la propriété. En tant que biens négatifs, les déchets font émerger la face négative de la propriété. Le propriétaire a certes un droit mais limité par un devoir environnemental de ne pas abandonner ses déchets. En territoires étrangers, la propriété se dote d'une face négative plus exacerbée : elle n'est plus en matière de déchets un simple droit mais une source de devoirs. Aussi, cet état de fait impose un encadrement pour que ce devoir soit pleinement opératoire : comment limiter l'exercice du droit de propriété notamment vis à vis des autres libertés fondamentales, telle que la protection de l'environnement ou de la santé. Si le législateur ne le consacre pas encore pleinement et formellement dans ces textes, la doctrine amorce l'idée d'un devoir de non-abandon accompagné d'une action en réattribution sans compter le rôle considérable du juge qui s'y livre déjà en mettant en balance le droit de propriété et les autres libertés fondamentales par son contrôle de proportionnalité.

[133] Après la mise en balance du droit au logement et du droit de propriété, ce serait au tour de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'environnement d'être mis en équilibre avec le droit de propriété. Dernièrement encore, le Conseil constitutionnel¹⁷⁵ a été saisi lors d'un contrôle a posteriori afin d'examiner un article issu de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 « Anti- gaspillage et économie circulaire », et plus précisément l'article L. 541-30-2 du Code de l'environnement (abrogé depuis par Décision n° 2021-968QPC du 11 février 2022)¹⁷⁶. Le contrôle de proportionnalité est donc une technique au service de la protection de l'environnement même s'il peut être aussi l'occasion de censurer certaines dispositions environnementales mettant à mal certains droits. Ce qui est le cas dans la décision précitée puisque l'objectif à valeur constitutionnelle de l'environnement vient s'incliner face au droit au maintien des conventions légalement conclues¹⁷⁷. Si ce n'est pas par la proportionnalité, il pourrait y avoir aussi au nom de la solidarité de nouvelles limites à la propriété¹⁷⁸.

[134] Compréhension nouvelle de la propriété. Le développement des déchets permet ainsi de repenser la propriété, on la conçoit autrement, c'est-à-dire comme un droit mais aussi comme un devoir. Envisager une propriété qui ne serait plus exclusive mais inclusive, impliquerait pour le propriétaire d'agir moins comme maître que comme gardien ou dépositaire de ses déchets. Ce devoir de non-abandon dévolu au statut du propriétaire ne doit pas pour autant faire perdre de vue que ce dernier se trouve « pieds et poings » liés à ses déchets. C'est pourquoi, ce traitement parcellaire des déchets à

¹⁷⁵ Le 11 février 2022, le Conseil constitutionnel a considéré que le fait d'obliger les exploitants à réceptionner des déchets ultimes apportés par certaines filières alors qu'elles pourraient les traiter et pour les apporteurs de déchets de ne disposer d'aucune possibilité de demander réparation en cas de non-exécution du contrat avec l'exploitant, sont une atteinte manifestement disproportionnée au droit au maintien des conventions légalement conclues. V. *C. const.* 11 février 2022, *décision n°2021-968 QPC, abrogeant L.541-30-2 C. env.*

¹⁷⁶ Selon cet article, les exploitants des installations de stockage de déchets non dangereux et non inertes sont tenus de réceptionner les déchets ultimes produits par les filières industrielles de réemploi, de recyclage et de valorisation des déchets dès lors qu'elles satisfont à certains critères de performance. Les producteurs ou détenteurs de déchets de ces filières sont redevables du prix de traitement des déchets qu'ils apportent, qui ne peut être facturé par l'exploitant de l'installation de stockage à un montant supérieur à celui habituellement facturé pour des déchets de même nature.

¹⁷⁷ Si le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article L.541-30-2 du *Code de l'environnement* (abrogé) poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, il a toutefois considéré qu'elles portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au maintien des conventions légalement conclues.

¹⁷⁸ Ce serait envisager la propriété non comme un droit, mais comme une fonction sociale que subit le propriétaire (conception de Duguit). À l'extrême, pour cet auteur, la propriété n'est alors plus l'expression d'une liberté mais un élément de solidarité, au sens d'une propriété, jouissance des utilités, à articuler avec celles des autres et avec des contraintes.

l'aune du statut du propriétaire nous amène à considérer, dans un second mouvement, que les déchets se doivent d'être happés par la sphère contractuelle, ce qui va permettre à nouveau d'en user et d'aborder une nouvelle logique en toute sérénité, celle de l'usage des déchets. Le contrat devient alors l'instrument du propriétaire. On mobilise le contrat comme technique de régulation des déchets.

2. L'APPRÉHENSION DES DÉCHETS PAR LE PRISME DU COCONTRACTANT : UN TRAITEMENT REPENSÉ

[135] Mutations sociétales. Les mutations contemporaines de l'économie financiarisée et des marchés nous font comprendre qu'à côté des richesses, il y a aujourd'hui des déchets. En effet, la dynamique des échanges montre que cette équivalence longtemps maintenue entre bien et valeur positive ne va plus de soi, et que l'on peut insérer des choses à valeur négative dans le processus de circulation des biens¹⁷⁹. Cette extension du domaine de la circulation juridique a pris appui sur l'existence de choses matérielles, dont on ne voyait pas pourquoi leur valeur négative les condamnerait par nature à n'être pas des biens. Le retraitement des déchets est, par exemple, devenu une activité industrielle; un retournement s'est donc produit, ce qui a conduit nos industriels à avoir besoin de déchets en abondance pour faire fonctionner leurs entreprises à la mesure de leurs capacités.

[136] Contrats et propriétaire assiégé à la régulation des déchets. Une véritable concurrence se déploie pour l'appréhension de rebuts, qui sont apparemment des choses d'une valeur bien peu considérable. Mais comment alors transférer la propriété des déchets ? Est-ce encore possible alors que nous venons de reconnaître et de défendre un devoir de non-abandon du propriétaire ? C'est bel et bien par le truchement du contrat et sa qualité de cocontractant qu'il va peut-être pouvoir user à nouveau de ses déchets. Pour ce faire, faut-il alors contractualiser par procéduralisation cet abandon des déchets ou bien prendre en compte le déchet d'un point de vue de l'économie de la fonctionnalité donnant naissance tantôt à un nouveau contrat dit de fonctionnalité, tantôt à un droit réel de jouissance spéciale créée par voie conventionnelle qui permettrait d'en transférer l'usage à défaut de la propriété. L'appréhension des déchets par le prisme du cocontractant conduit à une double approche par le recours à la contractualisation par procéduralisation de l'abandon des déchets (A) ou par la mobilisation de nouveaux contrats d'usage sans transfert de propriété engendrés par le modèle de l'économie de fonctionnalité (B).

2.1 CONTRACTUALISATION PAR PROCÉDURALISATION DE L'ABANDON DES DÉCHETS

[137] Notion de procéduralisation. La procéduralisation est une notion explicitée par le professeur Jeammaud.(1998, p. 67) Au sens fort, d'abord, ce dernier soutient que la procéduralisation consiste en l'essor « d'un nouveau modèle de droit à travers le droit procédural, par opposition au droit substantiel ». Selon son sens faible, ensuite, la procéduralisation désigne la « primauté accordée aux règles procédurales au détriment des règles substantielles ». Plus spécifiquement, elle s'exprime au travers de

179 V. J. ROCHFELD, Les grandes notions de droit privé, préc. p. 340. Selon cet auteur, « le critère de la valeur permet de tout traduire, aujourd'hui en bien ».

mécanismes destinés, en dehors du domaine juridictionnel, à garantir la prise d'une décision ou l'élaboration d'une norme. Cette forme de procéduralisation, qui nous apparaît mieux adaptée dans l'appréhension des déchets, vise des mécanismes contractuels impossibles à répertorier grâce à des critères de qualification prédéfinis mais unis par l'existence d'une finalité commune : octroyer une légitimité à l'édition d'une norme, quelle que soit sa valeur normative. À cette fin, la procéduralisation se fonde dans tous les maillages juridiques. S'agissant des déchets, la procéduralisation vient garantir la légitimité de la production, de la vente ou encore de son abandon.

[138] Quelques exemples de l'utilisation de procédures contractuelles pour appréhender les déchets (prévus par la loi). Il y a, d'abord, les quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁸⁰. Ces derniers peuvent être acquis, détenus et cédés par tout exploitant d'une installation au titre de laquelle a été délivrée par un État membre de l'Union européenne une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre¹⁸¹. En l'occurrence, pour les déchets, il s'agirait de procéder à une contractualisation par patrimonialisation. Les déchets peuvent être cessibles par la vente à condition d'être subordonnée à une autorisation administrative venant légitimer l'émission de déchets. C'est dans ce contexte qu'il s'agit d'un phénomène rattaché au mouvement de procéduralisation. Par la procédure d'autorisation administrative, on admet la commercialisation des quotas d'émission de gaz à effet de serre. Ce qui permet de conférer une certaine moralité à la production de déchets parce qu'elle est encadrée par une procédure prévue par la loi. Il y a les diagnostics, ensuite (que l'on connaît pour l'amiante, le plomb, les termites, mères...) qui vont fournir des informations nécessaires au vendeur et communiquées à l'acheteur de sorte que l'on assiste ici à une contractualisation de la portée des risques environnementaux des déchets. Ils seront relatifs aux produits, matériaux et déchets en vue, en priorité, de leur réemploi ou, à défaut, de leur valorisation, en indiquant les filières de recyclage recommandées et en préconisant les analyses complémentaires permettant de s'assurer du caractère réutilisable de ces produits et matériaux¹⁸². On assure ainsi la traçabilité des déchets. Existant déjà en matière de déchets de chantier, la réalisation de ce diagnostic va donc permettre d'en faire des ressources. Ce nouveau diagnostic accompagnant les autres devenus plus classiques devra contenir les informations sur le diagnostiqueur, le site et la démarche appliquée. D'ailleurs la loi AGECE¹⁸³ a aussi instauré une nouvelle obligation d'information à l'encontre des entreprises du bâtiment¹⁸⁴ devant faire figurer dans les devis les déchets générés par les chantiers. Cette contractualisation est

180 Ils sont des biens meubles matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur négociable et transmissible par virement de compte à compte. V. C. env. L.229-15 al. 1.

181 Arrêté du 10 décembre 2021 fixant la liste des exploitants d'installations soumises à autorisation pour les émissions de gaz à effet de serre ainsi que le montant des quotas d'émission affectés à titre gratuit pour les exploitants d'installations pour lesquelles des quotas d'émission à titre gratuit sont affectés, pour la période 2021-2025.

182 « Des décrets en Conseil d'État déterminent les catégories de bâtiments qui, en raison de la quantité ou de la nature des déchets que leur démolition ou réhabilitation lourde est susceptible de produire, font l'objet, avant leur démolition ou réhabilitation lourde, d'un diagnostic relatif à la gestion des déchets issus de la démolition ou réhabilitation lourde, ainsi que le contenu et les modalités de réalisation de ce diagnostic » : obligation de prévoir un diagnostic produits-matériaux-déchets. Aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de cette obligation. V. CCH L.110-10-4.

183 Loi anti-gaspillage pour une économie circulaire n°2020-105 du 10 février 2020.

184 V. C. env. D. 541-45-1. Obligation d'information dans les devis relatifs aux travaux de construction, de rénovation et de démolition de bâtiments : estimation de la quantité totale des déchets générés par l'entreprise des travaux durant le chantier / modalités de gestion et d'enlèvement [...] / le ou les points de collecte / estimation des coûts associés aux modalités de gestion [...].

soumise à des procédures à respecter de façon à octroyer une légitimité aux résultats obtenus de sorte qu'elle engendre une contractualisation par procéduralisation.

[139] Légitimation de l'abandon par procéduralisation. À cette contractualisation par procéduralisation, il se pourrait que l'abandon puisse aussi devenir légitime en raison du respect d'une certaine procédure. Il s'agirait de soumettre l'abandon des déchets à des exigences techniques, formalistes de manière à pouvoir se dessaisir du bien. Ainsi donc en procéduralisant per se l'abandon ? Encore une fois, on emploie la technique contractuelle pour la gestion des déchets (dépose, traitement sur place, transport et évacuation, etc.). L'entreprise de récupération n'acquiert pas à titre principal les déchets mais doit se charger de leur retraitement ou de leur recyclage. En pratique, il faut reconnaître que l'entreprise commence bien par récupérer les déchets pour les détruire, ensuite, elle en dispose et cela lui confère ainsi l'abusus.

[140] Acquisition des déchets par voie de débarrassement. On pourrait alors envisager l'acquisition des déchets par voie de débarrassement ou de défaisance. Pourquoi ne pas créer un contrat de débarrassement ou d'abandon ? Si l'entreprise venait à trouver après coup un acquéreur des déchets pour qui ces derniers présenteraient une utilité, donc une valeur, et qu'au lieu de les détruire, il lui cède. Encore faudrait-il qu'il soit accessible en amont ? Dans cette perspective, le déchet n'est plus un bien mais devient l'objet juridique, si ce n'est du contrat à tout le moins de la clause. Ne sera donc plus ici appréhendée la dépossession du bien mais le respect des prescriptions contractuelles. On peut donc imaginer que l'entreprise récupère les déchets du fait qu'ils aient été légitimement et conformément abandonnés par le propriétaire avant de pouvoir les céder. Le débarrassement serait donc la technique employée afin d'être le prélude à la hiérarchie du traitement des déchets. Si l'entreprise de récupération trouve une alternative plus avantageuse que le recyclage ou la destruction, c'est alors que le déchet sort de son statut de déchet et redevient un bien si l'entreprise de récupération vient à trouver acquéreur¹⁸⁵. La récupération initiale des déchets s'analyserait en une acquisition par l'opération d'abandon suivie d'une opération de cession. Il faut tout de même être vigilant car l'alternative de cession qui s'offre aux entreprises de récupération se doit d'être licite. Tel n'est pas le cas de certaines entreprises « véreuses » qui suivent un scénario bien rôdé. Ce sont alors des sociétés qui se présentent comme étant en mesure de récupérer les déchets, de les transporter puis de les traiter, et qui au lieu de ça, souvent les abandonnent dans la nature. Parfois, certaines sociétés vont jusqu'à revendre les déchets à des particuliers ou à des agriculteurs qui ont besoin de terre. En réalité, ils déversent les déchets sur ces terres puis les recouvrent de quelques centimètres de terre, jouant ainsi sur deux tableaux financiers. Le bénéfice-risque pour les délinquants est en leur faveur car le

185 V. déjà en ce sens, la procédure réglementaire de sortie du statut de déchet pour certaines catégories de déchets impliquant des critères de sortie (usage : déchet subissant une opération de valorisation utilisé à des fins spécifiques / marché : demande pour le matériau créé / technique : exigences techniques et respect des normes / santé et environnement : pas d'effets globaux nocifs pour l'environnement et la santé humaine) et une officialisation de la demande par l'autorité compétente. V. son élargissement à tout producteur ou détenteur de déchets : Décret n° 2021-380 du 1er avril 2021 relatif à la sortie du statut de déchet, JORF du 3 avril 2021). Le passage par une installation n'est plus obligatoire. La fin du statut entraîne la fin de la responsabilité au titre de la réglementation propres aux déchets des producteurs et détenteurs et des obligations correspondantes.

trafic de déchets en bande organisée n'est puni que de 7 ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende¹⁸⁶. Un trafic presque autant lucratif que celui du cannabis¹⁸⁷.

[141] Consécration du contrat d'abandon par voie de procéduralisation. C'est donc ici le contrat d'abandon qui vient mettre en œuvre les exigences de dessaisissement afin que le déchet puisse à nouveau être transféré. Les cocontractants (propriétaire initial et entreprise de récupération) se verront ainsi ordonner des actes et des formalités¹⁸⁸ devant être accomplis dans un but ici environnemental. Les procédures contractuelles ne tendent pas à la réalisation de l'opération économique portée par le contrat (à savoir s'en défaire afin de pouvoir se les réappropriier et les céder) mais ont pour fonction de fixer un cadre pour l'action de s'en défaire et de protéger les cocontractants en matière d'exercice de leur prérogative contractuelle. Ce ne sont pas non plus des modalités formelles dépourvues de valeur contraignante. Elles sont prévues au contrat et doivent être respectées. Elles sont finalement des normes non obligationnelles créant des incombances à la charge des parties. L'importance de leur rôle dans la régulation des rapports contractuels va impliquer que la renonciation aux déchets n'est pas libre et qu'elle soit accompagnée de normes à respecter car, quelque part, c'est par voie de procéduralisation que procède le contrat d'abandon, ce qui va permettre légitimement au propriétaire d'échapper à la face négative de sa propriété, et donc à son devoir de non-abandon qui le paralyse. D'ailleurs, on peut imaginer que si cet abandon n'est pas correctement effectué selon la procédure prévue au contrat, le propriétaire des déchets se verra sanctionné en raison de son attitude par la perte de certains avantages. Ne commet-il pas d'ailleurs par son comportement une faute contractuelle ? En effet, le déchet recevra le traitement que subit tout objet contractuel : il sera soumis au régime contractuel ainsi qu'aux sanctions contractuelles. De même, si l'entreprise de récupération se détourne de ses engagements comportementaux en les abandonnant ensuite dans la nature, elle sera elle aussi condamnée. Car il faut reconnaître : ce qui importe a priori au producteur des déchets, c'est de s'en débarrasser, ce qu'il en advient importe moins tant qu'il respecte les formalités procédurales d'abandon¹⁸⁹.

186 C. env., L.541-46 VII (sept ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée [...]). Sinon, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait par exemple 4° d'abandonner, déposer ou faire déposer, dans des conditions contraires aux dispositions du présent chapitre, des déchets [...].

187 26 000 tonnes de déchets auraient été exportées vers l'Espagne entre octobre 2020 et février 2021, d'autres stockées dans des hangars ou enfouies sous terre dans le sud-est de la France. Les départements du Gard, des Bouches-du-Rhône, de la Drôme et du Vaucluse sont concernés. Le revenu généré par les trafics liés aux déchets s'élève à 10 milliards d'euros environ. Ce qui peut être mis en comparaison avec le trafic de cannabis, au sein de l'Union européenne également, qui lui est évalué à 12 milliards d'euros.

188 La sortie du statut de déchet se fait à l'aide d'une procédure réglementaire selon certaines modalités : celle-ci autorise sous conditions le retour de certaines catégories de déchets au statut de produits dans les filières d'économie circulaire. Par analogie, il semblerait opportun de s'inspirer de ce type de procédure dans le contrat d'abandon afin de permettre de se dessaisir des déchets sous condition, certifié par un formulaire et contrôlé par exemple par un tiers (contrôle ; autocontrôle ; et même accréditation en cas d'intervention d'un tiers).

189 Et si l'entreprise de récupération trouve une alternative plus intéressante et avantageuse que le recyclage ou la destruction, pourquoi devrait-on lui interdire ? Ceci, à condition de respecter la réglementation environnementale.

2.2 CONTRACTUALISATION PAR L'ÉCONOMIE DE FONCTIONNALITÉ : VERS DE NOUVEAUX CONTRATS DE CESSIION D'USAGE DES BIENS

[142] Contrat de fonctionnalité. À défaut d'un tel abandon (ou débarrasement) légitimé par procéduralisation, il est possible de se poser la question de savoir quel contrat peut-on mobiliser ? Comment inclure les exigences de performance de réduction des déchets directement dans les contrats ? C'est bel et bien la logique « Zéro déchet » attendue et voulue par l'économie circulaire. Il s'agit là d'anticiper en procédant à la prévention de la production des déchets par le réemploi. Dans l'économie de fonctionnalité, l'entreprise reste à ce titre propriétaire des produits et se trouve chargée de leur maintenance. Il lui incombe de gérer leur fin de vie et donc tous les déchets générés par leur utilisation¹⁹⁰. L'intérêt de l'éco-conception, c'est de réduire en amont la quantité de déchets notamment dangereux en facilitant le recyclage des composants et la diminution des ressources utilisées. La société Koppert, par exemple, vend désormais aux agriculteurs, plutôt que des pesticides, une solution globale de protection des cultures facturée à une surface protégée. Cette nouvelle prestation l'amène à diminuer les quantités de produits chimiques utilisés et à être plus respectueuse de l'environnement. C'est vers un contrat de fonctionnalité que l'on se tourne, une logique servicielle qui permettrait un objectif de performance de réduction des déchets (LERAY, 2021, p. 132). On optimise ainsi en amont (on redéfinit son offre et on repense les produits à la fois responsable et rentable). L'économie de fonctionnalité procède à une évolution du rapport aux biens. « Ils ne doivent plus être traités sous l'angle d'un transfert de propriété, mais sous l'angle des services qu'ils procurent » (Idem. p.126). Afin d'atteindre les objectifs fixés, le client ne doit pas rester passif, il doit contribuer à la performance du service à travers l'utilisation qu'il fait du bien. Il y a dans ce contrat des conditions d'utilisation, des sanctions et une adaptation sur un temps long. Il relève certes de l'innommé sans que l'on puisse y voir un quelconque contrat d'entreprise.

[143] Économie de fonctionnalité et simple droit d'accès. C'est dans une autre logique assez complémentaire à la première, dite « cycle de vie », que l'économie de fonctionnalité « vise l'optimisation de la gestion des biens et des matières sur l'ensemble du cycle de vie des produits sans que le producteur ne cède la propriété du produit » (Idem. p.127). Par un contrat de cession d'usage, on va adapter l'usage du bien à une destination particulière en prenant des engagements. C'est la démarche de Michelin qui prend en charge la gestion complète du cycle de vie des pneus : entretien, augmentation de la durée de vie du pneu et recyclage¹⁹¹. L'optimisation à l'accès de la

190 V. à ce propos G. LERAY, « Les évolutions de la responsabilité et les déchets du BTP », *RDI*, sept. 2021, p. 461 et s. Le développement des filières responsabilité élargie des producteurs. La loi AGECE a déjà acté qu'à partir du 1er janvier 2022, il y a une responsabilité élargie du producteur pour la gestion des déchets du bâtiment fondé sur le principe pollueur-payeur. Il ne s'agit pas ici d'une responsabilité au sens du *Code civil*.

191 Allonger la durée de vie des produits manufacturés (équipements électroniques, véhicules, produits textiles, mobilier, etc.) va permettre de réduire les impacts sur l'environnement et participe à la prévention des déchets (pour les fabricants : éco-conception et pour les consommateurs : entretenir ses produits). V. à propos de la durabilité : article liminaire du *Code de la consommation* et plus spéc. : 8° Support durable : tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement afin de pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées; 12° Durabilité : la capacité d'un bien à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal.

chose¹⁹² va permettre à un autre que le propriétaire de bénéficier des utilités de la chose. Dans ce cas, on peut aussi conférer un droit de jouissance spéciale du bien. En tant que technique du démembrement du droit de propriété créée par voie conventionnelle, le droit réel de jouissance spéciale participe aussi à cette logique de partage des utilités du bien¹⁹³. On disjoint la titularité juridique du droit de propriété et l'exercice économique de la propriété. Il n'y a pas d'emprise matérielle inflexible, il est possible pour le propriétaire de faire bénéficier de l'utilité du bien. Le droit de propriété devient désormais un droit d'administrer les accès aux utilités du bien.

[144] Crise des contrats translatifs de propriété vers l'usage. Le transfert de propriété à titre onéreux, canon autrefois de l'organisation des échanges commerciaux, est « boudé » pour mieux y faire succéder les contrats de fonctionnalité ou de cession d'usage spécifique sans propriété. L'avenir est « au mésusage de la vente » (LERAY, préc. p. 132) et à la préférence de nouveaux types de contrats innommés participant à l'usage des biens. La surabondance des déchets conduit à adopter cette logique de performance des biens qui, ici sans cesse revalorisés, participe à leur utilisation de longue durée selon un cadre prédéfini par le producteur¹⁹⁴. La durabilité est cette nouvelle capacité du bien à maintenir tant ses fonctions que ses performances. L'usage ainsi du bien sans transfert de propriété permet de mieux appréhender leur appauvrissement dans une société passant irrémédiablement de l'ère du tout jetable à celle du durable et réutilisable. La protection de l'environnement est à ce prix.

[145] En définitive, les déchets participent à un double mouvement au sein de la propriété en droit civil : d'un côté, une nouvelle approche de la propriété de l'intérieur dite propriété in qui se dessine en conférant au propriétaire tant un droit qu'un devoir. De l'autre côté, la sphère contractuelle se désintéresse de la priorité toujours accordée aux contrats translatifs de propriété. Répondant à de nouvelles exigences, le contrat de fonctionnalité, par exemple, n'est plus translatif de propriété. Nul besoin ici de propriété, dès lors que les utilités d'un bien peuvent être exploitées en dehors de tout rapport d'appropriation. On assiste à un *out* de la propriété par l'économie de fonctionnalité. Au contrat translatif de propriété succède dans une logique de performance et de réduction des déchets, un usage spécifique sans propriété. Nous sommes donc bien dans l'au-delà de la propriété qui vient par la même occasion bouleverser la vision classique des contrats spéciaux et de la propriété. Après le temps du in, est venu celui du *out* !

192 J. RIFKIN, L'Âge de l'accès, trad. M. Saint-Exupéry, Paris, La Découverte, 2005. V. « La nouvelle société du coût marginal zéro », Paris, Les liens qui libèrent, 2014. V. J. ROCHFELD, « Entre propriété et accès : le retour du commun », dans F. BELLIVIER et Ch. NOUVILLE (dir.), La bioéquité, Paris, Autrement, 2009, p. 69-87. Jeremy Rifkin qui a systématisé l'idée d'une « logique de l'accès » sur les traces des travaux visionnaires de Crawford Macpherson sur le droit de ne pas être exclu des ressources.

193 V. *en ce sens*, G. LERAY, préc. p. 135. Citant l'étude annuelle de la Cour de cassation pour l'année 2019 qui utilise le droit réel de jouissance spéciale en guise d'exemple de l'avènement d'une application de la théorisation des utilités. V. J. ROCHFELD, (dir.), *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle de la Cour de cassation, La Documentation française, 2019, spéc. p. 217.

194 Leray propose pour apprivoiser la temporalité du contrat de fonctionnalité le recours aux techniques contractuelles adaptées à la gestion de projet. De même, il ajoute que la mise sur pied de comités de pilotage, de suivi et l'insertion d'obligations périodiques de négociation apparaissent tout à fait nécessaires.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux : traités, manuels

Atias, Ch. *Droit civil, Les biens*, 11e éd., Litec, 2011.

Baudry Lacantnerie, G. *Traité théorique et pratique de droit civil, Les biens*, Paris, 1re éd., 1896.

Carbonnier, J. *Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations*, PUF, 2017.

Zénati-Castaing F. & Revet, Th. *Les biens*, coll. « Droit fondamental », 3e éd., PUF, 2008.

Ouvrages spéciaux

Thèses

Berlioz, P. *La notion de bien*, LGDJ, 2007, t. 489.

Monographies

Hautereau-Boutonnet, M. *Le Code civil, un code pour l'environnement, Les sens du droit*, Dalloz, Essai, 2021.

Jeammaud, A. « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in *Les transformations de la régulation juridique, Droit et société. « Recherches et travaux »*, LGDJ, 1998.

Martin, G.-J. « Problématiques contemporaines autour de la propriété des déchets », in *Volonté et biens*, coll. L'Harmattan, 2013.

Piédelièvre, A. « Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien », *Mélanges M. de Juglart*, LGDJ, 1986.

Rifkin, J. *L'Âge de l'accès*, trad. M. Saint-Upéry, Paris, La Découverte, 2005.

Rifkin, J. *La nouvelle société du coût marginal zéro : L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Paris, Les liens qui libèrent, Format poche, 2014.

Rochfeld, J. *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, 3e éd., PUF, 2022.

Études et Colloques

Boul M. & R. Radiguet, *Propos introductifs*, in *Du droit des déchets au droit de l'économie circulaire, Regards sur la loi du 10 février 2020*, Colloques et essais, IFDJ, 2021.

CERVANTÈS, J-C. CHIROSSEL A. et OUEDRAOGO T.(dir.). *La Revue du Centre Michel de l'Hospital - édition électronique*, Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232, 2021.

Mekki, M. « L'avenir de l'environnement et le droit des biens", *LGDJ*, Coll. Grands colloques, L'avenir du droit des biens, 2016.

OUEDRAOGO, T.« Le déchet : sa définition juridique et ses enjeux de droit international, Dossier : Le septième continent de plastique. Quelle appréhension juridique pour quelle réalité écologique ? », Actes du colloque de Clermont- Ferrand du 28 janvier 2021. Rochfeld, J. (dir), « La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Étude annuelle de la Cour de cassation », *La Documentation française*, 2019.

Seube, J.-B. Le statut des déchets en droit des biens, Le déchet, cette chose précieuse..., in *Du droit des déchets au droit de l'économie circulaire, Regards sur la loi du 10 février 2020*, Colloques et essais, IFDJ, 2021.

Articles

Dross, W. « De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ? », *D.2017*, 2553.

Leray, G. « Les évolutions de la responsabilité et les déchets du BTP », *RDI*, sept. 2021

Mignot, M. « La notion de bien – contribution à l'étude du rapport entre droit et « économie », *RRJ* 2006-4 (I).

Consultations électroniques

Nohra, S. *Squat près de Rennes. La propriétaire n'a pas le droit de se débarrasser des déchets avant deux mois*, 28 avril 2022, www.ouest-france.fr

PEUT-ON AVOIR UNE APPROCHE RELATIONNELLE DE LA PROPRIÉTÉ ?

68

Emmanuel JEULAND¹⁹⁵

Emmanuel JEULAND
Peut-on avoir une approche relationnelle de la propriété ?

195 École de droit de la Sorbonne

[146] La propriété relationnelle qui existe chez certains peuples autochtones est proche de ce que je vais présenter dans le contexte occidental. De même, la copropriété, la fiducie de données impliquant une relation fiduciaire avec les propriétaires des données, la propriété simultanée en coutume française ou en droit québécois et la propriété inclusive qui ont été présentées au cours de ce colloque peuvent entrer dans une approche relationnelle de la propriété. Entre le collectif – l’institutionnel – et l’individuel, il y a une place pour les relations juridiques en droit des biens.

[147] Il ne s’agit pas ici de participer à un débat autour de la notion de propriété qui n’est pas directement de ma compétence, il s’agit de poser un problème qui relève d’une théorie du droit plus générale, la théorie relationniste du droit¹⁹⁶. Je ne remets pas en cause la distinction entre droit réel et droit personnel qui existe depuis le droit romain (sous la forme d’une distinction entre action réelle et action personnelle) et qui, malgré plusieurs tentatives de contestation, continue de structurer le droit. Je défends l’idée que le droit réel n’est ni un lien avec une chose ni un lien d’exclusion à l’égard du droit, mais l’objet d’un lien juridique initial entre deux personnes (un contrat de vente immobilière, par exemple) disponible pour être l’objet d’autres rapports juridiques sous forme de bail, de revente, de gage, etc. Le droit réel a un régime propre impliquant un droit de suite, un droit de préférence et une valeur financière en soi permettant d’en faire une sûreté, tandis que le droit personnel repose sur la confiance dans la solvabilité d’un débiteur (REBOUL-MAUPIN, 2022) et seulement sur un droit de gage général. Pour autant, ce droit réel n’est ni absolu ni isolé, il s’inscrit dans un réseau de rapports de droit. Il y a un rapport de droit entre un usufruitier et un nu-propiétaire, un rapport entre le propriétaire d’un fonds et le bénéficiaire d’une servitude, un rapport entre le propriétaire d’un bien grevé d’une obligation réelle environnementale et la commune qui en bénéficie. Il ne s’agit pas d’intégrer davantage les tiers dans la théorie de la propriété comme cela a été proposé notamment en fonctionnalisant la propriété¹⁹⁷. Il s’agit d’inscrire la propriété comme objet des rapports de droit.

[148] Ce que je propose est de prendre du recul et de ne pas se limiter à réfléchir à la question du droit de propriété indépendamment d’une réflexion d’ensemble sur le droit. Je ne promets pas des résultats différents de ceux d’aujourd’hui, mais peut-être de mettre à jour un outil d’évaluation des propositions récentes un peu décalé. Il convient de distinguer le droit subjectif (réel ou personnel) du rapport de droit et ne pas les confondre comme c’est le cas depuis Windscheid notamment. Il importe aussi de réactualiser le rapport de droit comme un lien entre deux personnes libres, rationnelles au sens de poursuivant ses intérêts, autonomes et émotionnelles sous l’égide d’un tiers de référence (notaire, État, juge, etc.).

196 Voir mon ouvrage, *Theories of Legal Relations*, Edward Elgar, Londres, 2023 et sous forme d’article, « Theories of Legal Relations », Springer, 2023 et toute la bibliographie citée.

197 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 3e éd. Thémis, PUF, 2022, p. 370-374 : « la conception du droit de propriété en tant que rapport direct sur une chose – en tant que droit réel – est soumise à discussions tant il est désormais difficile d’ignorer les personnes qui subissent et/ou sont concernées par ce rapport » ; pour autant il ne s’agit pas de socialiser la propriété et de l’inscrire dans le lien social comme si ce dernier n’était pas un rapport de droit. Voir sur cette approche M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, 585

[149] Une telle démarche a pu être développée dans les pays de common law par opposition à une approche libérale¹⁹⁸. Ainsi, le juge Murphy n'envisageait plus en Australie le droit de propriété comme un droit de disposer de ses biens selon un ensemble de prérogatives (*the bundle of rights*), mais comme un ensemble de relations dont l'objet est une chose donnée et qui impliquent autant de droits que d'obligations¹⁹⁹. Cela lui permet de donner raison à des peuples autochtones réclamant la reconnaissance de leur rapport à un territoire. F. Cohen a aussi interprété Hohfeld comme dégagant une relation de droit entre un propriétaire et d'autres personnes concernées par un bien²⁰⁰. Une déclaration défendant une approche relationnelle de la propriété a été portée par plusieurs auteurs en 2009²⁰¹.

[150] Cette démarche suppose de commencer par une présentation de la théorie relationniste du droit avant de l'appliquer au droit de propriété. Le droit spécial ayant toujours un impact sur le droit général, le droit de propriété peut également servir de test à la théorie relationniste que plusieurs auteurs essaient d'élaborer à l'heure actuelle. Cette théorie s'appuie sur un tournant relationnel dans de nombreuses disciplines, notamment en philosophie (la relation existe avant ses termes ou *relata*); en physique; en biologie; en anthropologie, pour expliquer le rituel; en sociologie; en art; etc.

1. LA THÉORIE RELATIONNISTE DU DROIT

[151] Il existe plusieurs théories relationnelles du droit. Dans les pays de common law, il existe des tentatives d'appliquer la théorie relationnelle de la justice aux biens. Dans les pays de droit civil, plus dogmatiques, cette théorie repose sur le concept de rapport de droit qui a été unifié au début du XIX^e siècle et qui mérite d'être actualisé. Dans un droit hybride comme celui du Québec, un auteur a proposé une approche relationnelle du droit des biens. On peut aussi citer l'approche sociologique de Pierre Noreau qui fait reposer le droit sur les relations sociales²⁰².

198 V. H. DAGAN, *A Liberal Theory of Property*, Cambridge University Press, 2021; pour une critique relationniste de la théorie libérale voir notamment R. LECKEY, *Contextual Subjects. Family, State and Relational Theory*, 2008, University of Toronto Press, p. 8, la propriété privée et le contrat sont les instruments d'un sujet autonome qui dispose de lui-même et de ses biens; voir aussi pour une approche relationnelle du copyright : C. CRAIG, *Copyright, Communication and Culture : Towards a Relational Theory of Copyright Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

199 P. BABIE et K. NIKIAS, « The Renewal of the Old : Lionel Murphy's Progressive Relational Conception of Property », 42 *UNSW Law Journal*, 79/2019 quoting J. W. SINGER, « The Reliance Interest in Property », *Stanford Law Review* 1988, 743, analyzing property as social relations.

200 « Dialogue on Private Property », 1954 9/2 *Rutgers Law Review*, p. 357 et 373, « private property is a relationship among human beings such that the so-called owner can exclude or permit others to engage in these activities »

201 G. S. ALEXANDER, E. M. PEÑALVER, J. W. SINGER et L. S. UNDERKUFFLER, « A. Statement of Progressive Property », (2009) 4 *Cornell Law Faculty Publications* 11, en ligne : <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/11>> : « Property implicates plural and incommensurable values. 2.1. Some of these values promote individual interests, wants, needs, desires, and preferences. Some promote social interests, such as environmental stewardship, civic responsibility, and aggregate wealth. Others govern human interaction to ensure that people relate to each other with respect and dignity... 5. Property enables and shapes community life. Property law can render relationships within communities either exploitative and humiliating or liberating and ennobling. Property law should establish the framework for a kind of social life appropriate to a free and democratic society ».

202 P. NOREAU, *Le droit une forme de lien social*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2023, qui défend une conception relationnelle et processuelle de la normativité juridique; le droit structure les rapports sociaux. À vrai dire, il me semble, que le rapport de droit constitue le rapport social qui n'est sinon qu'un simple contact.

1.1 L'UNIFICATION DE LA NOTION AU XIX^E SIÈCLE

[152] La notion de rapport de droit a été unifiée par Savigny en 1835 à la suite de propositions de philosophes comme Kant et Fichte. Il s'agit d'une limitation de la liberté à laquelle chaque partie a partiellement renoncé. Pour Savigny il s'agit d'un rapport entre deux personnes libres et raisonnables. Mais une confusion avec le droit subjectif est apparue chez plusieurs auteurs (ex. Windsheid) et dans le BGB allemand. On a pu parler de crise de la notion de rapport de droit. Pour certains auteurs, il pouvait aussi s'agir d'un rapport entre une personne et une chose, alors que pour d'autres ce n'est pas possible car la chose n'est pas libre (Bierling). Au XX^e siècle une nouvelle confusion est apparue entre le rapport de droit et la norme. Kelsen traite ainsi de rapport de normes. La propriété n'est pas un rapport entre une personne et une chose, mais entre personnes sous la forme de normes. On a pu parler de seconde crise du rapport de droit. Pourtant le concept se maintient et il est défendu en philosophie du droit par des auteurs tels que Nedelsky, Somek et Achterberg. Il est central dans le *Nouveau Code civil chinois* (2020). Il convient donc de le réactualiser.

1.2 LA RÉACTUALISATION DU CONCEPT DE RAPPORT DE DROIT

[153] Selon une analyse de plusieurs jurisprudences dans différents systèmes de droit, un rapport juridique est contraignant et distinct d'un rapport de fait s'il comporte cinq éléments : un engagement fort et durable, ou à tout le moins sérieux (d'au moins une partie); deux parties qui tendent à être conjointement autonomes (concept d'autonomie relationnelle); un tiers neutre ou impartial (juge, notaire, témoin, etc.); une forme qui peut servir de preuve (par exemple le livret de famille pour le rapport familial, le contrat écrit avec modifications et avenants); et un but (si ce but est illégal le rapport juridique devrait être annulé).

[154] On trouve ces éléments dans la jurisprudence sur l'intention de créer une relation juridique au Royaume-Uni (*intention to create a legal relation*), celle sur les conditions des jugements déclaratifs aux États-Unis, celle qui concerne la relation de courtoisie en Allemagne (condition de sérieux) et celle qui met en œuvre les règles sur la relation commerciale en France. L'article L.442-6-1.5^e du *Code de commerce* vise en effet toutes les relations commerciales, qu'elles soient commerciales contractuelles ou extracontractuelles, précontractuelles ou post-contractuelles, pourvu que la relation commerciale soit établie. Mais, ce texte ne définit pas la notion de relation commerciale établie. C'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui a cerné les contours de cette notion. Une relation commerciale est établie si elle est « suivie, stable et habituelle »²⁰³. Une rupture de la relation commerciale peut être totale – il s'agit dans ce cas d'une cessation pure et simple de la relation d'affaires – ou partielle – par exemple, une réduction significative du courant d'affaires ou une modification du mode de distribution ou des conditions tarifaires. Si une partie devient dépendante économiquement d'une autre, le rapport est en danger et il importe de chercher à diversifier ses relations commerciales.

[155] La théorie relationniste part de la notion de rapport de droit tout en tenant compte de quatre autres notions fondamentales : les actes, les personnes, les normes et les

²⁰³ CA Paris, 5-5, 23 mars 2017, n°15/19284.

prérogatives ou droits subjectifs constituant l'ordre juridique. En logique, le droit se construit à partir de la relation juridique qui précède les autres notions fondamentales. L'évènement initial qui est un acte ou un fait juridique est davantage mélangé de fait et de droit, par exemple la rencontre de volonté pour un contrat. Cet acte initial a des effets contraignants mais implique une relation préexistante. La relation est première dans le raisonnement juridique et les parties peuvent ne pas être des personnes juridiques. Il existe ainsi des actions en justice contre ou pour une société en formation ou liquidée, voire par une tribu. Il existe aussi des collectifs n'ayant pas la personnalité juridique comme l'entreprise mais des effets juridiques (le coemploi par exemple). Dans le *Code civil chinois* de 2020, il existe des organisations non enregistrées. La norme n'est donc pas première en droit car elle-même est créée dans le cadre de rapports de droit, parfois des rapports de droit public, ou des rapports de droit politique au sein d'une assemblée. Ces normes sont recrées au sein des rapports de droit à travers l'interprétation. Le concept de rapport de droit est aujourd'hui universel (ce qui ne veut pas dire qu'il est absolu ou éternel). On le trouve dans de nombreux codes civils (italien, égyptien, cubain, russe, etc.) souvent dans l'article préliminaire. Il importe de le réactualiser pour permettre notamment une meilleure articulation entre raison et émotion. Le rapport de droit est en effet le cadre dans lequel circule des émotions de peur, de colère, de joie, de mépris, etc. Il s'agit donc bien d'une catégorie juridique dans le sens dégagée à partir des sciences cognitives par M. Cumyn et F. Gosselin comportant des éléments factuels (2016).

[156] Si la relation de droit est première en logique, qu'elle précède les sujets de droit comme on l'a vu, elle précède aussi les biens entendus comme droit sur des choses (ainsi l'objet de la vente est le transfert d'un droit sur la chose).

2. L'APPLICATION DE LA THÉORIE RELATIONNISTE AU DROIT DE PROPRIÉTÉ

[157] La difficulté est d'écarter certaines analyses relationnelles du droit des biens pour éviter des confusions tout en en retenant une autre analyse.

2.1 DEUX ANALYSES CONTESTABLES DE LA PROPRIÉTÉ COMME RAPPORT DE DROIT

[158] La question de l'objet du rapport de droit donne lieu à des difficultés dans les cas où cet objet concerne la propriété. Pour certains auteurs, il existe un rapport juridique avec la chose (déjà chez Savigny). Pour Ginossar, il existe une relation d'appartenance entre la chose et le propriétaire (REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*). De même, pour Zenati, le droit de propriété n'est pas un droit réel mais une relation entre une personne et une chose. Selon Larroumet, la propriété est un droit réel mais différent des droits démembres. Je me tiens à une conception traditionnelle : il n'existe pas de rapport de droit entre une personne et une chose, mais un droit réel d'une personne sur une chose. Cela permet de ne pas confondre droit subjectif et rapport de droit.

[159] Le droit de propriété n'est pas un rapport entre une personne et une chose. Un rapport juridique ne peut unir que des personnes et non des choses (Bierling, Hohfeld).

La chose n'existe pas en droit, elle relève du fait. Ce qui relève du droit est le bien en tant que droit sur la chose.

[160] Par ailleurs, le droit de propriété a été décrit (en France depuis Planiol notamment (REBOUL-MAUPIN, *op. cit.*)) comme un rapport juridique dont les sujets sont tout le monde – *erga omnes* – tout le monde est le sujet passif de ce rapport. Si l'un pénètre sans autorisation sur une propriété, on devrait enfreindre cette obligation, alors que l'on cause simplement une infraction. La notion de rapport de droit est totalement diluée avec un sujet passif indifférencié. On confond la force obligatoire d'un rapport avec l'opposabilité du droit aux tiers. Pénétrer sur le terrain d'autrui génère en fait une infraction pénale et non pas la non-exécution d'une obligation vis-à-vis du propriétaire, comme si finalement il fallait que l'État défende la propriété qui ne crée pas en elle-même d'obligation vis-à-vis des tiers. Ce qui me conduit à une proposition simple.

2.2 LE BIEN COMME OBJET DU RAPPORT DE DROIT

[161] Selon Locke, le droit de propriété est lié à la liberté première; cette approche crée des humains isolés car la propriété est alors absolue et exclusive.

[162] Une approche relationnelle du droit des biens consiste, tout d'abord, à mettre en évidence les relations concernant un bien (entre copropriétaires, indivisaires, voisins, fiduciaires/bénéficiaires, locataires et bailleurs, bénéficiaires d'une servitude et propriétaires du sol, l'État et la nation à travers l'intérêt général, etc.) (EMERICH, 2008). De surcroît, cette approche permet de montrer comment le bien objet d'un rapport de droit permet au sujet de s'autonomiser dans ce rapport de droit. C'est en ce sens qu'une atteinte au droit de propriété est une atteinte à la liberté au sens précis de l'autonomie qui naît des rapports. L'homme n'est pas libre *a priori* comme l'affirmait Savigny (à la suite de Kant et Fichte), il est en relation *a priori*. Il est déjà en société et il n'est pas propriétaire de lui-même comme il peut l'être dans une logique libertarienne. Pour autant, il ne dépend pas non plus de l'institution qui est soumise elle-même au droit.

[163] L'idée de relation juridique ou rapport de droit à une chose est employée de manière descriptive et factuelle mais ne semble pas avoir de conséquences dans la jurisprudence, ce serait donc une simple métaphore. Ainsi, le *Code civil* le plus récent, le *Code chinois* n'estime pas qu'il existe des rapports entre des personnes et des choses, mais des rapports entre personnes à l'occasion de l'attribution des biens. Ainsi, l'article 205 précise²⁰⁴ : « Le présent livre régit les rapports de droit civil découlant de l'attribution et de l'utilisation des choses ».

[164] Il importe, par conséquent, de contester trois fausses positions : le droit de propriété comme absolu et exclusif, le rapport juridique entre une personne et une chose et l'exclusion de tous du droit de propriété. Pour cela, je mènerai un raisonnement en trois temps.

204 Dans sa version officielle en anglais : article 205 (Book Two Real Rights; Part One General Provisions, Chapter I General Rules) : « This Book regulates the civil-law relations arising from the attribution and utilization of things ».

2.2.1 LE RAPPORT JURIDIQUE PRÉCÈDE LES SUJETS ET POSSÈDE UN OBJET

[165] Le titulaire des droits s'inscrit dans un réseau de relations juridiques; il n'est pas un titulaire isolé sur son île, il n'est pas séparé des autres. La chose elle-même n'est pas entièrement appropriable. Elle est une construction mentale et affective. Lorsqu'elle fait l'objet d'une relation juridique elle devient, en droit, une propriété, mais une partie de la chose est insaisissable hors du droit. C'est ce que l'on veut dire en disant que l'on ne possède pas un chat mais que l'on vit chez lui. Cependant, juridiquement parlant, nous sommes son propriétaire, nous avons un droit subjectif sur lui en tant que bien, et nous pouvons transférer ce droit au moyen d'une vente.

[166] Tout rapport de droit a un objet qui est la réalisation d'une action ou l'abstention d'une action. Dans la réalisation d'une action, il peut s'agir d'une action concernant un bien en tant que chose juridifiée, notamment un transfert, un prêt, un bail, etc.

[167] En droit romain, le droit de vente immobilière prenait la forme d'un poids de cuivre symbolique sur la balance. Ce rituel valait titre de propriété²⁰⁵. Aujourd'hui, le rapport juridique est entre le vendeur et l'acheteur tandis que le bien est l'objet du rapport de droit. L'objet de l'obligation de l'acheteur est le paiement d'une somme d'argent. La propriété n'est pas un rapport juridique entre une personne et une chose car le droit de propriété n'a pas la chose comme « sujet », mais le droit d'en abuser, de l'utiliser ou d'en obtenir les fruits. Le contrat de vente immobilière vaut titre de propriété, ce qui montre qu'un droit réel sur une chose est l'objet d'un rapport juridique initial (lorsqu'il y en a un) pouvant devenir l'objet d'autres rapports de droit.

2.2.2 LA RELATION JURIDIQUE PRÉCÈDE L'OBJET CO-CONSTRUIT SOUS FORME DE BIENS

[168] Le rapport précède le bien en tant qu'objet co-construit par des sujets qui s'autonomisent dans le rapport. Le bien entre dans la sphère d'une ou plusieurs personnes pour servir de gage, notamment les rendre autonomes dans d'autres rapports. On peut trouver cette idée d'autonomie relationnelle sous une autre forme chez Margareth Radin puisque, selon elle, la propriété participe de l'épanouissement personnel (1988). Mais la relation avec la chose dont elle parle n'est pas juridique, c'est un pur fait. Il y a un droit sur la chose mais pas un rapport avec la chose qui en tant qu'objet du rapport n'a pas d'autonomie.

[169] Par ailleurs, il n'y a de relation juridique que s'il existe une autonomie et une altérité de chacune des parties. Or, en même temps que les parties acquièrent une autonomie dans leurs relations, elles acquièrent un patrimoine qui leur permet d'entrer en relation avec d'autres entités, notamment parce qu'elles disposent alors d'un gage général sur tous ses biens pour garantir les droits personnels. De ce point de vue, le droit de propriété ne peut plus être compris comme un droit absolu sur une chose qui exclut toute autre personne *erga omnes* (approche exclusive et absolutiste). La relation juridique précède les sujets qui se forment progressivement dans ces relations (un nourrisson, une société en formation, un groupe informel, etc.) pour devenir une

205 V. notamment A. MAGDELAIN, « L'acte per aes et libram et l'auctoritas », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3e série, T29, 1981, p. 127.

personne physique ou morale avec un patrimoine constitué d'actifs et de passifs, de droits réels sur des choses, de créances et de dettes.

[170] Le droit de propriété n'est donc pas un droit d'exclure tous les autres *erga omnes*; au contraire, c'est parce qu'il y a d'abord, d'un point de vue logique, une relation qui constitue les sujets et les objets, qu'il y a un droit de propriété.

[171] Si l'identité plurielle d'un individu est l'ensemble de ses identités de sujet dans toutes ses relations (fils de, locataire de, élève de, ressortissant de, etc.), l'ensemble de ses biens (inclus dans le patrimoine) est ce qui reste des relations passées concernant ces biens résultant d'un contrat, d'une succession et qui permet de nouer de nouvelles relations juridiques (grâce au droit de gage général du créancier sur le patrimoine du débiteur). Cela ne remet nullement en cause le droit de propriété mais l'inscrit dans une logique relationnelle. Un bien n'est pas une chose appropriable (selon une définition un peu tautologique) ou utile, mais avant tout l'objet d'une relation de droit. Ce qui est extérieur à la personne lui permet de tendre à l'autonomie dans ses futurs rapports de droit. Cela entre en propre dans sa sphère, le patrimoine, et lui permet de contracter avec d'autres. Cela explique que pour la CEDH une pension est un bien et que l'État ne peut le remettre en cause car cela porterait atteinte à ce qui rend autonome son titulaire²⁰⁶. Avec la jurisprudence de la CEDH, on n'assiste pas seulement à une désubstantiation de la propriété en ce qu'elle n'est pas qu'une prise en compte de tous les intérêts, mais on peut aussi y voir une défense de l'autonomie dans les rapports des individus avec l'État.

[172] Le risque du relationnisme est la désintégration des objets et des sujets en une multitude de relations juridiques. Il convient donc d'avoir une théorie suffisamment solide du sujet qui s'individue dans la relation (SIMONDON, 1989) et de l'objet vu ici comme bien en tant que traduction juridique d'une chose. Ce bien se cristallise, se co-construit dans la relation pour contribuer à l'autonomisation et à l'individuation des parties.

[173] À partir de l'idée selon laquelle la relation est première, on peut dire que le sujet s'en dégage en acquérant une autonomie, et que celle-ci s'acquiert en se distanciant des autres parties par un jeu de créances et de dettes et de droits subjectifs sur des biens. Être propriétaire implique des droits et des devoirs (v. le développement des obligations réelles environnementales), s'inscrit dans un ensemble de relations juridiques privées et publiques (avec la commune et l'État). Surtout l'objet ne préexiste pas à la relation, pas plus que le sujet, il se co-construit entre les parties (une usine, une éducation, un produit, une œuvre collective même incorporelle comme un programme informatique). Quand le bien est imposé en droit de la consommation, c'est un objet standard; mais il y a encore une personnalisation avec la couleur d'une voiture, par exemple. La monnaie aide à séparer les parties, les mettre à distance.

[174] Si l'on veut avoir une approche relationnelle de la propriété, il faut partir de plus loin que les analyses traditionnelles, car l'objet du rapport ne va pas plus de soi que le sujet. Les choses, support des biens, sont interconnectées avec les autres choses et

206 CEDH, 15 juin 1999, n° 4610/97, *Domalewski v. Pologne*, section IV.

avec les sujets. Si on raisonne à partir d'une relation qui se veut avoir des termes interdépendants et autonomes, il n'y a pas de relations avec les choses. La relation juridique est abstraite et ne concerne pas les relations physiques, même invisibles, même techniques.

[175] Avoir seulement la fonctionnalité des choses (par exemple, par le biais de la location²⁰⁷) ne remplace pas toujours l'appropriation, il faut pouvoir se prolonger à travers les objets ou les lieux pour être autonome. En ce sens, la propriété doit rester un droit fondamental et une perspective dans les relations juridiques des citoyens avec l'État. La propriété permet justement de ne pas arriver les mains vides dans la relation. Il y a un besoin de don et d'échange dans les rapports de droit.

[176] L'approche relationniste de la propriété part d'une relation juridique qui précède le sujet et l'objet, permet au sujet de devenir autonome à l'aide de biens qui le mettent à distance des autres dans la relation. Bien sûr, les droits de propriété ne sont pas absolus, mais cette relativité est admise depuis longtemps par la doctrine²⁰⁸.

[177] Le titulaire des droits est inscrit dans un réseau de relations juridiques, il n'est pas un titulaire isolé sur son île, il n'est pas séparé. La chose elle-même n'est pas complètement appropriable; elle est une construction mentale et émotionnelle. Lorsqu'elle est l'objet d'un rapport de droit elle devient un bien juridiquement, mais une partie de la chose est insaisissable, inappropriable hors droit. La propriété dite commune peut être analysée comme plusieurs droits de propriété qui se superposent et comme un ensemble de relations juridiques entre les titulaires de ces droits.

[178] Si ce qui compte est seulement la fonctionnalité de la maison, les propriétaires qui l'ont laissée vacante pourraient être expropriés. Cela semble être une solution radicale qui peut fragiliser le droit de propriété. Les communes peuvent probablement les obliger à louer à condition de leur donner les garanties qu'ils attendent. C'est un droit que l'on peut transférer et que l'on a par transfert. Ensuite le propriétaire a un devoir de conservation de la chose notamment des espaces naturels. On peut certes analyser le droit de propriété comme le fait d'habiter un espace (VANUXEM, 2022), de même qu'un bâtiment est d'abord un espace avant d'être des murs, cependant on risque d'en rester à une métaphore et de ne pas permettre une construction juridique suffisamment solide et complexe pour rendre compte de toutes les situations. En particulier, en matière de propriété intellectuelle, les idées sont en partage et circulent dans les relations. Pour autant, la forme originale que prend cette idée est protégeable dans le cadre de relations avec les spectateurs ou les lecteurs de l'œuvre de l'esprit.

[179] Les biens communs ou les propriétés collectives impliquent des relations entre personne; l'autonomie de chacun provient à la fois des objets de son patrimoine qui permettent de contracter, de mettre en gage, de se responsabiliser, mais aussi de l'autonomie dans les rapports avec les autres propriétaires. Il y a donc en quelque sorte une double autonomie en droit des biens. D'ailleurs le développement des patrimoines

207 P. CRÉTOIS, *La part commune. Critique de la propriété privée*, Paris éd. Amsterdam, 2021; voir aussi sur l'approche fonctionnelle de la propriété J. ROCHFELD, préc.

208 J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX et L. TRANCHANT, *Les Biens, Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 3e éd. 2019, voir l'introduction.

affectés augmente leur caractère relationnel puisqu'ils sont destinés pour certains à une activité professionnelle qui prend nécessairement la forme de contrat. La propriété n'est pas, comme le disait Ginossar, une relation d'appartenance, à côté des rapports de droit entre personnes. On peut avancer que le droit de propriété est relatif dans un sens fort, relatif aux autres. Il est ainsi relatif aux autres dans la jurisprudence sur les troubles du voisinage et sur l'abus de droit de propriété. Plutôt qu'une exclusion des autres *erga omnes* en termes d'inopposabilité, il s'opère une inclusion des autres²⁰⁹ (ce qui pourrait comprendre un droit d'accès et un droit de déambuler dans une forêt privée) dans sa sphère pour paradoxalement gagner en autonomie. Ainsi, ce sont les relations équilibrées en matière de copropriété qui permettent de générer de justes distances entre voisins.

2.2.3 UNE ENTITÉ NATURELLE COMME SUJET DU RAPPORT

[180] Ce qui distingue l'objet du sujet n'est pas la nature de l'entité concernée, mais sa place dans la relation en tant que terme possible, en tant que sujet ou en tant qu'objet. Le droit de propriété n'est pas une relation juridique entre une personne et une chose lorsque cette dernière n'est pas un autre capable de devenir autonome dans la relation en question.

[181] Il n'y a pas de différence de nature entre le sujet et l'objet, mais une différence de position dans le rapport. Le sujet tend à l'autonomie dans le rapport, tandis que l'objet est plutôt l'instrument de l'autonomie et le but du rapport. Ainsi, si l'on admet que le rapport de droit peut précéder ses termes ou ses relatés, cela peut signifier qu'un rapport peut exister lorsqu'une partie n'a pas de personnalité juridique (une tribu, une société, une entreprise, une famille, une nation, etc.). Il existe dans ce cas un rapport juridique dans lequel un terme n'est pas une personne juridique, même si l'on peut techniquement parler de sujet de droit. Dans ces conditions, rien n'empêcherait une chose d'être partie à un rapport de droit. Une entité naturelle peut donc être sujet d'un rapport puisqu'elle tend à l'autonomie, mais peut aussi être l'objet du rapport de droit (exemple : la vente d'un animal).

[182] Puisque les entités naturelles ont leurs propres normes et logiques, elles tendent à l'autonomie. Par conséquent, une relation juridique semble cette fois possible. Le raisonnement est plus difficile avec un fleuve : cependant, on peut dire qu'il a suivi son cours de manière ancienne et indépendante (une montagne change également en permanence mais très lentement), donc le raisonnement pourrait se tenir.

[183] La vente d'un humain n'est pas possible car le corps est indisponible. L'esclavage est ainsi interdit. Toutefois, le transfert d'un élément du corps détachable est possible sous forme de don (sang, cheveux). Il s'agit alors d'un bien, objet d'un rapport de droit. De même, une prothèse est d'abord l'objet d'un rapport juridique; puis elle entre dans la sphère du corps et devient indisponible, comme un prolongement de la personne.

[184] L'approche relationnelle du droit des biens permet de montrer comment l'objet approprié du rapport juridique permet aux parties de devenir autonomes. Porter atteinte au droit de propriété, c'est porter atteinte à la liberté au sens précis de l'autonomie

²⁰⁹ Voir DUSOLIER dans ce dossier.

découlant des relations. L'être humain n'est pas *a priori* libre comme le pensait Savigny. Il est *a priori* dans les relations et déjà en société.

[185] L'idée de relation à une chose est utilisée de manière descriptive et factuelle mais ne semble pas avoir de conséquences en jurisprudence, il s'agirait donc d'une simple métaphore.

[186] Si nous voulons une approche relationnelle de la propriété, nous devons aller au-delà des analyses traditionnelles, car les objets des relations ne sont pas plus évidents que les sujets. Les objets supportant la propriété sont interconnectés avec d'autres; les sujets le sont aussi. Si nous raisonnons à partir de relations qui veulent avoir des termes interdépendants et autonomes, il n'y a pas de relations avec les choses. Les relations juridiques sont abstraites et ne concernent pas les relations physiques, même invisibles, même techniques.

[187] Plutôt qu'un droit de propriété unique, un faisceau de droits peut être considéré comme un ensemble de droits coordonnés formant un tout. Il existe également des théories sur le faisceau d'intérêts aux États-Unis. Cependant, cela semble désintégrer la matière en une multitude d'intérêts et de fonctions. Les nouveaux objets, comme les données personnelles, nécessitent une approche relationnelle car le critère d'exclusivité ne semble pas ici pertinent. Les fiducies de données impliquant des fiduciaires qui ne sont pas des propriétaires semblent être les meilleurs outils juridiques pour faire face à cette nouvelle situation (en particulier, pour respecter la vie privée et, en même temps, les droits de propriété intellectuelle).

[188] En conclusion, je suggère seulement de partir de plus loin que le droit de propriété dans une théorie relationniste du droit qui s'écarte de l'individualisme et du collectivisme sans désintégrer la propriété pour avoir un objet suffisamment solide permettant l'autonomie des individus.

[189] Bien sûr, rien n'empêche de construire le droit des biens à partir des relations juridiques entre les personnes et les choses. C'est théoriquement possible, et le droit est bien sûr une construction (SINTEZ, 2022). Il est essentiel cependant de rendre cohérent l'ensemble, non seulement le droit des biens mais le droit dans sa globalité. Il me semble que qualifier les droits de propriété de rapports entre les choses et les personnes ou entre une personne et toutes les autres personnes qui en sont exclues apporte plus de confusion que de clarté et ne permet pas de construire des rapports avec des entités naturelles distinctes des droits de propriété. On pourrait le faire avec la notion d'obligation, qui est devenue une notion générique (FOREST, 2010 ; VEITCH, 2021 ; AUBRY DE MAROMONT, 2015.), mais elle ne me semble pas si disponible car les obligations sont en quelque sorte limitées à la sphère économique, ce qui n'est pas le cas de la notion de droit de propriété dans les relations.

[190] Au fond, le droit de propriété est un droit subjectif sur une chose, un droit réel, sans pour autant être un rapport de droit entre une personne et une chose ce qui

permet de clairement distinguer droit subjectif et rapport de droit. Le bien se définit en tant qu'objet du rapport de droit et non comme partie et il permet l'autonomie des parties recherchée.

BIBLIOGRAPHIE

G. S. Alexander, E. M. Peñalver, J. W. Singer and L. S. Underkuffler, "A. Statement of Progressive Property", (2009). *Cornell Law Faculty Publications*, n°4. 11. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/11>

Cl. Aubry de Maromont, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*. Thèse Nantes 2015

P. Babie et K. Nikias, "The Renewal of the Old: Lionel Murphy's Progressive Relational Conception of Property", 42 *UNSW Law Journal*, 79/2019

J-L Bergel, S. Cimamonti, J-M et L. Tranchant, *Les Biens, Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 3° éd. 2019, voir l'introduction

F. Cohen, "Dialogue on Private Property", 1954 9/2 *Rutgers Law Review*, p. 357

C. Craig, *Copyright, Communication and Culture: Towards a Relational Theory of Copyright Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011

P. Crétois, *La part commune. Critique de la propriété privé*, Paris éd. Amsterdam, 2021

M. Cumyns et F. Gosselin « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », (2016) 62:2 *Revue de Droit McGill* 329.

H. Dagan, *A Liberal Theory of Property*, Cambridge University Press, 2021

Y. Emerich, "Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystemique de la propriété », *Revue Générale de droit*, 2008, 38(2).

M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, 585.

G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Paris, Bibliothèque des thèses, Dalloz, 2010

E. Jeuland, *Theories of Legal Relations*, E. Elgar, Londres, 2023

R. Leckey, *Contextual Subjects. Family, State and Relational Theory*, 2008, University of Toronto Press

A. Magdelain, « L'acte per aes et libram et l'auctoritas », *Rev. Internationale des droits de l'Antiquité*, 3° série, T29, 1981, p. 127.

P. Noreau, *Le droit une forme de lien social*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2023

M. Radin « The Liberal Conception of Cross Currents in the Jurisprudence of Takings », *Columbia Law Review* 88: 1988.

N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, 9^e éd., 2022, n°177

J. Rochfeld, *Les grands notions du droit privé*, 3^e éd. Thémis, PUF, 2022, p. 370-374

G. Simondon, *L'individuation psychique et collective*, Paris, Aubier, 1989.

J. W Singer, "The Reliance interest in Property", *Stanford Law Review* 1988, 743

C. Sintez, *Le droit construit*, Paris Dalloz, 2022.

S. Veitch, *Obligation. New Trajectories in Law*, Abingdon and New York, Routledge

PROPRIÉTÉS INCLUSIVES

Séverine DUSOLIER²¹⁰

²¹⁰ Professeure à l'École de droit, Science-Po Paris.

[191] Au cœur du dogme propriétaire du droit civil français, réside l'affirmation de Pothier « Propre et commun sont contradictoires » (1871, p. 10).

[192] Ce que Pothier veut dire, et ce qui a été traduit dans l'imaginaire moderne de la propriété, c'est que le moi du propre ne peut s'embarrasser des autres; il est seul et solitaire. Le Moi de la propriété dans sa face interne est le « seulement moi », la relation individuelle entre le sujet et son bien. Mais le Moi est aussi, dans sa face externe, le « moi sans les autres », à l'*exclusion* des autres, qui fonde le droit d'exclure autrui.

[193] Ce sont les deux dimensions de l'exclusivité du droit de propriété, d'une part droit d'exclure, d'autre part droit d'être seul à jouir du bien qui rend la propriété forcément individuelle et individualiste. La propriété exclusive en quelque sorte, c'est être seul en son bien, en son domaine. Le propre n'est pas aux autres et refuse le partage des usages. C'est le triomphe de l'individualisme possessif de la modernité.

[194] Ne peut-on imaginer dès lors des propriétés qui ne seraient pas exclusives, qui seraient dénuées du droit d'exclure ou qui tourneraient le dos à l'individualité pour accueillir autrui et faire propriété commune ? Y aurait-il, dans notre droit, une impossibilité de propriétés non exclusives ? L'enjeu de cette déclaration de Pothier, selon Mikhail Xifaras, « réside tout entier dans les modalités de refus de faire place au concept de propriétés non exclusives : sont-elles de purs néants logiques et sémantiques ? Ont-elles une essence qui serait dépourvue d'existence (la propriété commune comme idéal pensable mais irréalisable) ? Ont-elles une essence incluant l'existence, mais pas de réalité dans le droit positif (la propriété commune pensable, réalisable, mais pas réalisée) ? » (2004, p. 138).

[195] Des régimes de propriété dépourvus d'exclusivité existent toutefois dans nos réalités contemporaines, et ont sans doute tendance à se multiplier et à se réinventer, comme solution nouvelle et non égoïste à la rareté des choses et à leur inégalité distribution, et comme volonté de les régénérer et non de les épuiser. Ces propriétés non exclusives ne sont ni impensables ni irréalisables. Elles se pensent et se réalisent dans les recoins des transitions numériques et écologiques, tout en restant néanmoins assez largement impensées en droit.

[196] Mon projet est de penser ces propriétés non exclusives, cet oxymore selon Pothier, en réconciliant le propre et le commun, en faisant ressurgir le commun au sein des propriétés pour faire mentir l'unicité du modèle de propriété exclusive. Ce court article développe ce projet en déployant un autre récit de la propriété (1.), ensuite en allant visiter les lieux où s'inventent et se pratiquent ces propriétés inclusives (2.) pour enfin en expliquer le régime et la construction, en lien avec d'autres narrations récentes et alternatives de nos relations aux choses (3.).

1. DES PROPRIÉTÉS INCLUSIVES COMME NARRATION RENOUVELÉE DE LA PROPRIÉTÉ

[197] Je proposerais le vocable de propriétés inclusives pour désigner ces situations où plusieurs personnes partagent l'usage d'une ressource sans possibilité d'en exclure

totallement autrui. Plutôt que de parler de propriétés non exclusives, le vocable « inclusif » dénote une approche positive : la communalité d'usage et la non-exclusion n'est pas un manque, un défaut, mais un plein. Ce n'est pas l'absence d'exclusion qui la définit, mais la présence d'inclusion, l'envers de l'exclusivité, caractérisée par 1) l'inclusion d'autrui dans l'usage du bien (« moi et les autres », et 2) l'usage nécessairement commun du bien (« moi avec les autres »). D'ailleurs le « moi » peut d'emblée se transformer en « nous », soit « nous et les autres » et « nous avec les autres ».

[198] Dans ces propriétés inclusives, le propre et le commun s'accommodent : la propriété redevient commune sans que ce ne soit une anomalie ou une exception au principe de propriété individuelle. C'est une déclinaison de la propriété qui peut osciller entre individuelle et commune, exclusive et inclusive. Il ne s'agit pas tant de remplacer la propriété exclusive par une propriété inclusive et commune que de détrôner la première comme modèle unique et monolithique de la pensée juridique des biens, et d'y faire ressurgir le commun. Par ailleurs, les propriétés inclusives sont nécessairement plurielles. Adosser *une* propriété inclusive à la propriété exclusive ne ferait que créer un modèle binaire, alors que le pluriel (« propriétés ») dissout le dogme propriétaire dans des continuums, des degrés d'exclusivité/inclusivité et d'individualité/communalité, axes où se situeraient divers arrangements de droits sur les biens, comme autant de modalités de prérogatives sur les choses, matérielles ou immatérielles.

[199] L'exercice n'est pas que conceptuel et sémantique. Il est narratif et normatif. La notion de propriétés inclusives implique, et c'est une étape fondatrice, de développer une nouvelle narration de la propriété. Car la propriété n'est pas seulement une organisation juridique, mais opère aussi comme une idée et comme une institution qui suit un récit qui se répète.

[200] J'entends ici la narration au sens de *storytelling* de Carol Rose, éminente spécialiste américaine de la propriété. Dans son ouvrage *Property and Persuasion* (1994). Carol Rose porte son attention sur les modes de narration de la propriété et comment ceux-ci expliquent et justifient les éléments de son régime qui ne pourraient pas être uniquement déterminés par des justifications théoriques ou fonctionnelles. Ce récit de la propriété est la manière dont le régime juridique reconstruit un concept après qu'il soit établi en droit, à force de répétition, Walter Benjamin définissant d'ailleurs *le storytelling* comme l'art de répéter les histoires.

[201] On sait comme l'histoire de l'exclusivisme de la propriété a été maintes fois répétée, assénée et réitérée depuis Pothier jusqu'aux manuels contemporains de droit des biens, sans trop d'égards pour ce que la propriété peut être véritablement ou ce que la réalité peut nier de ce conte de la propriété. Ce paradigme d'une propriété nécessairement exclusive et excluante est même confirmé par ses plus farouches opposants. Ainsi Proudhon écrivait : « la notion la plus exacte de la propriété, c'est le domaine absolu, exclusif, autocratique de l'homme sur sa chose » (PROUDHON, 1935 [1840], p. 80). Le récit est donc unanimement partagé par les défenseurs et les détracteurs de la propriété, ce qui en démontre la force persuasive. Le récit est tout autant performatif car il vise à appliquer la propriété autour de ce paradigme de l'exclusivité, que suffocant car il évacue d'autres manières de jouir des choses.

[202] Or, cette « manière de jouir du propriétaire tristement jalouse et solitaire » (VANUXEM, 2018, p. 36) n'est ni essentielle ni réelle. Paolo Grossi écrivait ainsi que la propriété unitaire n'est qu'un accident de la modernité et ce n'est que par l'affirmation du *Code civil* et une construction doctrinale systématique qu'elle s'est substituée aux formes plus anciennes de propriétés simultanées et de jouissance partagée.

[203] Penser une propriété inclusive viserait à remplacer, ou plutôt enrichir et diversifier l'histoire (au sens de *story*, et pas seulement d'*history*) de la propriété fabriquée par la modernité pour soutenir l'individualisme possessif, instrument nécessaire du capitalisme et du libéralisme. Raconter une autre histoire, c'est à la fois dépasser la propriété exclusive comme seul récit, le déconstruire et le défaire, car notre période contemporaine marquée par la rareté des ressources et l'impact écologique de propriétés extractives et égoïstes appelle à des modèles de propriétés moins destructrices des ressources et plus partagées.

[204] Cette histoire renouvelée peut trouver inspiration dans les formes de vie de la propriété, soit les diverses manières dont la propriété se vit en réalité, dont les personnes utilisent les biens, et examiner quels agencements le droit fait de ces formes de jouissance inclusive des biens et quels usages de la propriété sont négligés par le droit ou son récit.

2. LIEUX DE PROPRIÉTÉ INCLUSIVE

[205] Les illustrations de manières plus inclusives de jouir de l'usage d'un bien ne manquent pas. Certains types de propriété sont d'emblée revêches à une dimension strictement exclusive, comme la propriété intellectuelle qui, par nature et par organisation, comprend de multiples usages partagés (2.1). En revanche, la copropriété n'est pas nécessairement inclusive, bien que l'usage du bien soit partagé, mais certains arrangements de propriété collective peuvent être qualifiés de propriétés inclusives (2.2).

2.1 PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

[206] En propriété intellectuelle, l'exclusivisme est forcément imparfait voire impossible car l'immatériel est par essence sujet à des jouissances partagées et le régime de protection des créations, inventions et signes distinctifs mêle nécessairement en son sein le principe d'une réservation exclusive au seul bénéficiaire du titulaire de droit et la préservation de divers espaces d'usage commun.

[207] Les biens immatériels que sont les créations ou inventions se caractérisent par leur absence de rivalité et d'exclusivité. La non-rivalité d'un bien signifie que l'usage d'un bien ne diminue pas en fonction du nombre d'utilisations qui en sont faites. À l'inverse d'un bien matériel, que dix ou cent personnes écoutent ou exploitent une chanson n'en réduit pas la valeur pour chacune de ces utilisations, alors que l'occupation d'un immeuble par trois ou vingt personnes influencera significativement la valeur de celle-ci pour les occupants, de même que manger une pomme seul ou à plusieurs divise la part consommée par chacun, et donc la valeur de la chose par individu. Par non-exclusivité, il faut entendre la difficulté à exclure autrui de l'usage de la

ressource. Tandis qu'il est aisé de préserver l'usage de son bien matériel, immeuble ou pomme, à son seul bénéfice, sous réserve de variations selon le type de biens, l'immatérialité d'une chanson ou tout autre type de création, une fois divulguée dans la sphère publique, rend complexe l'exclusion de tout usage. Les mêmes réflexions s'appliquent à une invention technique : la valeur d'usage d'une solution thérapeutique ou d'un élément technique de la norme wifi ne diminue pas en fonction du nombre de personnes qui l'avalent ou qui en disposent dans leurs équipements électroniques. La même difficulté d'exclusion s'y rencontre, une fois surmonté l'obstacle de l'accès au bien matériel qui incorpore l'invention.

[208] Le premier objectif des droits intellectuels est dès lors de créer une exclusivité sur ces objets immatériels qui en sont naturellement dépourvus. Droit d'auteur, droit des brevets, droit des marques ou autres accordent à leur titulaire le pouvoir juridique d'exclure autrui de l'exploitation de leurs œuvres, inventions ou signes protégés. Indirectement, ces droits revêtent également les objets protégés d'une certaine rivalité économique, l'exploitation réservée au titulaire du droit atténuant en effet la valeur, à tout le moins sur le plan économique, des usages par autrui.

[209] La propriété intellectuelle se substitue ainsi artificiellement à la communalité qui surgit nécessairement des usages partagés des biens immatériels que constituent les créations intellectuelles. Ce sont les droits exclusifs qu'elle accorde qui créent une réservation individuelle et privative, mais qui ne parvient qu'imparfaitement à prendre la place des usages communs.

[210] L'exclusivité qui s'attache aux droits de propriété intellectuelle n'est pas seulement un droit d'exclure autrui de l'exploitation du bien immatériel protégé, mais représente aussi un mode de gestion de cette exploitation. Par son droit exclusif, le titulaire du droit d'auteur ou du brevet organise la circulation de l'œuvre ou de l'invention sur le marché, se réserve des parts de celui-ci ou obtient des rémunérations en autorisant autrui à en exploiter la valeur²¹¹. Hormis quelques cas spécifiques²¹², le bien immatériel a besoin de circuler, d'être partagé et utilisé par de nombreuses personnes, pour que le titulaire du droit puisse en extraire toute la valeur économique. Le droit intellectuel, par l'outil contractuel, réalise cette circulation en autorisant l'usage du bien par autrui.

[211] Cette transformation du droit d'exclure en droit exclusif, caractéristique des droits de propriété intellectuelle, s'apparente au concept d'exclusivité de la propriété développé par certains auteurs étrangers, soit comme outil de gouvernance de la propriété, selon Hanoch Dagan (2013), soit comme position d'autorité du propriétaire, pour Larissa Katz (2008).

[212] Les droits exclusifs dont se parent le droit d'auteur ou le droit des brevets créent certes une propriété exclusive mais de manière factice et limitée à l'ampleur des droits

211 Sur le rôle particulier de l'exclusivité en droit intellectuel, voir S. DUSOLLIER, « Intellectual Property and the Bundle-Of-Rights Metaphor, *Kritika-Essays in Intellectual property* », (2020) 4 *Edward Elgar*.

212 Une marque est par exemple réservée à l'usage exclusif et individuel de son titulaire pour désigner ses seuls produits et services; certains brevets, notamment ceux portant sur des médicaments, ne seront généralement exploités que par la seule société ayant développé l'invention.

qu'elle accorde sur l'œuvre ou l'invention qui ne sont jamais absolus. Ainsi les usages privés ou la simple réception et jouissance de l'œuvre ou de l'invention, sans exploitation ou circulation publique, restent libres. De nombreuses utilisations sont également autorisées par le biais d'exceptions ou de limitations des droits exclusifs, ces exceptions créant des libertés d'utilisation partagées et non-exclusives entre toute personne qui en est bénéficiaire. Si je range les exceptions dans la notion de propriété inclusive, c'est en raison non du retrait du droit exclusif dans le chef du titulaire du droit intellectuel, mais davantage par les privilèges qui en résultent dans le chef des utilisateurs, privilèges qui ne peuvent exclure autrui et coexistent avec les libertés identiques de toute autre personne qui se trouve dans les conditions de l'exception. Le bénéficiaire d'une exception ne peut exclure une autre utilisation identique de l'œuvre et le public se partage à l'identique la liberté d'usage ou d'exploitation de l'œuvre ou de l'invention. Bien entendu, les utilisateurs ne sont pas titulaires d'un droit de propriété sur l'œuvre ce qui les classent plutôt dans un régime de privilèges inclusifs et non de propriété, à moins d'opter pour une vision très extensive de celle-ci.

[213] D'autres hypothèses d'utilisations partagées d'œuvres protégées par le droit d'auteur révèlent au contraire une propriété marquée par l'inclusivité. C'est le cas des licences libres, par lesquelles le titulaire du droit de propriété intellectuelle, généralement un droit d'auteur, a décidé d'exercer son droit exclusif à rebours pour inclure autrui dans l'usage de l'œuvre. Les licences libres créent une double absence d'exclusivité. Dans le chef du titulaire du droit d'auteur ou du brevet en premier lieu, qui se dépouille de l'exclusivité de ses droits au profit d'autrui, imposant en outre toute reconstitution d'une réservation exclusive sur ce qu'il a créé, par l'effet viral des licences appliquées, lorsque les œuvres dérivées ou les améliorations des inventions doivent elles aussi être diffusées sur le même régime permissif de licences (DUSOLLIER, 2007). En second lieu, les « licenciés » de ces licences particulières se voient conférer une liberté d'utilisation inclusive qui, à l'opposé de licences classiques, se caractérise par le pouvoir symétrique que partagent tous les utilisateurs. Aucun ne dispose seul de cette liberté d'utilisation mais en jouit de manière parallèle avec tous les autres utilisateurs de l'œuvre. Cette liberté partagée est en outre indispensable dans la construction d'une œuvre libre au gré des modifications et altérations de l'œuvre (CLÉMENT-FONTAINE, 2014) : tout ajout ou dérivation de l'œuvre est permise en raison de cette licence inclusive mais doit elle-même être liée à la même liberté à défaut de rompre la chaîne des usages partagés et inclusifs. En conséquence, l'œuvre elle-même intègre les termes de la licence qui la régit, de sorte que l'inclusivité créée par le contrat devient une caractéristique *in rem* de l'œuvre (RADIN, 2000).

[214] Les licences libres sont particulièrement déployées dans les hypothèses de création de contenus collaboratifs en ligne, de type Wikipédia, pour encadrer la création incrémentale et plurielle qui nécessite que chaque nouvel intervenant sur l'œuvre dispose du droit de modifier celle-ci. Mais au-delà des droits que ces licences accordent aux contributeurs successifs, le processus même de création collaborative ouverte en ligne crée un droit d'auteur particulier dont l'exclusivité est paralysée (MENDIS, 2019). En effet, lorsqu'une page Wikipédia ou tout type de contenu similaire sont constitués par les apports successifs de centaines de contributeurs, dont tous ne pourront être qualifiés de co-auteurs, à défaut d'une contribution originale au sens du droit d'auteur, le droit d'auteur qui s'y attache, même à imaginer pouvoir en identifier les co-auteurs,

est nécessairement partagé entre un trop grand nombre de co-auteurs pour que chacun ou l'ensemble puisse exercer ses droits exclusifs. En quelque sorte, le droit d'auteur qui les lie est nécessairement en partage, instaurant une communauté de contributeurs quant à la création qui s'engagent en outre à ne pas exclure les nouveaux intervenants. Le processus de création est partagé et inclusif ce qui conduit à un droit d'auteur tout autant inclusif qui ne peut exclure un contributeur ou être exercé de manière exclusive.

[215] Tous ces cas de droit d'auteur créent, par la loi ou l'organisation des personnes qui collaborent à la création, des usages partagés de l'œuvre et une absence d'exclusion d'autrui, ce qui me permet de les qualifier de propriété inclusive. S'ils apparaissent dans les replis des droits exclusifs comme des anomalies ou des applications marginales, ils n'en dessinent pas moins une nouvelle écologie de la propriété littéraire et artistique et se heurtent parfois à sa logique strictement exclusiviste. Par exemple, il est généralement requis que tous les co-auteurs d'une création collaborative s'allient pour pouvoir exercer leurs droits, ce qui répond à la logique exclusive de la propriété. La règle varie selon les lois applicables, mais il est fréquent, et c'est le cas en France, que l'exercice d'un droit d'auteur sur une œuvre de collaboration requière l'accord et l'intervention de tous les co-auteurs, leur action commune étant nécessaire pour constituer le droit exclusif (donc nécessairement unitaire).

[216] Les licences libres sont également construites sur du droit de la propriété exclusive et du contrat et nécessitent que chaque auteur d'une partie de code ou de la création donne son autorisation dans la chaîne de licences, le défaut d'une autorisation valide et explicite fragilisant toute la construction (DUSOLLIER, *op. cit.* pp. 1420-1422). De même l'obsession du modèle de la propriété exclusive rend malaisée la compréhension de situations dans lesquelles des sujets partagent un droit d'utilisation d'œuvres non exclusif comme c'est le cas pour les exceptions ou le domaine public. Ces usages sont dès lors relégués à des tolérances, dérogations toujours subalternes au modèle dominant que doit rester la propriété exclusive, et leur valeur propre n'est pas reconnue (DUSOLLIER, 2022).

2.2 PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

[217] Si les biens immatériels sont par nature plus ouverts au partage et aux usages communs, la propriété tangible n'est pas en reste. En dépit de la rivalité qui caractérise les biens matériels, des organisations de propriété et d'usages communs s'y sont également développées. Certes, la propriété se divise parfois entre divers propriétaires, mais la doctrine voit généralement dans les cas de copropriété des anomalies qui ne sont pas destinées à prospérer (MASSON, 2012), le partage garantissant le retour toujours possible à la propriété exclusive individuelle qui reste la norme, la solidarité de la propriété commune étant toujours « en instance de dissolution » (XIFARAS, *op. cit.*, p. 148). L'indivision est particulièrement anormale dans la doctrine renouvelée de la propriété car elle compromet sa dimension essentielle qu'est l'exclusivité²¹³. Puisque cette doctrine, portée en France par Zénati et Revet, pense la propriété comme une puissance du propriétaire d'assujettir et de dominer les choses, la coexistence de pouvoirs parallèles de co-propriétaires est illusoire.

213 S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, *op. cit.*, p. 34 qui réfère aux positions de Zénati ou Revet en ce sens.

[218] La copropriété ne peut dans certains cas être dissoute car elle est accessoire à des propriétés individuelles qui partagent certaines choses en commun, comme dans le cas de la copropriété forcée et accessoire des immeubles bâtis. La propriété privée individuelle (le propre) s'y adosse à une propriété indivise qui fournit les biens partagés indispensables à l'ensemble (les communs) (CHAIGNEAU, 2017). La logique exclusive explique également les règles qui président à la gouvernance de cette copropriété, les droits dans les processus de vote et les parts dans les charges étant déterminées par la superficie relative des parts, la force de chaque propriété individuelle organisant donc le collectif.

[219] Ainsi l'indivision, que ce soit dans la copropriété classique ou dans celle relative aux immeubles bâtis, n'est-elle qu'une concurrence de propriétés individuelles, dans « un modèle très appauvri de propriété collective » (SALORD, 2007, p.6) qui vise surtout « à aménager cette concurrence » (MASSON, *op. cit.*, p.9) de droits individuels dont l'exclusivité subsiste mais se heurte uniquement aux droits d'autrui qui en limitent les utilités.

[220] Toutefois, certains cas de véritable partage de propriété dans une optique non exclusive existent et échappent à cette appréhension concurrentielle et conflictuelle de la copropriété. L'habitat participatif (MIRALLES BUIL, 2017), dans ses diverses formes, peut être l'occasion d'une réelle propriété collective car il prend sa source dans une volonté collective de coopérer à un projet commun et d'y partager des espaces. Alors que la copropriété des communs dans un immeuble à appartements individuels est accessoire et forcée car elle s'impose aux divers propriétaires d'unités individuelles qui ne peuvent pas s'en défaire, un projet d'habitat collectif et participatif associe volontairement le commun à l'autonomie des espaces individuels. Dans ce type d'habitats, les ménages décident de rassembler leurs lieux de vie dans un projet collectif qui n'est ni accessoire ni forcé, mais central et choisi. Les formes nouvelles d'accession à la propriété dans des projets collectifs visant l'accessibilité du logement, tels les *community land trusts* (LE ROUZIG, 2017) ou les baux réels solidaires en France (CHARDEAUX, 2020), même si les espaces communs y sont moins centraux, peuvent dans une relative mesure être aussi qualifiés d'inclusifs car ils substituent à des droits de propriétés exclusifs et autonomes, un lien indissociable à une communauté d'habitants qui limite par exemple la possibilité de revendre le bien aux conditions normales du marché. Si revente il y a, la plus-value ne peut être captée complètement par le propriétaire mais revient à la communauté et seule une famille répondant aux conditions de revenus requises peut intégrer le lieu collectif.

[221] À l'instar de la propriété intellectuelle, des propriétés individuelles peuvent être ouvertes à des projets collectifs d'usage, transformant celles-ci en propriétés inclusives dédiées au partage et à l'absence d'exclusion. C'est le cas par exemple de jardins collectifs ou d'autres lieux collectifs qui s'organisent autour d'une communauté d'usagers, de la volonté du propriétaire, public ou privé, du lieu.

[222] Ici aussi, le modèle inclusif de propriété ou d'usages partagés n'est pas immédiatement reconnu par le droit qui persiste à y appliquer une logique de propriété exclusive et individuelle. Les habitats participatifs sont par exemple régis en France par la loi ALUR du 24 mars 2014, qui impose la constitution d'une personne morale qui

vient absorber la propriété collective, la communauté d'habitants se voyant réduire à une personne morale unique qui préserve ainsi l'apparence d'une propriété individuelle, mais au détriment d'une originalité juridique qui aurait pu faire émerger d'autres modèles. Cette personnification jugée nécessaire de la propriété collective évite d'octroyer la propriété à la communauté envisagée dans sa pluralité (SALORD, *op. cit.*).

[223] Dans ces organisations alternatives de propriété portant sur l'habitat, les règles de votes qui s'affranchiraient de la répartition des parts calculée en fonction de la superficie des unités individuelles ou la limitation de la revente quant au prix, à la captation de la plus-value ou au libre choix de l'acquéreur, sont précaires sur le plan juridique tant elles heurtent le modèle de la propriété individuelle, exclusive et absolue. À défaut pour le droit de viser spécifiquement ces formes collectives de vie, il est à craindre que le juge applique les règles classiques de la copropriété qui calculent les parts de chacun dans le commun selon sa part de propriété individuelle et reconnaissent le pouvoir de revendre son bien sans égard pour la communauté dont il fait partie.

3. DES PROPRIÉTÉS INCLUSIVES

[224] Ces cas d'usages partagés de biens tangibles ou de créations intellectuelles fournissent d'autres histoires et réalités. Mais leurs difficultés d'appréhension par le droit, dont la grammaire reste de manière prédominante et par défaut exclusive, démontrent qu'il est temps de diversifier notre régime propriétaire et d'y intégrer une propriété inclusive.

[225] Un régime d'usage des biens peut être qualifié d'inclusif à deux conditions : 1) l'absence de pouvoir d'exclure autrui de l'usage du bien, et 2) l'impossibilité d'un exercice individuel de son droit en raison d'un usage commun. C'est une relation aux choses inverse à celle qui préside à notre modèle prépondérant de propriété individuelle et exclusive. Cette notion d'inclusivité rejoint par ailleurs la définition que Yochai Benkler donne des communs soit « la liberté d'opérer dans des conditions symétriques, offerte à un groupe ouvert ou non défini d'utilisateurs » (2014, p. 71), symétrie entre les prérogatives de chacun qu'il oppose à la propriété exclusive qui se caractérise par un pouvoir asymétrique dont bénéficient une ou des personnes déterminées de décider de l'usage et de la disposition de la chose.

[226] L'inclusivité pourrait bien être ce qui caractérise juridiquement les communs, notion non proprement juridique. En effet, tout commun repose sur une organisation des relations aux choses, matérielles ou immatérielles, dont l'usage est commun et partagé au sein d'une communauté inclusive. Selon le type de communs, le pouvoir d'exclusion disparaît ou ne vaut plus qu'à l'égard des tiers à cette communauté. Aucun bénéficiaire d'un « droit » d'utilisation de la ressource ne dispose d'un pouvoir asymétrique à l'égard d'autrui, mais jouit d'une prérogative symétrique à celle des autres usagers ou propriétaires. Ce critère de symétrie des usages permet d'étendre l'inclusivité à des usages de biens non soumis à un régime de propriété ou à une gouvernance organisée par la communauté qui partage cet usage, deux traits qu'on

tend à associer aux communs²¹⁴. Par exemple, le domaine public en droit d'auteur, ensemble de créations sur lesquelles ne subsiste plus de droit d'auteur exclusif, ou les *res communes* tels que l'eau ou l'environnement échappent à la propriété mais restent des ressources non appropriables dont l'usage commun doit être garanti, ce qui instaure des « droits » d'usage partagé de tous, et donc un régime inclusif d'usages non-propriétaires.

[227] Cette réimagination de la propriété dialogue avec deux autres propositions doctrinales : celle de la propriété comme faculté d'habiter et de choses-milieus de Sarah Vanuxem et la qualification de la propriété comme appartenance plutôt que maîtrise de Sarah Keenan.

[228] Dans sa thèse sur la propriété, Sarah Vanuxem suggère de penser les choses non plus comme des corps, mais comme des milieux et les droits comme des facultés d'habiter, les sujets juridiques n'étant que des habitants de la chose et non des maîtres la dominant (2012). Les choses seraient toujours d'usage commun et les droits qui y sont relatifs accorderaient des facultés d'habiter ces choses : « La propriété ne portant pas sur les choses mêmes, mais seulement sur des droits ou places en elles, le propriétaire serait celui à qui un droit, soit une place, se trouve attitrée, attribuée ou réservée. Il serait celui qui bénéficie d'une place dans la chose » (VANUXEM, 2028, p. 67.) Ces choses considérées comme des milieux ne seraient pas « appropriées » par une propriété individuelle, mais accueilleraient en leur sein une communauté qui ne serait plus antinomique de l'idée de propriété et qui se composerait d'« habitants », titulaires de droits ou de titres divers, non dans un rapport de concurrence entre eux, mais en coexistence (*Ibid.*, p. 71-72).

[229] Cette redéfinition de la propriété comme la place dans une chose transforme l'« avoir » en « avoir une place » et inverse le rapport entre propriété et communauté.

[230] Ce qui rejoint les écrits de Sarah Keenan, dans son ouvrage *Subjective Properties*, qui conçoit la propriété comme une appartenance et non plus comme un rapport de domination sur la chose (2015). Elle reprend là une distinction faite par Davina Cooper dans une étude du régime de propriété et de communauté d'une école alternative (2007), entre la propriété comme *owning*, soit la possession et maîtrise d'une chose, et la propriété comme *belonging*, soit l'appartenance à une chose ou à une communauté organisée en lien avec cette chose (KEENAN, *op. cit.*, p.65).

[231] Le bien ne nous appartient plus mais nous lui appartenons, cette réversion grammaticale entraînant une vision relationnelle de la propriété, comme chez Sarah Vanuxem. Cette appartenance doit s'entendre au sens premier comme le fait d'« avoir une part » dans la chose, comme un lien de *membership*. Chez les deux autrices, on passe d'un droit sur la chose à une chose liée à des personnes, d'une approche subjective à une approche objective dans lequel le bien constitue le point de départ des droits, et partant des obligations. C'est également une approche relationnelle de la

214 B. CORIAT, « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », dans *Le retour des communs*, Des liens qui libèrent, 2015, p.30. À ce titre, Benjamin Coriat refuse d'intégrer les choses communes ou en libre accès dans la notion de communs. En revanche Yochai Benkler considère que les biens en libre accès ne faisant pas l'obligation d'une propriété doivent aussi être qualifiés de communs. Voir Y. BENKLER, *op. cit.*

propriété (*Ibid.* p. 73). Le propriétaire n'est plus le sujet qui domine l'objet, mais fait partie d'un tout constitué par la chose et la communauté d'habitants ou des sujets qui en sont membres²¹⁵. Le propriétaire-sujet est intégré (*embedded*) dans un réseau de relations, ce qui « décentre ou renverse sa domination sur la chose » (COOPER, *op. cit.*, p. 636). Cette intégration n'est pas pour autant figée, mais reste dynamique et suit les processus et structures sociales qui sous-tendent ces réseaux et appartenances (KEENAN, *op. cit.*, p.72).

[232] Si l'exclusion reste possible, elle est moins une extension du sujet, caractéristique de la propriété moderne envisagée comme un mode d'autonomie du sujet et une traduction externe de l'individualisme possessif, qu'une relation entre les sujets (*Ibid.* p. 70). À ce titre, la propriété est plus une pratique (COOPER), une performance comme l'écrit Nicholas Blomley (2013). Cette dimension performative et relationnelle de la propriété s'éloigne de la *commodification* de l'objet de la propriété et de sa visée extractive. Si le bien n'est plus l'objet dominé de la propriété mais le lieu que l'on habite, auquel on appartient avec d'autres, il faut donc en prendre soin et ne pas juste l'exploiter ou l'épuiser. C'est nécessairement une perspective écologique de la propriété (MATTEI & CAPRA, 2015), où la durabilité et la générativité des choses importent. L'octroi de droits bioculturels, voire de personnalité juridique, à la nature²¹⁶ est une autre manière, hors du cadre strict de la propriété, d'inscrire la communauté dans les milieux qu'elle habite, et de faire du rapport aux choses, aux milieux et à la nature, non un lien de domination, mais une relation, une obligation, un soin.

[233] Mais au-delà d'un renouvellement de la narration et du récit de la propriété, du dépassement de l'individualisme possessif moderne dont il est temps de se défaire, quelles conséquences concrètes une telle propriété inclusive peut-elle comporter ?

[234] Les situations de liens inclusifs aux choses, qu'elles soient créées par la loi ou par des organisations contractuelles, se verraient reconnaître véritablement par le droit, non comme une situation subalterne à la propriété exclusive, mais comme un modèle de propriété qui produit des effets autres que l'individualité et le droit d'exclure. Par exemple, les organisations d'habitations inclusives dans lesquelles le commun justifie la propriété collective autour d'habitations individuelles pourront déroger aux règles strictes du droit de la copropriété, toujours marqué par l'importance relative des lots, pour tenir compte du projet participatif et inclusif. Les règles et limitations particulières de revente qui organisent la perception de la plus-value réalisée et l'indispensable inscription de l'acquéreur dans la communauté d'habitants et le projet commun seront validées et justifiées par la vision d'une propriété comme appartenant à ce projet collectif et non comme acquisition d'un bien dont on aurait la maîtrise comme sujet isolé de son environnement.

215 KEENAN distingue deux types de relations qui peuvent être constitutives de la propriété et s'entrecroisent : « part-whole » et « subject-object » (pp.12-13).

216 Sur ces droits de la nature, voir l'article séminal de Christopher STONE, « Should Trees Have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects », (1972) 45 *Southern California Law Review*, 450-501; mais aussi la notion de droits bioculturels développée par Sanjay Kabir BAVIKATTE, *Stewarding the Earth - Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, Oxford University Press, 2014; Pierre BRUNET, « Les droits bioculturels, fondement d'une relation responsable des humains envers la nature ? », dans *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière?*, C. VIAL (dir.), Mare et Martin, 2021. Ces conceptions doctrinales, mais surtout leur concrétisation par des institutions judiciaires ou des législateurs en Amérique latine, Inde ou Nouvelle Zélande, participent à une même ré-imagination juridique qui conteste une approche dominante du sujet sur l'objet, et précisément la nature et une vision extractiviste de la propriété.

[235] En droit d'auteur, une substitution d'une approche relationnelle et inclusive à l'approche exclusiviste organiserait les multiples usages de la création au sein d'un écosystème culturel, faisant de la création le lieu où les droits de l'auteur et les usages des œuvres par les utilisateurs cohabiteraient, non de manière égale, mais de manière symétrique (DUSOLLIER, 2022).

[236] Plus particulièrement, les œuvres collaboratives aux auteurs multiples emporteront avec elles cette communauté d'auteurs et de contributeurs sans devoir nécessairement composer avec une addition de liens d'autorat individuels et exclusifs qui finissent par se paralyser en raison de cette multiplicité. Pareillement, l'œuvre libre sera celle où habitent auteurs et utilisateurs qui ont fait le choix d'un tel exercice inclusif du droit d'auteur, sans qu'il faille recourir à une construction contractuelle complexe et fragile où chaque partie de l'œuvre commune doit être dûment autorisée et partagée par son auteur unique et exclusif. Hors de la propriété²¹⁷, le domaine public en droit d'auteur, situation de droit où des libertés d'utilisation de l'œuvre, dont bénéficie tout membre d'un public indéfini, viennent se substituer au lien individuel et exclusif de l'auteur, se verrait reconnu comme un régime de privilèges d'utilisations parallèles dépourvu de toute exclusivité, mais non de valeur juridique, ce qui permettrait de résister à des réappropriations ou revendications exclusives sur des éléments du domaine public (DUSOLLIER, 2015).

[237] Détrôner le modèle exclusiviste de la propriété, c'est aussi donner aux juges les outils d'interprétation d'autres organisations de jouissance des ressources, afin de leur donner une force normative.

[238] On s'illusionne en pensant que tous les régimes de propriété se rattachent à l'article 544 du *Code civil* qui serait le seul moule et l'horizon ultime de nos rapports aux choses. Cette propriété exclusive est surtout une technique de fabrication des rapports et d'exploitation des ressources, historiquement et socialement située. D'autres constructions et expérimentations fleurissent aujourd'hui et poursuivent des objectifs de partage, de vivre en commun et de réduction de nos empreintes extractives et consomptives des ressources. Un modèle pluraliste de propriété pourrait embrasser ces divers usages, pratiques et relations aux biens, en s'affranchissant du paradigme d'individualisme possessif et exclusif pour accueillir de nouvelles formes de propriétés inclusives et leur donner force normative. De telles propriétés repensées doivent être dénichées dans les interstices du droit, ces interstices dans lesquels, pour suivre Serge Gutwirth, on a « inséré des pieds de biche juridiques [pour] pousser, ouvrir, faire évoluer, oui "tordre" 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 » (2022, p. 592). Pour que les formes de propriété que le droit reconnaît et auxquelles il donne force soient multiples et plastiques, pour répondre aux besoins contemporains de préservation et de partage des ressources.

217 Le domaine public reste une situation de droits ou de liens juridiques à un bien, ce qui justifie que dans une option de pluralisme des modèles « propriétaires » on puisse l'inclure dans la réorganisation des modèles de relations aux choses.

BIBLIOGRAPHIE

BENKLER Y., « Between Spanish Huertas and the Open Road : A Tale of Two Commons ? », in B. Frischmann, M. Madison & K. Strandburg (eds.), *Governing the Knowledge Commons*, Oxford University Press, 2014.

BLOMLEY N., «Performing Property: Making the World», 2013 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, V26, p. 23-48.

BRUNET P., « Les droits bioculturels, fondement d'une relation responsable des humains envers la Nature ? ». in C. Vial (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière?*, Mare et Martin, 2021.

CHAIGNEAU A., « Copropriété », in M. Cornu, F. Orsi & J. Rochfeld (eds.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017, p. 317.

CHARDEAUX M.A., « Repenser la propriété pour promouvoir la solidarité -À propos du bail réel solidaire », 2020, *Délibérée*, V2, p. 38-42.

CLEMENT-FONTAINE M., *L'oeuvre libre*, Bruxelles, Larcier, 2014.

COOPER D., « Opening up Ownership: Community Belonging, Belongings, and the Productive Life of Property », 2007, *Law & Social Inquiry*, V 32, p.625-664.

CORIAT B., « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », in *Le retour des communs*, Paris, Des liens qui libèrent, 2015.

DAGAN H., « Inside Property », 2013, *U. Toronto L. Rev.*, V63, p.1-21.

DUSOLLIER S., « Intellectual property and the bundle-of-rights metaphor », *Kritika-Essays in Intellectual property*, Vol. 4, Edward Elgar, 2020.

DUSOLLIER S., « Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering », 2007 *Chicago-Kent Law Review*, V82, p. 1391-1435.

DUSOLLIER S., « Unlimiting Limitations in Intellectual Property”, in G. Ghidini & V. Falce (eds.), *Reforming Intellectual Property*, Edward Elgar, 2022, p. 64-76.

KABIR BAVIKATTE S., *Stewarding the Earth - Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, Oxford University Press, 2014

KATZ L., « Exclusion and Exclusivity in Property Law », 2008, *U. Toronto L.J.*, V58, p.275-315.

KEENAN S., *Subversive Property - Law and the production of spaces of belonging*, Routledge, 2015.

LE ROUZIG V., « Community Land Trust », in M. Cornu, F. Orsi & J. Rochfeld (eds.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 263.

MASSON F., *La propriété commune*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2016.

MATTEI U. et CAPRA F., *The Ecology of Law - Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, Inc., 2015.

MENDIS S., « Public open collaborative creation (POCC): A new archetype of authorship? », 2019 *The Journal of World Intellectual Property Law*, p.59-75.

MIRALLES BUIL D., « Habitat participatif », in M. Cornu, F. Orsi & J. Rochfeld (eds.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017, p.611.

POTHIER R. J., *Traité du droit de domaine de propriété. Œuvres de Pothier*, t. X, Paris, Ed. M. Siffrein, 1821.

PROUDHON P. J. , *Deuxième mémoire sur la propriété*, in *Oeuvres complètes*, Paris, Rivière, 1935 (1840), t. XI.

RADIN M. J., « Human, Computers, and Binding Commitment, » 2000, *Indiana Law Journal*, V75, p.1125-1162.

ROSE C., *Property and Persuasion - Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*, Westview Press, 1994.

SALORD G., *La propriété collective des oeuvres - contribution du modèle du droit d'auteur au droit commun*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007.

STONE C., « Should Trees Have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects », 1972 *Southern California Law Review*, V45, p.450-501

VANUXEM S., *La propriété de la terre*, Paris, Wildproject, 2018.

VANUXEM S., *Les choses saisies par la propriété*, Paris, IRJS Editions, 2012.

XIFARAS M., *La propriété – Etude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.