

Communité
Communs
Alternative
Gouvernance
Droit
Information
Communité
Individus
Gouvernance
Libre
THÉORIE
Ressource
USAGE
Propriété
Communité DURABLE

Biens
USAGE
Propriété

THÉORIE
Communité
Information

Biens
USAGE
Information

Information
Ressource

Gouvernance

Communité
Libre

DURABLE
Propriété

Information
Biens
Gouvernance
Communs

Droit
Libre
Communs

Gouvernance
THÉORIE
Individus

Individus
DURABLE

THÉORIE
Ressource

Droit
Gouvernance
Droit

Droit
Biens
DURABLE
Libre

Alternative
Ressource

Alternative
Individus

USAGE
Ressource

Alternative
THÉORIE
Information

USAGE
Ressource
Gouvernance

Nantes Université
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

**Le droit des biens à l'épreuve
de la théorie des communs**

Mémoire de Master II Droit Privé Général

par
Paul PASQUES

sous la direction de
Monsieur Renaud COLSON

Maître de Conférence à la Faculté de Droit de Nantes

Année Universitaire 2021 - 2022

Biens
Individus

THÉORIE
THÉORIE
Communs
Propriété
USAGE

Biens
Communité

Individus
Alternative
Gouvernance

Droit
Libre
Droit

DURABLE
THÉORIE
Gouvernance

USAGE
Propriété
Propriété

Libre
Ressource
Alternative

Propriété
USAGE

Alternative
DURABLE
DURABLE

Alternative
Information
Ressource
Gouvernance

Communité
Ressource
Communs
Propriété
DURABLE
DURABLE

Alternative
Information
THÉORIE

USAGE
Ressource
Gouvernance

Remerciements

Je tiens avant toute chose à remercier mon directeur de mémoire, Monsieur Renaud Colson. Sa disponibilité et ses conseils avisés m'ont été très précieux, tant lors des recherches que lors de la rédaction de ce mémoire. Ses retours auront toujours été bienveillants sans pour autant tomber dans la complaisance.

La liberté qu'il m'a laissée pour rédiger ce mémoire aura été la cerise sur le gâteau de ces cinq années d'études supérieures.

Je suis également reconnaissant envers Monsieur Philippe Briand, directeur du Master II Droit Privé Général. L'honnêteté intellectuelle dont il a fait preuve à notre égard au cours des séminaires de méthodologie m'a éclairé sur ce qui était réellement attendu de nous.

Je suis également heureux d'avoir bénéficié d'un environnement de travail sain, grâce à une promotion qui aura su bien vivre, tout au long de l'année.

Enfin je remercie ma famille d'avoir supporté mes élucubrations pendant de long mois tout en acceptant, malgré tout, de relire ce travail.

Sommaire

Sommaire.....	II
Liste des abréviations.....	III
Introduction.....	1

PREMIÈRE PARTIE - LA PROPRIÉTÉ FRANÇAISE FACE À LA THÉORIE DES COMMUNS

Chapitre 1 - La nature du droit de propriété

Section 1 - Une théorie des Communs fondée sur un faisceau de droit.....	11
Section 2 - La propriété française face au bundle of rights.....	16

Chapitre 2 - La titularité du droit de propriété

Section 1 - Le paradigme d'une titularité unique de la propriété.....	25
Section 2 - L'impensé d'une cotitularité du droit de propriété.....	31

DEUXIÈME PARTIE : L'APPRÉHENSION DES COMMUNS PAR LE DROIT DES BIENS

Chapitre 1 - La mise en place des Communs

Section 1 - Le régime des Communs.....	38
Section 2 - Les obstacles inhérents aux régimes d'indivision.....	45

Chapitre 2 - L'efficacité des Communs

Section 1 - La constitution d'engagements crédibles.....	53
Section 2 - Une surveillance mutuelle effective.....	61

Conclusion.....	66
Bibliographie.....	67
Index alphabétique.....	74
Table des matières.....	76

Liste des abréviations

AJDI	<i>L'actualité juridique : droit immobilier</i>
AJ. Fam.	<i>L'actualité juridique : Famille</i>
al.	<i>alinéa</i>
art.	<i>article</i>
C.civ.	<i>Code Civil</i>
CPI	<i>Code de la Propriété Intellectuelle</i>
Contra.	<i>Opinion contraire</i>
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	<i>sous la direction de</i>
DP.	<i>Recueil périodique et critique mensuel Dalloz</i>
éd.	<i>édition</i>
égal.	<i>également</i>
ibid.	<i>Ibidem.</i>
IEP	<i>Institut d'études politiques</i>
JCP	<i>La Semaine Juridique, édition générale</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
MIT	<i>Massachusetts Institute of Technology</i>
n°	<i>numéro</i>
not.	<i>notamment</i>
NVP	<i>Notaires vie professionnelle</i>
obs.	<i>observations</i>
op. cit.	<i>Opere citato</i>
p.	<i>page</i>

préf.	<i>préface</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
trad.	<i>traduction</i>
UCLA	<i>University of California, Los Angeles</i>
v.	<i>voir</i>
vol.	<i>volume</i>

Introduction

1. Lors de son discours au Forum Economique de Davos de 2018, le Président de la République Française déclarait : « *On a des biens communs et ces biens communs sont mondiaux aujourd'hui : c'est le développement économique durable, l'environnement, la santé, l'éducation, la sécurité et la cohésion sociale, les droits de l'homme et ces bien communs on ne peut jamais décider d'y renoncer. Et on doit, dans nos stratégies et nos approches, réussir à les articuler [...] pour recréer parfois de la régulation sur ces biens communs de manière coopérative* ». ¹

2. Le Président appelait alors de ses vœux les prémices d'une régulation mondiale portant sur ce qu'il qualifie de « *biens communs mondiaux* ». Face à cette invitation, il est intéressant de noter qu'en droit français, la notion de bien commun recouvre une tout autre réalité : les biens communs sont les biens composant l'actif de la communauté entre époux. ² Or, ce que le Président désigne comme « *biens communs* » sont des choses immatérielles dont les bienfaits sont partagés entre les individus, que le droit français appréhenderait davantage à travers la notion de choses communes. Les choses communes sont « *des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* » ³. Si les choses communes sont traditionnellement des choses naturelles comme l'air, l'eau de la mer ou les eaux courantes, certains auteurs considèrent que des choses immatérielles telles que des informations peuvent aussi appartenir à cette catégorie. ⁴

3. La régulation de ces « *biens communs* » apparaît dès lors comme l'apanage du droit public : ce ne sont pas des biens mais des choses qui ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation privée. Ces choses communes échappent donc au droit des biens entendu strictement, les biens étant des choses susceptibles d'appropriation. Confronter le droit des biens à la théorie des communs semble dès lors dépourvu de sens : si l'on considère les communs comme des choses communes, les deux domaines s'excluent mutuellement. Cela reviendrait à tenter d'assujettir à l'appropriation des choses inappropriables.

¹ Transcription du discours du Président de la République au Forum Economique Mondial de Davos, Suisse, Mercredi 24 Janvier 2018, consulté le 28/04/2022 sur : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/01/24/discours-du-president-de-la-republique-au-forum-economique-mondial-a-davos>

² G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 14ème éd., PUF, 2022, entrée *Biens Communs*, p.128.

³ C.civ., art. 714.

⁴ F.Terré, Ph. Simler, *Droit Civil : les biens*, 10ème éd., Dalloz, 2018, n°7, p.10.

4. Cependant, comme nous l'avons déjà esquissé, la notion de bien commun est frappée de polysémie. En effet, si les biens communs envisagés par le Président n'existent pas en tant que tels en droit français, la notion de bien commun est très développée en économie, à tel point que plusieurs théories économiques des communs ont émergé au cours du XXe siècle. En économie, les biens communs sont traditionnellement définis comme des biens non-exclusifs et rivaux⁵. Ils sont non-exclusifs, c'est à dire qu'il n'est pas possible d'exclure des individus de leur usage ou de leur consommation, car cette exclusion est impossible ou trop coûteuse. Ils sont aussi rivaux dans la mesure où l'utilisation du bien par un individu empêche ou réduit les utilisations possibles du bien par les autres individus⁶.

5. Dans un célèbre article intitulé « *The Tragedy of the Commons* » publié en 1968, Garrett Hardin fonde une première théorie des communs⁷. En prenant pour exemple un pâturage communal exploité par les agriculteurs d'un village, il démontre que l'exploitation collective d'un bien ne peut être que sous-optimale. Chaque agriculteur est incité à maximiser le nombre de bêtes qu'il envoie paître puisque le bénéfice qui en est tiré est individuel, alors que le coût est collectif, puisque réparti entre tous les exploitants du champ. Ainsi, le pâturage va accueillir un nombre de bêtes supérieur à ce qu'il est capable de supporter. La surexploitation du pâturage conduit à une réduction du bénéfice de chaque éleveur par rapport à ce qu'il aurait pu obtenir s'il avait limité son nombre de bêtes. Face à cette sous-optimalité inévitable, deux solutions sont possibles : l'exploitation du bien commun par l'État ou sa division en une multitude de propriétés privées. Cette théorie des communs a pu être mobilisée en matière de politiques publiques, en étant généralisée à outrance,⁸ pour soumettre certains biens spécifiques à l'État ou les faire entrer dans le marché. Jusqu'à une époque récente, elle tend à discréditer l'exploitation collective de biens.

6. En contrepoint de cette première théorie des communs, une seconde, plus récente, est apparue. Dans son ouvrage « *Governing the Commons : The Evolutions of Collective Action* » publié en 1990,⁹ Elinor Ostrom montre que, contrairement à la thèse de Hardin, des biens communs peuvent être exploités

⁵ A. Silem, A. Gentier, J-M. Albertini, W. Aidi, L. Azouaou, C. Bastidon-Gilles, *Lexique d'Économie*, 14ème éd., Dalloz, 2016, entrée *Bien économique*, p.106.

⁶ Le concept de bien commun sera utilisé dans son sens économique dans l'ensemble des développements ultérieurs.

⁷ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, Science, vol. 162, no. 3859, 1968, p. 1243-1248.

⁸ E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010, p.20-21.

⁹ *Op. cit.*

collectivement sans que cet usage n'aboutisse à la surexploitation du bien. Ostrom prend en exemple des structures particulières ayant réussi à se défaire de la tragédie des communs et cherche à déterminer les raisons de ces succès. Elle constate que le modèle proposé par Hardin ne prend pas en compte les échanges potentiels entre les « *appropriateurs* »¹⁰ du bien, échanges permettant de construire une gouvernance du bien et de transformer des stratégies individuelles non-coopératives en stratégies collectives coopératives.

7. Ostrom met aussi en exergue l'incapacité de l'État et de la propriété privée à résoudre certains problèmes dans le cadre des biens communs. Pour elle, les autorités étatiques ne peuvent être toujours bien informées de la situation du bien, au point que dans certaines situations aucune sanction ne peut être prise à l'encontre de comportements non-coopératifs¹¹. De même, l'appropriation privée de ces biens est parfois coûteuse voire impossible en raison de l'impossibilité d'exclure les tiers de l'usage du bien. Le marché ne peut alors pas appréhender ces biens. La propriété commune est alors le seul moyen d'exploiter efficacement ces biens communs.

Néanmoins, les situations étudiées par Ostrom sont très restreintes. Elle se concentre sur ce qu'elle qualifie de « *common pool resource* » : des biens communs, naturels ou construits par l'homme, caractérisés par l'existence d'un stock de ressources se régénérant au fil du temps. Seule une faible quantité de la ressource peut donc être extraite à un instant T sous peine de menacer sa pérennité.¹² Il peut s'agir de pêcheries, de réseaux de canaux d'irrigation, de nappes phréatiques. Les *common pool resource* étudiées sont de taille réduite : elles sont situées sur un seul pays, ne concernent pas plus de 15.000 appropriateurs qui sont tous économiquement dépendants de la ressource. Ils ont donc intérêt à s'investir dans une gouvernance de long terme de la ressource.

8. Elinor Ostrom ouvre ainsi une troisième voie pour appréhender les biens communs, entre la propriété privée et l'État : celle du Commun¹³. Ce Commun n'est pas un simple bien commun mais davantage un mode d'exploitation du bien, une structure sociale. Un Commun est alors la réunion de trois éléments :

¹⁰ Ostrom utilise le terme d' « *appropriators* », qui renvoie aux usagers de la ressource.

¹¹ *Op. cit.* p.24.

¹² B. Coriat, « Common Pool Resource (approche économique) », in M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld, Y. Bosc, B. Coriat, S. Dussolier, P-A. Mangolte, O. Weinstein, J-B. Zimmermann, T. Bambridge, *Dictionnaire des biens communs*, 2ème éd., 2021, p. 201.

¹³ Le terme utilisé par Elinor Ostrom est celui de *common*, au singulier ou au pluriel. Pour faciliter la compréhension du lecteur et éviter un recours systématique aux anglicismes, nous ne parlerons que de Communs.

une ressource, une communauté d'appropriateurs et une structure de gouvernance¹⁴. Benjamin Coriat définit ainsi le Commun comme « une ressource en accès partagé gouvernée par des règles émanant largement de la communauté des usagers elle-même et visant à garantir, à travers le temps, l'intégrité et la qualité de la ressource ».

Cette ressource était, dans les premiers travaux d'Ostrom, une *common pool resource*. Cependant, un Commun peut être constitué autour de n'importe quel type de ressource dès lors que les deux autres éléments sont présents. Le Commun est alors un mode alternatif d'exploitation des biens, englobant d'autres concepts comme celui de tiers-lieux¹⁵. Ainsi, les travaux d'Ostrom tendent à découvrir les principes d'un autre mode d'appréhension des biens, à mi-chemin entre propriété privée et propriété publique.

9. De cette seconde théorie des Communs, toujours pertinente sur le plan économique – Elinor Ostrom a reçu le Prix Nobel d'Économie en 2009 pour ses travaux sur les Communs – découle un large mouvement pluridisciplinaire de résurgence des Communs. Des auteurs cherchent ainsi à penser les Communs dans de multiples domaines, plus ou moins proches des travaux d'Ostrom. Certains auteurs portent un projet éminemment politique, comme Pierre Dardot et Christian Laval qui prônent un « faire commun » en réponse à une société capitaliste destructrice.¹⁶ Serge Gutwirth et Isabelle Stengers se situent dans une approche similaire et appellent à une protection juridique du Commun pour lui-même, à travers un droit au « *commoning* », face à l'inefficacité du marché¹⁷. Le Commun tend ici à devenir un principe politique permettant un gouvernement démocratique¹⁸ et une plus grande participation des individus dans la gestion d'une grande diversité de ressources.

10. Dans une démarche plus proche de celle d'Ostrom, centrée sur la ressource partagée, plusieurs courants tendent à se dégager. D'abord, un courant se préoccupant davantage de la protection de biens communs fonciers, proches de ceux étudiés par Ostrom. En mobilisant des outils de droit privé et

¹⁴ B. Coriat, « Communs (approche économique) », in *op. cit.*, p. 267.

¹⁵ Les tiers-lieux sont définis par le dictionnaire des biens communs comme « *des espaces partagés conçus comme partagés par des personnes louant, selon différentes modalités, une "place" pour y travailler "seul/ensemble"* ». Il peut s'agir d'espaces de coworking, de créations artistiques ou de lieux d'initiatives solidaires. - C. Mahieu, « Tiers-lieux (incubateurs en communs) », in *op. cit.*, p.1160.

¹⁶ P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte, 2015, 7.

¹⁷ S. Gutwirth, I. Stengers, *Théorie du droit. Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons*, Revue juridique de l'environnement, 2016/2, p.306, 54 et s.

¹⁸ M. Cornu, *Les Communs et les juristes*, intervention réalisée le 2 décembre 2021 à l'Université de Nantes, dans le cadre du Séminaire Général Droit et Changement Social.

de droit public, l'objectif est alors de construire une communauté d'utilisateurs autour d'une ressource foncière commune, pour en faire ressortir la fonction sociale. Ce courant peut être illustré à travers l'initiative de la Commission Rodotà en Italie : celle-ci visait à faire émerger une nouvelle catégorie de biens, échappant tant au droit privé qu'au droit public : les *bene communi*¹⁹. Elle proposait la création d'un régime juridique *sui generis* pour placer ces biens hors d'atteinte du marché et de la dédomanialisation, afin d'en préserver l'utilisation commune²⁰. Dans cette optique, les usagers du *bene comune* auraient été amenés à participer aux choix fondamentaux le concernant.

Dans ce cadre, les biens communs étaient rapprochés des droits fondamentaux puisqu'ils étaient définis par la commission comme « *des choses qui expriment des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux mais aussi pour le libre développement de la personne humaine* ». ²¹ Néanmoins, si les travaux de la commission Rodotà ont donné lieu à un projet de loi, celui-ci n'a pas encore fait l'objet d'une discussion parlementaire.

11. Un autre courant tend à aborder d'autres ressources à travers la notion de Communs "informationnels" ou "intellectuels". La ressource faisant l'objet du Commun est alors immatérielle : une œuvre d'art, des connaissances scientifiques, des informations²². Puisqu'elle est immatérielle, cette ressource n'est plus, en termes économiques, un bien commun mais un bien collectif²³ : la ressource reste non-exclusive mais devient non-rivale. L'exploitation d'une information par un individu n'empêche pas les autres de l'exploiter. Cette différence dans la nature de la ressource engendre des différences dans la manière de penser le Commun, mais aussi dans les objectifs de ces travaux. L'idée est encore d'organiser la gouvernance de la ressource, mais cette fois-ci de manière à combattre l'exclusivité du rapport d'appropriation touchant les choses immatérielles, de manière à rendre l'information commune à tous. Ce mouvement des Communs de la connaissance peut être illustré par plusieurs expériences, comme les logiciels libres ou le mécanisme du copyleft²⁴. Il a été

¹⁹ F. Lafaille, *In memoriam*, Revue française de droit constitutionnel, 2018/1, p.245, 3.

²⁰ A. Lucarelli, J. Mercier, T. Perroud, *Biens communs. Contribution à une théorie juridique*, Droit et Société, 2018/1, p.141, 6.

²¹ *Op. cit.*, 2.

²² B. Coriat, *Propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements*, in *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), Les liens qui libèrent, 2015, p.13.

²³ En économie, un bien collectif est un bien non-exclusif et non-rival.

²⁴ Le copyleft est une utilisation du copyright par laquelle l'auteur du logiciel rend celui-ci ouvert à tous, à la condition que toutes les utilisations postérieures qui seront faites de ce logiciel soient elles aussi ouvertes à tous dans les mêmes conditions.

V. S. Broca, « Copyleft » in M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld, Y. Bosc, B. Coriat, S. Dussolier, P-A. Mangolte, O. Weinstein, J-B. Zimmermann, T. Bambridge, *Dictionnaire des biens communs*, 2ème éd., 2021, p.320.

initié par les travaux d'Ostrom sur les *knowledges commons*²⁵ et poursuivis par une multitude de réflexions autour de la propriété intellectuelle et de sa pertinence, comme le projet de recherche ANR Propice (Propriété intellectuelle, Communs et Exclusivité) dirigé par Benjamin Coriat²⁶.

12. Enfin, une approche plus abstraite des biens communs vise des ressources indéfinies, à travers des notions comme le patrimoine culturel de l'humanité, les biens communs mondiaux ou les biens publics mondiaux évoqués par le Président. Il peut être illustré par une proposition de loi constitutionnelle déposée par la sénatrice Nicole Bonnefoy en 2020, visant à intégrer les biens communs dans la Constitution²⁷. Cette proposition visait notamment à inscrire dans l'article premier de la Constitution que la France « *garantit la préservation de l'environnement, de la biodiversité, du climat, de l'eau, de la santé, des communs informationnels et de la connaissance et des autres biens communs mondiaux* ». Quoique simplement symbolique, cette proposition n'a pas été adoptée par le Sénat après avoir été rejetée par la commission des lois, principalement du fait de l'absence de définition précise de la notion de bien commun²⁸. Cette approche des biens communs, plus abstraite, apparaît bien moins ancrée dans la réalité que ses homologues.

13. Tous ces courants autour des Communs ont des similitudes : ils tendent à promouvoir un nouveau rapport aux choses. Les rapports d'appropriation traditionnels sont remis en cause pour mettre en avant des rapports centrés sur un usage partagé, relié à une destination du bien déterminée par la collectivité²⁹. En parallèle de ce nouveau rapport aux choses, on entrevoit également un nouveau rapport entre les personnes, non plus basé sur une exclusivité totale mais sur des logiques de gouvernance et d'action collective autour de la ressource. Cependant, les similitudes s'arrêtent à ces grandes idées : il n'y a pas un mouvement des Communs mais plusieurs. Les notions coexistent, s'entrechoquent et se superposent mais le même terme recouvre une multitude de réalités bien distinctes. Il n'y a pas une théorie des Communs, il y en a presque autant que d'auteurs qui se sont penchés sur le sujet.

²⁵ C. Hess, E. Ostrom, *Understanding Knowledge as a Common*, MIT Press, 2007.

²⁶ V. not. le site Internet du projet : <http://anr-propice.mshparisnord.fr/index.html>

²⁷ Proposition de loi constitutionnelle n°419 intitulée « *Proposition de loi constitutionnelle visant, face à la crise actuelle à construire le monde d'après fondé sur la préservation des biens communs* ».

²⁸ Rapport n° 168 (2020-2021) de M. Arnaud de BELENET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 décembre 2020.

²⁹ B. Parance, J. de Saint Victor, *Repenser les biens communs*, CNRS, 2014, p.37.

14. Heureusement, le droit des biens ne fait pas l'objet d'une telle diversité. Dans une acception large, le droit des biens est l'ensemble des normes régulant les rapports entre les biens et les personnes et entre les biens eux-mêmes. Il s'agit alors d'un droit transversal, surplombant la *summa divisio* du droit français entre droit public et droit privé eu égard à l'importance des biens publics. Cependant, une acception plus restreinte et orthodoxe du droit des biens restreint ce dernier au droit civil³⁰. Il s'agit alors des seuls rapports entre biens et personnes privées, souvent restreints aux seules dispositions présentes dans le Code Civil. En parallèle, l'apparition de nouveaux types de biens incorporels depuis 1804 questionne et amène à considérer l'élargissement du droit des biens au droit de la propriété intellectuelle³¹. Le droit des biens ainsi appréhendé est, somme toute, le droit positif des biens. Mais il convient de souligner que la doctrine a également toute sa place, en ce qu'elle articule les concepts présents dans le Code Civil pour en restituer un ensemble cohérent. Le droit des biens est aussi le résultat de cette construction doctrinale a posteriori, qui donne une harmonie à un agrégat de dispositions disparates.

15. Pour mettre le droit des biens à l'épreuve de la théorie des Communs, il faut réussir à ramener tous les pluriels évoqués à deux singuliers. Il faut aussi réussir à s'inscrire dans une démarche unique. Or la notion d'épreuve renvoie elle-même à plusieurs significations : l'épreuve, sur un plan scientifique est un dispositif de vérification et d'évaluation permettant de déterminer si quelqu'un ou quelque chose possède certaines qualités³². Mais elle peut aussi être vue comme le résultat d'événements subis qui viennent remettre en question l'élément éprouvé. Elle revêt alors une dimension plus existentielle, moins objective³³. Mettre le droit des biens à l'épreuve de la théorie des Communs, c'est donc à la fois évaluer la capacité du premier à évoluer avec le second, mais aussi déterminer si l'arrivée du second ne vient pas questionner le premier dans ses structures fondamentales.

16. Le champ des possibles est dès lors étendu. En fonction du sens prêté à la théorie des Communs et au droit des biens, il est possible de s'inscrire dans une démarche philosophique ou sociologique et d'étudier la remise en question

³⁰ Il suffit d'observer les noms des manuels pour constater que le droit des biens se focalise sur le droit civil. Les manuels traitant de droit public sont expressément intitulés droit administratif des biens.

³¹ F. Terré, Ph. Simler, *Droit Civil : les biens*, 10ème éd., Dalloz, 2018, n°1, p.1.

³² P. Rosanvallon, *Les Épreuves de la vie. Comprendre autrement les Français*, Seuil, 2021, p.155.

³³ *ibid.*

de l'appropriation privée au profit du collectif. Dans une démarche plus juridique, il est possible – voire instinctif – de se cantonner au droit public eu égard à la nature des biens communs traditionnels. Les *common pool resource* sont avant tout des ressources naturelles, or celles-ci sont principalement régies par le droit public en France. Mais le sens habituellement donné au droit des biens vient limiter les possibilités ouvertes et invite à se diriger vers le droit privé. Dès lors, il convient de retenir une certaine conception des biens communs et des Communs : les « *biens communs mondiaux* » évoqués par le Président ne sauraient avoir leur place dans ces recherches. Il faudra se concentrer sur les biens communs pouvant faire l'objet d'une appropriation privée.

17. Parmi ces biens, nous en avons distingué deux : les biens communs fonciers, portant sur des *common pool resources*, et les Communs informationnels. Chacun a un Code qui lui est associé : le Code Civil pour le premier, le Code de la Propriété Intellectuelle pour le second. Au vu des différences frappant ces deux types de ressource, il apparaît impossible de les traiter simultanément. Les biens communs fonciers sont rivaux et sont fondés sur une protection de la ressource partagée. Une telle protection est inutile dans le cadre d'une ressource incorporelle non-rivale, ne pouvant être surexploitée. Cette seule différence engendre déjà une différence dans la manière de penser le Commun : celui-ci sera davantage tourné autour de l'usage que de la gouvernance dans le cas des Communs informationnels. Il serait donc possible de se concentrer sur les Communs informationnels et sur le droit de la propriété intellectuelle. Il s'agirait alors de questionner la pertinence de l'appropriation de certains biens incorporels, voire leur qualification même en tant que biens. Cependant, c'eût été restreindre le droit des biens à un domaine très précis, s'éloignant ainsi de la propension globalisante du sujet.

18. Au contraire, en se focalisant sur les Communs fonciers et le droit des biens corporels, il est possible de cerner les enjeux les plus pertinents du sujet, le tout en opérant un retour aux sources permettant de se prévenir des affres de la polysémie. Par la même occasion, nous revenons aux fondements économiques de la théorie des Communs, lesquels justifient la mise à l'épreuve du droit des biens français. En effet, le Commun est alors le moyen le plus efficace pour exploiter certaines ressources.

Or, sur le plan économique, la propriété a pour raison d'être qu'elle est efficace. Elle permet une bonne allocation des ressources et leur exploitation par les

individus. L'exclusivité incite les propriétaires à exploiter leur bien de la meilleure manière possible puisqu'ils seront les seuls à en tirer des bénéfices. Par ailleurs, ils sont incités à le faire de la manière la plus socialement utile : les biens les plus rares comparés à leur demande sociale seront les plus chers, le propriétaire est donc incité à les produire.³⁴ La propriété permet dans ce sens une allocation supposément optimale des ressources.

19. La théorie des Communs vient donc bouleverser le concept fondamental du droit des biens : la propriété. La propriété est centrale dans le droit des biens puisqu'elle détermine ce qui est un bien : c'est la possibilité de soumettre une chose à la propriété qui la transforme en bien. Mais surtout, la propriété est le rapport principal reliant les biens aux personnes. Le droit des biens est construit autour de celle-ci. Le droit des biens est donc contraint de s'adapter à cette nouvelle réalité économique : soit en adoptant une conception de la propriété compatible avec les Communs, soit en mobilisant d'autres outils susceptibles d'accueillir cette forme d'exploitation des biens.

20. Cette mise à l'épreuve du droit des biens est d'autant plus nécessaire que de nouveaux biens communs fonciers tendent à apparaître. En effet, pour certains auteurs³⁵, les choses communes au sens de l'article 714 du Code Civil sont qualifiées comme telles non pas parce qu'elles ne peuvent être appropriées mais parce qu'il n'existe pas d'intérêt à leur appropriation. Du fait de leur abondance, leur acquisition et leur commerce n'ont donc pas d'intérêt puisque ces choses n'ont pas de valeur marchande intrinsèque. Cependant, cette absence de vocation à l'appropriation n'est pas insurmontable : si l'abondance disparaît, ces choses deviennent appropriables. Frédéric Zénati-Castaing voit ainsi dans l'appropriation de la terre le résultat de ce phénomène : ressource abondante, elle était commune mais du fait de sa raréfaction elle a été appropriée³⁶. Il va même plus loin en considérant que l'air est en passe d'être approprié, à travers l'apparition de quotas d'émission de gaz à effet de serre³⁷ qui font du droit d'user d'une chose commune un bien. La rareté grandissante de certaines ressources naturelles, auparavant considérées comme des choses communes, les transforme progressivement en des biens communs, rivaux. De nouveaux biens communs fonciers

³⁴ H. Lepage, *Pourquoi la propriété ?*, Hachette, 1985, p. 86.

³⁵ F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, 14.

³⁶ *ibid.*

³⁷ Les Etats européens octroient depuis 2008 des quotas d'émissions de gaz à effet de serre, lesquels peuvent être échangés sur un marché européen, dans le but de réduire ces émissions. V. <https://www.ecologie.gouv.fr/marches-du-carbone>

apparaissent si bien que le champ d'application de la théorie des Communs s'élargit. Son appréhension par le droit des biens est alors d'autant plus fondamentale qu'elle permettrait de coordonner l'exploitation de biens de plus en plus nombreux, dans une perspective de protection environnementale.

21. On entrevoit à travers ces deux enjeux les deux acceptions de la notion d'épreuve. La théorie des Communs d'Ostrom vient éprouver la propriété privée en questionnant la pertinence économique de son modèle à l'égard de certains biens. Ce faisant, elle remet en question toute la construction du droit des biens. Mais la théorie des Communs est aussi un moyen d'évaluer les institutions actuelles de droit des biens à l'aune de la théorie des Communs, pour vérifier si oui ou non celui-ci serait prêt à faire face aux enjeux environnementaux du XXI^e siècle. Si tel n'était pas le cas, il reviendrait au seul droit public de résoudre ces problématiques. Il faut alors déterminer si le droit des biens peut appréhender les Communs pour, le cas échéant, dégager un régime permettant d'accueillir les Communs au sein du droit des biens français.

22. Le concept de propriété tel qu'il résulte du droit français sera dans un premier temps éprouvé par la théorie des Communs (Partie 1) pour ensuite observer si les institutions droit des biens peuvent, en pratique, appréhender les Communs (Partie 2).

PREMIÈRE PARTIE : LA PROPRIÉTÉ FRANÇAISE FACE À LA THÉORIE DES COMMUNS

23. Pour parvenir à confronter la théorie des Communs au droit des biens français, il est nécessaire de s'intéresser à la notion principale qui sous-tend chacune de ces deux constructions conceptuelles : la propriété. Celle-ci est omniprésente dans le droit des biens dans la mesure où elle est le lien qui existe entre une personne et un bien. Les droits réels ne sont considérés par la doctrine majoritaire que comme des démembrements de celle-ci et sont définis en fonction d'elle³⁸. La propriété est également primordiale dans la théorie des Communs puisqu'elle est le droit permettant aux membres du Commun d'accéder à la ressource et de l'exploiter. En effet, loin de se baser sur des droits personnels, la théorie des Communs n'envisage cet accès que par le biais de droits de propriété.

24. Bien que la propriété soit au fondement du droit des biens et de la théorie des Communs, ses caractéristiques, son essence même, diffèrent selon le domaine considéré. Il faudra dès lors s'intéresser à la nature du droit de propriété dans la théorie des Communs pour la comparer à celle présente en droit des biens français (Chapitre 1). Mais au-delà de la nature de la propriété, un point d'achoppement apparaît entre les deux structures sur la question de sa titularité, ou plutôt de la possibilité de sa cotitularité. Bien que cette titularité puisse être considérée comme partie intégrante de la nature du droit de propriété, il lui sera consacré des développements propres en raison de son importance dans cette confrontation (Chapitre 2).

Chapitre 1 - La nature du droit de propriété

25. Les droits de propriété envisagés par les théoriciens des Communs se fondent sur la théorie anglo-saxonne du *Bundle of Rights* (Section 1). Les implications de cette théorie se doivent d'être confrontées à la nature du droit de propriété en droit français (Section 2).

Section 1 - Une théorie des Communs fondée sur un faisceau de droit

26. Les travaux d'Ostrom appréhendent les Communs par le biais d'une conception particulière du droit de propriété : la théorie du *Bundle of Rights*,

³⁸ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 10ème éd., Précis Dalloz, 2018, 771, p.697. Cependant, pour les tenants d'une théorie renouvelée de la propriété, la propriété n'est pas un droit réel et se distingue de ces derniers par sa nature même.
V. par exemple F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, 289, p.451.

développée aux États-Unis au XXe siècle et diffusée à travers le mouvement du *legal realism* américain (§1). Ostrom s'approprie cette théorie et la développe pour penser les Communs en des termes juridiques (§2).

§1 La théorie du *Bundle of Rights*

27. Cette théorie de la propriété est issue du courant du *legal realism* américain. Les tenants de ce courant cherchent à s'émanciper des catégories doctrinales traditionnelles, abstraites, pour baser leurs raisonnements sur des catégories réalistes³⁹. Ils considèrent le droit à travers ses manifestations dans la réalité sociale, par le biais d'une démarche empirique⁴⁰. Les constructions doctrinales, comme le droit de propriété n'y sont plus vues comme des piliers incontestés mais comme le résultat de choix politiques dans la mesure où le droit, sous un voile de neutralité, opère au quotidien des arbitrages quasi-politiques entre des intérêts sociaux concurrents⁴¹.

Les tenants de ce réalisme juridique ont donc une conception de la propriété propre, construite à partir de ses manifestations dans la réalité. Ils partent du principe qu'il n'y a pas de propriété sans État puisque celui-ci lui donne une réalité effective. Le droit de propriété n'est donc pas un droit naturel mais un droit défini par l'État⁴². Dès lors, le droit de propriété n'est pas absolu par nature : il est par nature défini – et donc limité – par l'État, lequel peut en redéfinir les contours à sa guise.

28. J. R. Commons dans « *The Distribution of Wealth* » publié en 1893 délivre une première manifestation de la théorie du *bundle of rights*. Pour lui, l'État détermine quelle part de la propriété pleine et entière peut faire l'objet de droits individuels, le surplus étant l'objet de droits de l'État⁴³. La propriété est alors conçue comme un faisceau de plusieurs droits distincts, dont la réunion forme la propriété pleine et entière. Celle-ci est inaccessible aux particuliers dans le monde contemporain puisque l'État conserve certains droits sur tous type de biens : le droit d'exproprier des individus ou d'empêcher le propriétaire de réaliser des nuisances publiques par exemple⁴⁴. La vision jusnaturaliste de la propriété est alors remise en cause : celle-ci ne serait qu'une configuration de

³⁹ T. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, 2012, p. 4.

⁴⁰ M. Troper, *Le réalisme et le juge constitutionnel*, Cahier du Conseil Constitutionnel, n°22, juin 2007.

⁴¹ F. Orsi, *Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune*, Revue de la Régulation, n°14, 2013, 27.

⁴² *Op. cit.*, 37.

⁴³ F. Orsi, *Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ?*, Revue internationale de droit économique, 2014/3, p. 371, 13.

⁴⁴ *Ibid.*

répartition de droits parmi d'autres, résultant de choix politiques. Commons y voit, à l'époque, une justification de la remise en cause de cette propriété naturelle⁴⁵.

29. W. N. Hohfeld est quant à lui considéré comme le fondateur du *bundle of rights* à travers son article « *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* » publié en 1913⁴⁶. Dans le cadre d'une démonstration sur la notion de droit, il observe que ce mot tend à être utilisé systématiquement pour décrire n'importe quelle relation juridique. Selon lui il existe plusieurs types de relations juridiques et le droit⁴⁷ n'en est qu'une parmi d'autres⁴⁸. Au détour de cette démonstration, on constate qu'il opère une division de la propriété : à travers le droit de propriété coexistent plusieurs relations juridiques distinctes, observables dans la réalité. Il peut s'agir d'un droit stricto sensu, *claim*, impliquant une capacité d'exclure les tiers, mais aussi dans certains cas d'un privilège, c'est-à-dire une liberté d'exploitation sans droit d'exclure⁴⁹. La propriété, loin d'être définie comme une relation juridique singulière, doit, pour être considérée dans sa globalité, être décomposée en autant de relations juridiques qu'il y en a d'observables. On aboutit ici à l'idée que le droit de propriété peut être décomposé en une multitude de droits *lato sensu*, de relations juridiques, observables dans la réalité.

§2 L'appropriation du faisceau de droits par les théoriciens des Communs

30. De par sa méthodologie de recherche, Elinor Ostrom s'inscrit dans une démarche empirique. Elle observe les modes de gestion de *common pool Resources*, notamment de pêcheries, pour déterminer les principes gouvernant leur efficacité⁵⁰. C'est dans cette perspective qu'elle utilise la théorie du faisceau de droits en l'appliquant à des relations entre particuliers. En effet, si la propriété est un faisceau de droits distribués entre l'État et les particuliers, alors la portion de droits attribuée à des particuliers peut à son tour être

⁴⁵ Commons cherche à travers ses travaux à remettre en question la vision d'une propriété dite naturelle. À son époque, celle-ci est utilisée comme justification d'un libéralisme économique, il la remet en cause pour favoriser un plus grand interventionnisme étatique.

⁴⁶ W. N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, The Yale Law Journal, vol. 23, n° 1, 1913, p.16.

⁴⁷ Il utilise une acception restrictive du terme droit qu'il associe à la notion de *claim* – *op. cit.*

⁴⁸ Hohfeld, souhaitant être exhaustif, distingue quatre relations juridiques, qui ont chacune deux faces. La relation de droit ou *claim*, qui génère un devoir; la relation de privilège, qui a pour corrélation un non-droit; la relation de pouvoir qui engendre un assujettissement et la relation d'immunité qui produit une incapacité. – *op. cit.*

⁴⁹ F. Orsi, « Faisceau de droits (Bundle of rights) » in M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld, Y. Bosc, B. Coriat, S. Dussolier, P-A. Mangolte, O. Weinstein, J-B. Zimmermann, T. Bambridge, *Dictionnaire des biens communs*, 2e éd., 2021, p.547.

⁵⁰ E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010, p. 38.

distribuée entre plusieurs individus. Cette technique permet de rendre le commun accessible au plus grand nombre tout en limitant les droits de chacun. Le faisceau de droits permet de donner un fondement juridique aux répartitions de droits observées par Ostrom dans la réalité.

Elinor Ostrom et Edella Schlager⁵¹ distinguent ainsi plusieurs types de droits présents au sein des communs qu'elles observent (A) pour parvenir à faire émerger plusieurs modèles de communs ayant chacun une configuration de droits propre (B).

A Une propriété du Commun morcelée en cinq droits

31. Ostrom distingue plusieurs types de droits dont peuvent être titulaires les usagers des Communs. Il existe d'abord des droits de propriété dits opérationnels, qui permettent d'accéder à la ressource sans pour autant participer à l'administration du Commun. Il s'agit du droit d'accès à la ressource et du droit de prélèvement de la ressource. Le droit d'accès est simplement le droit de pénétrer physiquement sur le lieu du Commun. Le droit de prélèvement est plus élaboré et recouvre le droit de prélever une portion de la *common pool resource*. Il s'agit, par exemple, du droit de pêcher des poissons dans une zone de pêche, ou de prélever l'eau dans un Commun portant sur une ressource aquifère. L'attribution, l'étendue et les conditions d'exercice de ces droits sont définis par le biais de droits supérieurs.

32. Ces droits de propriété supérieurs sont des droits dits de « *choix collectif* »⁵². Leurs titulaires participent à la gouvernance collective du bien et de son exploitation. Ce niveau de droits recoupe trois droits différents. D'abord un droit de gestion, qui détermine les conditions d'exploitation de la ressource et fixe donc les limites des droits opérationnels. Ensuite vient un droit d'exclusion, qui permet à ses titulaires de déterminer collectivement qui pourra obtenir des droits opérationnels. Il ne s'agit pas tant d'un droit d'exclure que d'un droit d'inclure de nouveaux membres dans le Commun et de contrôler ainsi la croissance de ce dernier.

33. Enfin, les membres du Commun peuvent être titulaires d'un droit d'aliénation qui porte sur les autres droits de choix collectif. En fonction de la

⁵¹ E. Ostrom, E. Schlager, *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, Land Economics, 1992, Vol. 68, n° 3, p. 249.

⁵² Ostrom utilise le terme de « *collective action rights* » traduit par Fabienne Orsi par « *droits de choix collectifs* ». V. F. Orsi, *Penser les propriétés communes. Un nécessaire changement de cadre d'analyse*, Document de travail ANR - Propice, mai 2012. Consulté sur http://anr-propice.mshparisnord.fr/docus-pdf/Orsi_WP_ANR_PROPICE.pdf le 11 mars 2022.

configuration du Commun, les membres peuvent parfois louer ou vendre leurs droits d'accès et de prélèvement, mais leurs droits de choix collectifs sont indisponibles. Ils ne deviennent disponibles que pour les titulaires d'un droit d'aliénation, qui peuvent ainsi céder ces droits. Le droit d'aliénation n'est donc aucunement un droit de céder le bien faisant l'objet du Commun dans sa globalité, mais uniquement de céder certains droits dont est titulaire l'aliénateur.

34. Ostrom distingue dans son article les membres du Commun en fonction des droits dont ils sont titulaires : ils peuvent être des *authorized users* quand ils n'ont que des droits opérationnels, des *claimants* quand s'y rajoute un droit de gestion, des *proprietors* s'ils ont également un droit d'exclusion et enfin des *owners* lorsqu'ils bénéficient de l'ensemble des droits du faisceau. À travers cette classification, on observe que chaque droit n'est pas indépendant des autres. Dans l'esprit d'Ostrom, un droit d'exclure suppose nécessairement des droits opérationnels et un droit de gestion préexistants⁵³.

B Des configurations variables

35. Après avoir opéré cette distinction entre les différents droits dont peuvent être titulaires les personnes accédant au Commun, Ostrom fait apparaître plusieurs régimes de répartition du faisceau de droit dans le cadre des Communs qu'elle étudie⁵⁴. Elle montre qu'en réalité, les droits de choix collectifs sont fréquemment l'apanage de l'État ou d'une autorité publique, ces derniers souhaitant conserver une maîtrise sur la ressource. Ainsi, dans certaines situations, l'État choisit de conserver tous les droits de choix collectifs, ne laissant aux exploitants que des droits opérationnels. Ostrom conteste alors qu'il s'agisse d'un Commun dans la mesure où, pour elle, l'apparition de ce dernier est subordonnée à l'existence de droits d'exclusion et de gestion Communs⁵⁵. En effet, comme nous l'avons vu, le Commun est défini par l'existence d'une structure de gouvernance commune, laquelle est inexistante dans ces situations. Ainsi, Ostrom n'entrevoit que deux configurations de Communs : une où le droit d'aliénation échappe aux appropriateurs au profit de l'État – un *proprietorship* – et une autre où les appropriateurs disposent de

⁵³ Contra. Pour une indépendance et non une cumulativité des droits des appropriateurs, V. B. Coriat, *Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ?* in *Le retour des biens communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015, p.35.

⁵⁴ E. Ostrom, E. Schlager, *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, Land Economics, 1992, Vol. 68, n° 3, p.249.

⁵⁵ L'existence du Commun est subordonnée à la présence d'une structure de gouvernance. Supra, 8.

l'ensemble des droits – un *ownership* –⁵⁶. Il serait cependant possible d'envisager une situation où seul un droit de gestion ou d'exclusion reviendrait aux membres du Commun. La gouvernance de la ressource incomberait alors partiellement aux membres, ce qui suffirait à constituer une communauté autour de celle-ci.

36. Quoi qu'il en soit, ces deux configurations possibles de Communs ne présument pas des droits incombant à chaque membre : des *claimants* peuvent exister dans un *proprietorship*. En définitive, le faisceau de droit est davantage un outil permettant de penser juridiquement les Communs qu'un cadre formel à respecter absolument. Puisque construit dans une démarche empirique, il décrit des situations de fait sans aucun prérequis conceptuel et semble transposable dans d'autres systèmes juridiques, comme le système français.

Section 2 - La propriété française face au *bundle of rights*

37. Le *bundle of rights* d'Ostrom est un cadre souple : il implique seulement une distribution des droits de propriété portant sur un bien. Le droit des biens est quant à lui beaucoup plus rigide au sujet du droit de propriété : l'article 544 du Code Civil le définit comme étant « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé [...]* ». La propriété répond de ce fait à des caractéristiques précises en droit français, puisqu'elle est absolue. Pour étudier les points de convergence et de divergences entre le droit des biens et la théorie des Communs, il faudra confronter ces deux conceptions de la propriété. Il convient d'évaluer la compatibilité d'une propriété absolue avec le *bundle of rights* d'Elinor Ostrom (§1) puis les possibilités de distribution de droits de propriété en droit des biens (§2).

§1 L'absolutisme de la propriété dans un faisceau de droits

38. Selon Mikhaïl Xifaras, l'adjectif absolu tend à recouvrir toutes les caractéristiques que l'on prête à la propriété en droit français⁵⁷. Le terme est polysémique et renvoie à la fois à une liberté totale sur la chose, à un droit d'en disposer, à une perpétuité, à une exclusivité ou encore à une opposabilité⁵⁸. Plutôt que d'évoquer chacune de ces acceptions de l'absolutisme, il semble préférable de s'attarder sur celles qui constituent des points d'achoppement

⁵⁶ F. Orsi, *Revisiter la propriété pour construire les communs*, in *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, dir. B. Coriat, Les liens qui libèrent, 2015, p.60.

⁵⁷ M. Xifaras, *La Propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.96.

⁵⁸ *Ibid.*, Pour l'opposabilité et la liberté de disposer, V. égal. F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, 210, 214.

entre la propriété française et la théorie des Communs. En effet, l'idée même de propriété comporte certaines caractéristiques, peu importe le cadre de réflexion. D'abord, ces droits sont absolus-réels : ils empêchent toute ingérence entre le propriétaire et la chose⁵⁹ (A). Ensuite, puisque absolus, ces droits font l'objet d'une libre disposition par leur titulaire⁶⁰ (B).

A L'absolu-réel, un droit opposable

39. Le droit de propriété peut être défini comme absolu en ce qu'il est réel. Il porte directement sur une chose, le bien, qui est passive. Ce dernier est un objet de droit qui ne dépend d'aucun autre individu : contrairement à un droit personnel, le droit réel se réalise sans qu'aucune interférence de personnes ne soit possible. La relation de propriété est directe, elle est en ce sens opposable erga omnes. Les autres droits réels partagent avec la propriété cette caractéristique : étant directs sur un bien, ils sont également opposables à quiconque irait à l'encontre de leur exclusivité.

40. Cet absolutisme des droits de propriété – ou plutôt des droits réels – est présent dans le cadre du faisceau de droit d'Ostrom. Chaque membre peut y opposer ses droits opérationnels aux autres membres. Mais sa portée est circonscrite, dans la mesure où les droits opérationnels ne peuvent être opposés aux titulaires de droits de choix collectifs. En effet, ces droits de choix collectifs ont pour fonction de permettre une gouvernance collective de la ressource et de ses usages. Par conséquent, l'usage de ces droits génère nécessairement des interférences entre le propriétaire et l'objet de son droit de propriété, quel qu'il soit.

41. En pratique, les droits de gestion interfèrent directement avec les droits opérationnels puisqu'ils fixent les conditions d'exploitation de la ressource. Étant donné qu'ils peuvent être utilisés à n'importe quel moment, les conditions d'exploitation de la ressource peuvent évoluer en permanence. Les droits opérationnels voient alors leurs modalités d'exercice évoluer, mais aussi leur substance même, leur contenu. Dans le cadre d'une pêcherie, certains moyens de pêche peuvent être interdits, mais les quotas de chaque pêcheur peuvent aussi être diminués. Le contenu des droits opérationnels n'est pas figé mais variable au gré des choix opérés collectivement par les titulaires du droit de gestion : le titulaire de droits réels subit donc les interférences permanentes de la communauté dans sa relation avec le bien. Le droit d'exclusion a des

⁵⁹ M. Xifaras, *La Propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.97-98.

⁶⁰ F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, 210, p.335.

conséquences similaires. Son exercice entraîne l'inclusion de nouveaux membres dans le Commun, ce qui restreint nécessairement les utilités offertes aux anciens membres pour éviter une surexploitation de la *common pool resource*. De fait, l'étendue des droits opérationnels est de nouveau réduite.

42. La seule hypothèse où l'on pourrait considérer que les droits du *bundle of rights* sont compatibles avec le caractère absolu-réel du droit de propriété serait le cas où tous les membres seraient titulaires de droits de choix collectifs. Si ces droits s'exerçaient à l'unanimité, alors on pourrait considérer que la restriction des droits opérationnels serait un acte de disposition de ses droits opéré par chaque propriétaire.

43. L'idée même de droits de choix collectifs va donc totalement à l'encontre du caractère absolu-réel du droit de propriété. La relation entre les membres du commun et le bien ne peut être directe puisque la collectivité gouverne les usages du bien. Dans cette situation, on n'observe pas tant une simple inopposabilité des droits opérationnels aux titulaires de droits de choix collectifs, qu'une indéfinition de ces droits opérationnels. Ceux-ci peuvent à tout moment être réduits à peau de chagrin par la gouvernance collective pour préserver la ressource. Les droits de propriété tirés du faisceau de droits ont donc une nature drastiquement différente du droit de propriété français : ils ne sont pas "réels". En réalité, ces droits sont indéfinis. La théorie du *bundle of rights* n'étant pas formalisée, on ne sait pas quels droits appartiennent au faisceau en tant que droits de propriété et lesquels s'en échappent. N'importe quel droit peut entrer dans le faisceau, qu'il soit réel ou personnel, nominatif ou non, et être considéré comme un droit de propriété.⁶¹

B La liberté de disposition

44. Puisque absolu, le droit de propriété permet à son titulaire de disposer de son bien à sa guise. Cette liberté de disposition est avant tout matérielle : le propriétaire peut faire œuvre d'*abusus*, c'est-à-dire mésuser de son bien jusqu'à son éventuelle destruction. Cependant, pour Messieurs Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing, ce n'est pas cet *abusus* qui est caractéristique du droit de propriété, mais la liberté de disposition juridique du bien. Dans leur théorie renouvelée de la propriété, ils exposent que même si le propriétaire peut être complètement déconnecté des utilités de la chose possédée, s'il est

⁶¹ J.E. Penner, *The "Bundle of rights" picture of property*, UCLA Law Review, 1996, p.723.

propriétaire, il pourra toujours disposer librement de son droit de propriété⁶². D'autres auteurs voient au contraire dans cette liberté de disposition un attribut de la personnalité juridique et non de la propriété⁶³. Cependant, il ne s'agit d'un attribut de la personnalité que dans la mesure où les biens sont disponibles. Or le droit de propriété assure cette disponibilité, puisque comme l'indique l'article 537 alinéa 1 du Code Civil : « *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois.* »

45. Dans le *bundle of rights*, les personnes titulaires de l'ensemble des droits de propriété ont la possibilité de disposer matériellement du bien, jusqu'à sa destruction. En effet, ils sont titulaires des droits de gestion et peuvent, de ce fait, modifier les droits opérationnels comme ils le souhaitent, jusqu'à la destruction de la ressource le cas échéant. Néanmoins, dans le cadre du Commun, les droits de gestion sont partagés entre plusieurs acteurs, si bien qu'un seul propriétaire ne peut décider unilatéralement de mésuser du bien : il devra recueillir l'accord d'un nombre suffisant de propriétaires. Le faisceau de droits est alors en contradiction avec l'absolutisme propriétaire, mais cette contradiction semble bénéfique. La fonction même du Commun est d'assurer la préservation d'une ressource sur le long terme pour que son exploitation soit durable. Un droit d'*abusus* conféré aux appropriateurs contreviendrait à cet objectif.

Par ailleurs, la possibilité pour les membres du Commun de disposer juridiquement de leurs droits est à géométrie variable. Selon la configuration du Commun, les titulaires de droits opérationnels peuvent, ou non, disposer de ces droits opérationnels⁶⁴, mais les titulaires de droits de choix collectif ne peuvent en aucun cas disposer de leurs droits de choix collectif s'ils n'ont pas un droit d'aliénation⁶⁵. Ils sont donc privés de la possibilité de disposer juridiquement de leurs droits et d'abandonner le Commun. Néanmoins, les titulaires de l'ensemble du faisceau peuvent disposer de la totalité de leurs droits.

46. Le pouvoir absolu du propriétaire sur la chose est donc relatif dans le cadre du *bundle of rights* : il peut se réaliser dans certaines configurations mais est globalement restreint, tant sur le plan matériel que juridique. Cependant, cette relativité est à nuancer dans la mesure où des sanctions existent dans le cadre

⁶² S. Vanuxem, *La propriété de la terre*, Wildproject, 2018, p.36.

⁶³ Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de Droit Civil : Tome 2 Les biens, droits réels principaux*, 6ème éd., Economica, 2019, 246, p.133.

⁶⁴ E. Ostrom, E. Schlager, *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, Land Economics, 1992, Vol. 68, n° 3, p.249, note n°8.

⁶⁵ supra, 33.

des Communs. En effet, à travers ses observations, Elinor Ostrom a mis en évidence la nécessité de sanctionner les membres ne respectant pas les règles opérationnelles⁶⁶. Dans leur forme la plus aboutie, ces sanctions permettent d'exclure un membre du Commun. Ces sanctions viennent méconnaître la liberté de disposition du propriétaire en ce que celui-ci est contraint de disposer de son droit⁶⁷. Elles sont donc en complète contradiction avec le pouvoir absolu du propriétaire sur la chose.

Ainsi, les droits du propriétaire sur le bien ne sont pas absolus dans le cadre du *bundle of rights*. Ils ne sont pas absolus à l'égard des tiers dans la mesure où ceux-ci interfèrent dans la relation entre le propriétaire et le bien, mais ils ne sont pas non plus absolus à l'égard de la chose elle-même, les droits de disposition du propriétaire étant limités.

§2 La distributivité des droits de propriété en droit des biens

47. En droit des biens, les droits réels démembrés apparaissent comme le pendant théorique du *bundle of rights*⁶⁸. On entrevoit à travers eux un ersatz de distribution des droits de propriété en droit des biens, mais il faudra nuancer son ampleur. Là où le législateur restreint les possibilités de droits réels démembrés (A), la jurisprudence a étendu très largement leur utilisation (B).

A Les droits réels nommés

48. Il est évident que la définition de la propriété telle qu'elle existe en droit français empêche une distribution des utilités du bien comme celle prévue par le *bundle of rights*. La propriété y est pleine et entière ou n'est pas. Les droits réels ne peuvent donc pas être considérés comme des droits de propriété en droit français. Néanmoins, en tant que droits réels, leur structure est très proche du droit de propriété. Dans la théorie civiliste⁶⁹, le droit de propriété est un droit réel et les droits réels, autres que le droit de propriété, sont des démembrements de celle-ci. La propriété étant considérée comme la réunion des attributs que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, les droits réels ne sont que des émanations de la propriété pleine et entière⁷⁰.

⁶⁶ E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010, p. 118. Ces sanctions sont absentes de l'article coécrit en 1992 avec Edella Schlager mais n'en sont pas pour autant négligeables en ce qu'elles assurent la viabilité économique du commun.

⁶⁷ F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, 212, p.339.

⁶⁸ M. Boul, *Réflexions d'un publiciste sur les droits réels. À propos de leur constitution sur les biens communs*, Droit et Ville, 2018/2, p.229, 5.

⁶⁹ S. Vanuxem, *La propriété de la terre*, Wildproject, 2018, p. 24 et s.

⁷⁰ Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de Droit Civil : Tome 2 Les biens, droits réels principaux*, 6ème éd., Economica, 2019, 442, p.266.

49. Or, dans le cadre du *bundle of rights* d'Ostrom, chaque droit de propriété n'est rien d'autre qu'une facette de la propriété pleine et entière : le droit d'exploiter est une des facettes de la propriété, tout comme le droit d'exclure. La correspondance semble évidente : les droits réels, comme les droits du faisceau, sont une propriété divisée sous l'angle de ses effets. Seulement, là où en droit français ils sont considérés comme des démembrements de la propriété, dans le *bundle of rights* ils sont vus comme des droits de propriété à part entière, dont la réunion forme une propriété complète. En vérité, on constate que les droits de propriété du *bundle of rights* sont le pendant conceptuel des droits réels français.

50. Néanmoins, cette correspondance conceptuelle n'induit pas nécessairement une correspondance pratique. Les servitudes, d'abord, sont des droits réels qui sont contraires au *bundle of rights* en ce qu'elles ne sont pas tant attribuées à une personne qu'à un fonds⁷¹, et seulement à travers lui à une personne. D'autre part, les autres droits réels prévus par le législateur semblent assez éloignés en pratique de leurs homologues observés par Ostrom dans les Communs.

51. Trois types de droits réels sont prévus par le législateur si l'on excepte les servitudes : le droit d'usage et d'habitation, l'usufruit et la nue-propriété. Les deux premiers comportent tous deux un droit d'accès à la ressource et donnent tous deux accès aux fruits du bien mais pas à ses produits⁷². L'accès aux fruits du bien est cependant plus limité s'agissant du droit d'usage et d'habitation puisque la perception des fruits y est limitée aux besoins de l'usagers et de sa famille⁷³.

Ce droit aux fruits de la chose correspond à un droit de prélèvement dans la classification ostromienne. Certes, ce droit de prélèvement semble, de prime abord, être un droit aux produits de la chose puisque la ressource prélevée est extraite du bien dont la substance est altérée. Cependant, la loi tend à assimiler certains produits à des fruits si ces produits de régénèrent de manière

⁷¹ Les servitudes bénéficiant au propriétaire d'un fond, elles ne lui sont attribuées que par l'intermédiaire de celui-ci. Ainsi, si elles sont utilisables pour distribuer les utilités d'un bien, elles entraînent l'apparition de contraintes spatiales spécifiques qui justifient leur éviction. Nous renvoyons ici aux développements portant sur l'indivision forcée, qui sont transposables à la servitude.

⁷² J. Ghestin, J-L. Bergel, S. Ciamonti, J-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil : les biens*, 3ème éd., LGDJ, 2019, p.320.

⁷³ C.Civ. Art. 630. Cette limitation aux besoins personnels est une manifestation de l'intuitu personae qui gouverne ce droit. Il ne s'agit donc pas tant d'une interdiction de tirer des bénéfices de l'exploitation de la ressource en en cédant les produits par exemple que d'une interdiction de faire bénéficier un tiers de ces droits.

périodique⁷⁴. Pêcher un poisson, c'est altérer la substance d'une ressource halieutique : c'est en tirer un produit. Mais si cette pêche est réalisée de telle manière qu'en définitive, le nombre de poissons reste le même sur le temps long, il s'agira de fruits de la chose.

52. Or dans le cadre d'une *common pool resource*, les droits de prélèvement sont conçus de manière à ce que l'exploitation n'altère pas la ressource. Le droit de prélèvement est donc cantonné aux fruits du bien et coïncide ainsi avec l'usufruit et le droit d'usage. L'usufruit et le droit d'usage sont donc les pendants français des droits opérationnels développés par Ostrom.

53. La nue-propriété quant à elle ne correspond à aucun droit du faisceau ostromien. Il ne s'agit pas d'un droit d'exclusion ou d'un droit d'aliénation puisque le nu-propriétaire ne peut pas transférer des droits aux utilités de la chose à d'autres personnes⁷⁵. Il ne s'agit pas non plus d'un droit de gestion puisque le nu-propriétaire ne peut pas interagir avec les autres titulaires de droits réels sur le bien. L'étendue de ces derniers est déterminée dès l'origine, par la loi. En réalité, la nue-propriété échappe conceptuellement au *bundle of rights* puisque le nu-propriétaire n'a aucun droit sur le bien. Il a simplement un droit sur les produits du bien, inexistant dans le cadre d'une *common pool resource*, et sur les autres droits réels portant sur le même bien, une fois ces derniers arrivés à leur terme.

B Les droits réels de jouissance spéciale

54. Les droits réels nommés ne sont cependant plus les seuls droits réels attribués à des personnes. En effet, malgré la théorie du *numerus clausus* des droits réels⁷⁶, la jurisprudence a admis la possibilité de constituer conventionnellement des droits réels, qualifiés de droits réels de jouissance spéciale.

55. Dans le célèbre arrêt *Maison de la Poésie I*⁷⁷, la troisième chambre civile indique que : « *le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre*

⁷⁴ J. Ghestin, J-L. Bergel, S. Ciamonti, J-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil : les biens*, 3ème éd., LGDJ, 2019, p.300.

⁷⁵ Il peut uniquement transférer sa nue-propriété, laquelle ne confère aucune utilité de la chose à son titulaire.

⁷⁶ Une partie de la doctrine considérait avant cet arrêt que seuls pouvaient être constitués conventionnellement les droits réels nommés dans le Code Civil. Elle se fondait pour ce faire sur l'article 543 du Code Civil qui dispose qu' « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.* »

⁷⁷ Civ. 3^e, 31 oct. 2012, *Maison de la Poésie*, n° 11-16.304, RDI 2013. 80, obs. J-L. Bergel, RTD civ. 2013. 141, obs. W. Dross.

public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». Il s'agit là d'un droit créé conventionnellement, à la discrétion du propriétaire, d'autant plus que l'arrêt de la Cour d'Appel est cassé au visa des articles 544 et 1134 du Code Civil⁷⁸. Ce droit, créé *ex nihilo*⁷⁹, confère une jouissance spéciale du bien, contrairement à la jouissance générale conférée par les droits réels nommés. Le propriétaire peut ainsi moduler librement l'assiette du droit réel en question, dans l'espace et le temps mais aussi et surtout dans les utilités. La liberté du propriétaire est totale, parce que contractuelle, si bien que les possibilités offertes sont vertigineuses⁸⁰. Ce droit n'est limité que par un ordre public des biens aux contours indéfinis, principalement sur le plan de sa durée⁸¹. Néanmoins, lorsqu'il est attribué à une personne physique, le droit réel de jouissance spéciale voit son régime se calquer sur celui de l'usufruit et du droit d'usage : il est viager par principe⁸².

Ces droits réels de jouissance spéciale permettent la construction d'un véritable *bundle of rights* propre à chaque bien. Dans le domaine des droits opérationnels, ces droits approfondissent la démarche ostromienne en ce qu'ils donnent un cadre juridique à n'importe quelle répartition d'utilités possible.

56. Par ailleurs, cette possibilité confère au propriétaire du bien un début de droit d'exclusion et de gestion. Le propriétaire peut à tout moment intégrer de nouvelles personnes au bien, dès lors que les droits qu'il leur confère ne débordent pas sur l'assiette des droits conférés à d'autres personnes. Il détermine également librement l'étendue des droits réels qu'il confère. On peut imaginer qu'il puisse limiter les droits d'exploitation du bien à des horaires déterminés ou à des quantités maximales, instaurant ainsi un droit de gestion. Cependant, il ne s'agit que d'un ersatz de droit de gestion dans la mesure où il

⁷⁸ V. Poux, *Usage et Propriété : Essai sur l'usage partagé d'un bien*, dir. B. Mallet-Bricout, Université Jean Moulin - Lyon 3, 2019, 463, p.463. Pour l'auteur, le visa de l'arrêt à l'article 1134 ancien du Code Civil manifeste la liberté contractuelle offerte au propriétaire pour démembrement.

⁷⁹ Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de Droit Civil : Tome 2 Les biens, droits réels principaux*, 6ème éd., Economica, 2019, 574-2, p.342.

⁸⁰ W. Dross évoque la possibilité de « *conférer à un tiers le droit de faire du pédalo sur un étang et à un autre le droit d'y faire de la voile, mais les nuits de pleine lune seulement et sur un bateau blanc encore* », W. Dross, *La qualification du droit réel de jouissance spéciale*, in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, Actes du colloque du 18 janvier 2017, NVP, n°324, 2017, p.14.

⁸¹ L'arrêt *Maison de la Poésie II*, Civ. 3^e, 8 sept. 2016, n° 14-26.953, a pu reconnaître le caractère viager d'un droit réel de jouissance spéciale attribué à une personne morale. Néanmoins, des arrêts récents se contredisent en admettant une perpétuité de ce droit (Civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-17.240) ou en calquant sa durée sur celle de l'usufruit (Civ. 3^e, 4 mars 2021, n° 19-25.167).

⁸² Pour W. Dross, « *le droit réel de jouissance spéciale peut être perpétuel quand il est l'habit d'une servitude [...], il ne peut l'être quand il dissimule un droit d'usage général* », RTD Civ. 2021, 441. Dans notre situation, ce droit dissimule un droit d'usage, il calquera donc sa durée sur celle de l'usufruit.

ne peuvent être exercés qu'au moment de leur attribution. Une fois ces droits attribués, le propriétaire ne peut plus interagir avec leur assiette. Le propriétaire est alors dépourvu de droit de gestion et l'inclusion de nouveaux membres dont les droits porteraient sur les mêmes utilités devient impossible. Par ailleurs, seul le propriétaire bénéficie de tels droits, pourtant considérés comme des droits de choix collectifs dans la typologie d'Ostrom. L'idée même de gouvernance disparaît.

57. En définitive, les droits réels sont le pendant français du *bundle of rights* sur le plan conceptuel et les droits réels de jouissance spéciale ouvrent de nombreuses possibilités, permettant de s'adapter à chaque situation en collant le plus possible aux caractéristiques de chaque ressource. Cependant, les droits dits de choix collectifs ne peuvent être appréhendés par le droit français, or l'existence même des Communs est subordonnée à la gouvernance permise par ces derniers.

Chapitre 2 - La titularité de la propriété

58. En réalité, si la propriété en droit des biens et dans la théorie des Communs semble antinomique, ce n'est pas tant en raison de sa nature que de sa titularité. L'absolutisme de la propriété découle de sa titularité unique alors que la gouvernance du Commun, problématique en droit français, est nécessaire au vu de la cotitularité des droits de propriété portant sur celui-ci. En effet, les droits de propriété portant sur un Commun sont partagés entre les membres de ce dernier. Les travaux d'Ostrom n'indiquent pas si les membres sont cotitulaires de droits opérationnels généraux ou titulaires individuels de droits opérationnels circonscrits à leur usage personnel. Néanmoins, les droits de choix collectif font nécessairement l'objet d'une cotitularité : ils sont exercés conjointement par leurs titulaires.

59. Ainsi, si la gouvernance d'un bien en droit français apparaît difficile, ce n'est pas tant en raison de la gouvernance elle-même que du paradigme dans lequel est enfermée le droit de propriété en France. Celui-ci est enfermé dans une titularité unique (Section 1), laissant impensée une cotitularité du droit de propriété (Section 2) qui pourrait ouvrir la voie à une gouvernance collective du bien.

Section 1 - Le paradigme d'une titularité unique de la propriété

60. Depuis la Révolution Française, le droit français est bloqué dans le paradigme d'une titularité unique de la propriété. La propriété est individuelle et n'est qu'individuelle. Ce paradigme est le fruit d'une configuration historique particulière (§1) que les acteurs du droit semblent incapables de remettre en cause (§2).

§1 Un paradigme résultant d'une configuration historique

61. La définition de la propriété, tant comme contenant que dans son contenu, est avant tout la résultante d'un choix politique⁸³. Le choix d'une titularité individuelle de la propriété est, en France, le résultat de la volonté politique révolutionnaire (A). Cette volonté n'est cependant que la manifestation d'un phénomène plus large : le passage à une philosophie individualiste (B).

A La volonté politique révolutionnaire

62. Le droit de propriété tel que nous le connaissons est le produit de la Révolution Française et de l'abolition du système féodal des propriétés simultanées, intervenue le 4 août 1789. Dans l'ancien droit, à travers cette propriété simultanée, un même immeuble pouvait faire l'objet de multiples droits de propriétés, ceux-ci portant sur des utilités distinctes du bien⁸⁴. Les droits de propriété du suzerain, qui portaient sur un domaine éminent, se superposaient aux droits du vassal portant sur le domaine utile⁸⁵, lequel pouvait à son tour conférer des droits à ses sujets pour l'exploitation de ces terres. Ainsi, un bien immeuble pouvait être exploité collectivement par des individus dont les droits portaient sur des utilités distinctes. De nombreux auteurs y voient un système de propriété très proche du *bundle of rights* d'Ostrom⁸⁶.

63. Dans cette propriété simultanée, le droit de tout individu dépend directement du seigneur, qui a un droit direct sur toutes les terres. L'individu est enserré dans des liens communautaires et ne peut s'émanciper des pouvoirs politiques. Ce système de propriété va donc directement à l'encontre de la suppression des ordres mise en place par la Révolution. Si la propriété simultanée est maintenue, le noble aura beau perdre sa qualité de noble, son pouvoir continuera de s'exercer sur les individus. Il ne l'exercera plus en tant

⁸³ D. Cransac, *D'un droit subjectif à une liberté publique : consécration et fragilisation de la propriété des immeubles*, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2017/2, p.733.

⁸⁴ A-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, 1, p.15.

⁸⁵ *op. cit.*, 30, p.44.

⁸⁶ Dans les deux cas, la propriété est appréhendée sous l'angle de ses usages et non de sa corporativité V. not. J. Rochfeld, *Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ?*, Revue internationale de droit économique, 2014/3, p.351, 30.

que noble mais en tant que propriétaire du domaine éminent ou utile, duquel dépendent les droits des individus. La disparition de la propriété simultanée était donc fondamentale dans le cadre de la disparition des ordres, pour permettre l'avènement de citoyens égaux⁸⁷. Chacun peut désormais accéder à la propriété pleine et entière là où celle-ci était auparavant réservée à certains. La propriété devient nécessairement individuelle, puisque absolue.

64. Cette propriété individuelle répond également et avant tout d'une volonté plus globale d'émancipation et de protection des individus. Or pour les révolutionnaires, pour être libre, le propriétaire doit être souverain pour ne pas être entravé dans son usage du bien⁸⁸. Ses moyens de subsistance sont ainsi assurés et il ne dépend plus d'un pouvoir supérieur. Il s'émancipe donc de la communauté et existe en tant qu'individu et citoyen. Il devient un citoyen-propriétaire⁸⁹.

B Le passage à une philosophie individualiste⁹⁰

65. Si la Révolution est à l'origine du paradigme d'une propriété individuelle, ce paradigme a en réalité une origine plus profonde. En effet, au-delà d'une simple volonté politique, la propriété moderne telle que nous la connaissons est, en un sens, « *le prolongement de l'homme libéré des carcans de la société holiste* »⁹¹. La Révolution Française s'inscrit dans un mouvement plus large d'évolution philosophique aboutissant à une émancipation des individus des cadres communautaires. La propriété inaugurée par les révolutionnaires, en ce qu'elle vise à émanciper les individus, peut être vue comme une manifestation de cette tendance philosophique.

66. Jusqu'au Moyen-Âge, le devoir être des choses est contenu dans leur être. On considère que chaque chose a une essence, une nature, qui indique sa finalité. L'ensemble des natures des choses forme ainsi un ordre naturel qui doit

⁸⁷A. Chaigneau, *Des droits individuels sur des biens d'intérêts collectifs, à la recherche du commun*, Revue internationale de droit économique, 2014/3, p.335, 9.

⁸⁸ L'objectif des révolutionnaires à travers la suppression de ces entraves est également de faciliter le commerce des biens, V. not. J-P. Brancourt, *La propriété face à la Révolution*, in *Hommages à Robert Mesnier*, pp. 67-77, Société d'Histoire du Droit, 1980, p.69.

⁸⁹A. Chaigneau, *Des droits individuels sur des biens d'intérêts collectifs, à la recherche du commun*, Revue internationale de droit économique, 2014/3 p. 335-350, 10.

⁹⁰ Cette partie sera lacunaire. Les développements nécessaires pour la rendre exhaustive sont tels qu'il est préférable de centrer le propos sur le bouleversement philosophique opéré sans en développer les multiples conséquences et approfondissements. Pour développer ceux-ci, il est renvoyé à A. Koyré *Du monde clos à l'univers infini*, (trad. R. Tarr), Gallimard, 1973.

⁹¹ F. Zénati-Castaing, *Le crépuscule de la propriété moderne essai de synthèse des modèles propriétaires*, in *Les modèles propriétaires, Actes du Colloque International organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, LGDJ, 2012, p. 227.

être atteint. De cette conception du monde découle le droit naturel classique. Il part de l'observation de la nature et de l'ordre qu'elle recèle pour déterminer les solutions juridiques devant être adoptées. Le droit naturel classique consiste donc en la détermination du devoir-être par cette simple observation⁹² : en observant les choses, les juristes déduisent leur nature, leur finalité, et donc ce qui est bon. Le droit est le bon. Cette philosophie est à la fois celle des antiques et des chrétiens. Par exemple, Platon et Aristote voient tous deux, malgré leurs divergences, une finalité dans la nature. Pour eux, les choses ne sont, pleinement, qu'à travers la réalisation de cette nature objective. Les théologiens chrétiens reprennent cette conception et l'adaptent en considérant que la nature est déterminée par Dieu⁹³. Dieu, qui est à l'origine de tout, est la cause première et il a créé la nature de chaque chose, qui forment des causes secondes. Chaque chose a donc une finalité, une nature fixe déterminée par Dieu. L'idée de finalité en est d'autant plus forte qu'il ne s'agit pas d'une finalité d'origine naturelle mais divine.

67. Ce faisant, les individus n'ont pas de droits en tant qu'individus, qu'ils peuvent exercer comme ils le souhaitent. Il existe un droit objectif, qui s'applique à tous pour que la finalité de chaque chose soit atteinte. Les individus peuvent donc exercer le droit, mais celui-ci ne leur appartient pas : il leur est appliqué dans la perspective d'atteindre l'ordre naturel⁹⁴. Il n'existe pas de droits subjectifs, il n'existe qu'un droit objectif. L'individu n'est pas autonome, mais hétéronome⁹⁵.

68. Cette vision du monde holiste est bouleversée par le nominalisme de Guillaume d'Occam. Ce moine franciscain considère que les choses n'existent que dans leur individualité. Les termes généraux servant à désigner ces choses n'ont pas d'existence réelle, ils ne sont que des instruments linguistiques permettant de désigner plusieurs choses sous une même appellation. L'Homme n'existe pas dans la réalité, il n'existe qu'une pluralité d'êtres humains. Tout terme général n'a ainsi qu'une existence instrumentale, mentale : seules les choses prises dans leur individualité existent⁹⁶. Il n'existe plus de nature objective commune à un ensemble de choses : puisque cet ensemble n'existe pas par lui-même, cette nature objective n'existe pas en tant que telle, elle n'est qu'une construction mentale. Les êtres sont pleins d'emblée et n'ont pas de

⁹² M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003. p.228.

⁹³ *Op. cit.* p.156.

⁹⁴ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003. p. 243.

⁹⁵ D. Mineur, *Cours d'Histoire des Idées Politiques*, IEP de Rennes, 2017, inédit.

⁹⁶ M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, 71, p.100.

finalité déterminée par leur nature. Le devoir-être ne se situe plus dans l'être, il disparaît. Tout gravite autour de l'individu, qui devient intrinsèquement libre puisque indéterminé.

69. Transposé au droit, le nominalisme engendre un certain nombre de problématiques. Le droit ne peut plus être l'observation de la nature des choses, puisque celle-ci n'existe pas. Le droit n'est donc plus la recherche d'une justice objective : il est contraint de se recentrer sur l'individu, celui-ci étant seul doué d'une existence objective. L'ordre juridique ne peut donc procéder que de la volonté individuelle et est tourné vers le service des individus. Le droit est donc avant toute chose individuel, il ne s'agit que de pouvoirs individuels transformés en droits, de droits subjectifs.⁹⁷ Michel Villey voit ainsi en Guillaume d'Occam le père de l'idée de droit subjectif.⁹⁸

70. Ainsi, au-delà de la simple volonté politique révolutionnaire, la titularité unique du droit de propriété résulte d'une évolution philosophique plus globale. Le nominalisme a engendré des bouleversements déclenchant un passage du holisme à l'individualisme. Progressivement, le monde n'est plus pensé à partir d'un devoir-être naturel mais à partir des individus eux-mêmes, et partant, de leur liberté. La conception française de la propriété résulte de cette transformation. Elle procède d'une volonté politique d'émancipation des individus qui en est indirectement la conséquence, et est pensée comme un droit subjectif, dont ne peut être titulaire qu'un seul individu. Le paradigme d'une titularité unique de la propriété est d'autant plus fort qu'il ne résulte pas tant d'une simple volonté politique que d'une transformation globale des sociétés occidentales.

§2 Une incapacité à s'émanciper de ce paradigme

71. Des évolutions sont apparues au fil du temps pour nuancer l'absolutisme propriétaire⁹⁹. Cependant, l'individualisme propriétaire est, quant à lui, resté intact : depuis plus de deux siècles, le législateur est resté enfermé dans ce paradigme à tout prix (A) et la doctrine, malgré des conceptions renouvelées de la propriété, ne parvient pas ou ne souhaite pas en sortir (B).

⁹⁷ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003, p.267.

⁹⁸ contra. V. Poux, *Usage et Propriété : Essai sur l'usage partagé d'un bien*, dir. B. Mallet-Bricout, Université Jean Moulin - Lyon 3, 2019, n°94, p.95, note n°269.

⁹⁹ La propriété devient progressivement un droit relatif et modulable du fait de la fondamentalisation du droit, v. not. D. Cransac, *D'un droit subjectif à une liberté publique, consécration et fragilisation de la propriété des immeubles*, *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, PUAM, 2017/2, p.738.

A L'incapacité du législateur et de la jurisprudence

72. Depuis la période romaine, de nombreux artifices sont apparus pour fonder l'exploitation collective d'un bien dans une titularité unique du droit de propriété¹⁰⁰. Bien que ces artifices aient été pensés antérieurement au Code Civil, le législateur et la jurisprudence les adoptent et se trouvent dans l'incapacité de remettre en question le caractère individuel de la propriété. Ainsi, toute exploitation collective d'un bien est marquée par l'exercice de droits, certes atypiques, mais individuels. Ces droits atypiques sont de deux types : ils peuvent ne porter que sur une portion du bien, ou peuvent être exercés par l'intermédiaire d'une personne morale. Grâce à ces méandres, l'exploitation collective du bien retombe dans les limbes de la titularité unique.

73. L'indivision est le moyen utilisé pour diviser l'objet du droit de propriété entre chacun des propriétaires. Celle-ci étant peu utilisée dans la perspective de l'exploitation collective du bien et faisant l'objet de développements ultérieurs, son régime ne sera pas développé ici¹⁰¹. À titre indicatif, il est intéressant de constater que la seule forme légale de propriété collective existant légalement en droit français a été soumise à ce régime. En effet, l'article 542 du Code Civil consacre l'existence de biens communaux, qui sont des biens dont « *la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.* » On observe ici une consécration légale d'une propriété communautaire issue de l'ancien droit.¹⁰² Mais lorsque ces biens communaux n'ont pas été attribués à des personnes morales de droit public, la jurisprudence les a soumis au régime de l'indivision. Ils ont ainsi disparu en tant que biens communaux pour revenir dans le giron de la propriété individuelle.¹⁰³

74. Cependant, le moyen le plus utilisé pour revenir à une propriété individuelle est d'interposer une personne morale entre les propriétaires et le bien. Plutôt que de consacrer une titularité collective de la propriété, l'idée est de faire émerger de la communauté d'intérêts des propriétaires une nouvelle personne, artificielle, qui sera l'unique propriétaire du bien. Ce ne sont plus les biens qui sont communs, c'est la personne qui est commune¹⁰⁴. Cette méthode s'est vue renforcée par la jurisprudence puisque celle-ci considère qu'un groupement est doté de la personnalité morale dès lors qu'il est pourvu d'une possibilité

¹⁰⁰ Le droit romain ne connaissait pas un droit de propriété en tant que tel mais un *dominium*, une puissance. Celle-ci étant indéfinie, elle ne pouvait pas être exercée collectivement.

¹⁰¹ *Infra*, 107.

¹⁰² S. Vanuxem, *La propriété de la terre*, Wildproject, 2018, p.82.

¹⁰³ F. Zénati-Castaing, *La propriété collective existe-t-elle*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz LGDJ, 2009, p.603.

¹⁰⁴ *op. cit.* p.599.

d'expression collective pour la défense d'intérêts licites¹⁰⁵. Ainsi, dès lors qu'une structure de gouvernance apparaît, il semble qu'il soit possible de considérer l'existence d'une personne morale. Et donc d'une propriété individuelle.

75. Or, si l'interposition d'une personne morale semble permettre l'exploitation collective d'un bien, en réalité derrière cet artifice, il n'y a pas de propriété des individus tout court. En effet, les droits sociaux sont avant tout des droits personnels, de créance contre la personne morale puisqu'ils sont la contrepartie d'apports initiaux. Même des droits accessoires, comme le droit de vote, ne sont que des accessoires de ce droit de créance¹⁰⁶. Ainsi, un associé a beau être propriétaire de parts sociales, il n'a pas pour autant un droit direct sur les biens appartenant à la personne morale. Si des droits de jouissance lui sont consentis sur ces biens par le biais des statuts, il s'agira de droits personnels contre la personne morale et non de droits réels. L'interposition d'une personne morale commune est paradoxale : elle transforme ce qui aurait pu être une propriété collective des individus en une non-propriété.

B L'incapacité de la doctrine

76. La doctrine est loin d'être aride s'agissant de la rénovation de la propriété. De multiples auteurs se sont penchés sur la propriété telle que conçue par le Code Civil pour la développer, l'expliquer, la renouveler face à l'apparition de nouveaux biens ou encore la rapprocher de ses origines romaines¹⁰⁷. Mais dans toutes ces conceptions, la sortie d'une titularité unique n'est pas envisagée. Le texte du Code vient bien entendu réfréner ces réflexions, mais la sortie de ce carcan conceptuel n'est même pas envisageable pour ces auteurs. La doctrine s'attache plus à décrire et à donner une cohérence d'ensemble aux constructions juridiques qu'à repenser la propriété telle qu'elle est appréhendée par le Code Civil.

77. Une remise en question de la propriété telle qu'elle ressort du Code n'est opérée que par certains auteurs, comme Léon Duguit. Celui-ci, dans une célèbre conférence, propose de reconsidérer la propriété non comme un droit subjectif de l'individu mais comme une fonction sociale du détenteur de la richesse¹⁰⁸. Pour lui, la propriété répond à un impératif d'affectation des

¹⁰⁵ Civ. 2e 28 janv. 1954, D. 1954. 217, note G. Levasseur, JCP 1954. II. 7978, concl. Lemoine.

¹⁰⁶ R. Libchaber, *Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux*, in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p.718.

¹⁰⁷ On peut citer, sans être exhaustif, Saleilles, Planiol, Ginossar ou encore plus récemment Frédéric Zénati-Castaing.

¹⁰⁸ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Éd. La mémoire du droit, 1999, p.158.

richesses à des buts individuels ou collectifs¹⁰⁹. Cela implique que le propriétaire a le devoir d'employer sa chose à la satisfaction de besoins individuels et communs. Dans cette perspective, les actes allant à l'encontre de ces objectifs pourraient faire l'objet d'une répression¹¹⁰. On retrouve, à travers cette fonction sociale de la propriété des préoccupations similaires à celles au cœur du mouvement des Communs. L'idée est de rompre avec une propriété absolue au nom d'une efficacité "sociale" de la propriété, de sacrifier une partie du bien-être individuel du propriétaire au nom d'intérêts collectifs.

78. La démarche de Duguit est d'autant plus proche de la théorie des Communs qu'elle se veut réaliste, empirique. Elle s'émancipe des carcans intellectuels des juristes pour penser la propriété à partir d'une certaine réalité. Cependant, cette proximité intellectuelle observée par certains auteurs des Communs¹¹¹, si elle se traduit par une remise en question de l'absolutisme de la propriété, ne s'attaque pas à son individualisme. Même en repensant la propriété, Duguit ne conçoit pas l'idée d'une propriété collective. Même pour un "réaliste" français, l'idée d'une cotitularité de la propriété est saugrenue.

79. Ainsi, le droit français reste enfermé dans une titularité individuelle du droit de propriété. La prégnance du modèle révolutionnaire et l'influence de l'individualisme empêchent toute remise en question : même l'exploitation collective d'un bien se fait par le biais de droits individuels.

Section 2 - L'impensé d'une cotitularité du droit de propriété

80. Pour Monsieur Frédéric Zénati-Castaing, « *une véritable propriété collective suppose [...] un droit unique et collectif indivisiblement tenu et exercé par plusieurs personnes* »¹¹². Autrement dit, la propriété collective, c'est nécessairement la cotitularité du droit de propriété : un lien de droit qui relie une chose à une pluralité de titulaires. Cette cotitularité, comme nous l'avons vu, n'a pas sa place en droit français. Pourtant, si l'on envisage la propriété non plus seulement sous l'angle des biens corporels mais sous l'angle de biens incorporels, la solution est différente. En effet, si la propriété est principalement perçue comme étant le vecteur d'appropriation de choses corporelles, elle peut aussi être perçue comme le vecteur d'appropriation de choses incorporelles, de

¹⁰⁹ *ibid.* p.151

¹¹⁰ *ibid.* p.166

¹¹¹ Fabienne Orsi évoque par exemple le rapprochement effectué par Ugo Mattei, juriste italien. – F. Orsi, *Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ?*, Revue internationale de droit économique, 2014/3, p. 371, 3.

¹¹² F. Zénati-Castaing, *La propriété collective existe-t-elle*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz LGDJ, 2009, p.610.

droits.¹¹³ Ces droits étant assimilés à des biens meubles incorporels, il apparaît que si la cotitularité du droit de propriété portant sur des biens corporels n'est pas admise en droit français, la cotitularité de la propriété de certains droits l'est (§1). L'observation de ces formes de cotitularité permet d'en déduire les fondements, susceptibles de légitimer une cotitularité des Communs (§2).

§1 La cotitularité de choses incorporelles

81. Plusieurs exemples de cotitularité de choses incorporelles existent en droit français, à travers lesquels on entrevoit une cotitularité de la propriété de ces choses. Les obligations peuvent faire l'objet d'une cotitularité, qui suggère une cotitularité des droits de créance (A). Certains droits d'auteurs font également l'objet d'une cotitularité qui engendre une cotitularité de la propriété des œuvres concernées (B).

A La cotitularité des obligations

82. Le droit des obligations est régi par le principe de division des obligations. Toute obligation comprenant une pluralité de débiteurs ou de créanciers se divise de plein droit entre ceux-ci¹¹⁴. En principe, les obligations n'ont donc qu'un seul titulaire actif, le créancier, et un seul titulaire passif, le débiteur. On observe ici un parallèle avec le droit des biens : les deux domaines sont marqués par le souhait d'une titularité unique du lien de droit, tant sur le plan actif que passif, qui apparaît comme une situation naturelle.

83. Cependant, là où le droit des biens ne connaît pas d'exception à la titularité unique, le droit des obligations en connaît plusieurs. D'abord, une solidarité active peut être stipulée entre les créanciers d'une même obligation. Celle-ci empêche la division de l'obligation entre chacun des créanciers et entraîne une cotitularité de l'obligation dans la mesure où il n'existe qu'un seul lien entre une pluralité de créanciers et un seul débiteur. Cette cotitularité de l'obligation engendre une cotitularité du droit de créance associé : puisque l'obligation a plusieurs titulaires actifs, il en va ainsi du droit de créance. La propriété du droit de créance fait alors l'objet d'une cotitularité. Chacun des titulaires de ce droit peut l'exercer librement et obtenir paiement de l'obligation objet de la créance. La transposition de cette cotitularité en droit des biens apparaît cependant impossible : d'origine conventionnelle, elle se heurterait à l'ordre public des biens. Celui-ci tend à préserver le caractère individuel du droit de propriété à

¹¹³ J. Laurent, *La propriété des droits*, LGDJ, 2012, Introduction.

¹¹⁴ C.civ. Art. 1309.

travers certaines dispositions comme le droit au partage en matière d'indivision¹¹⁵.

84. Au-delà de la solidarité, la cotitularité active d'une obligation peut aussi résulter de sa nature indivisible¹¹⁶. Les obligations à prestation indivisible sont des obligations ne pouvant rationnellement faire l'objet d'une division, du fait de leur nature. Elles ne peuvent pas être exécutées partiellement : elles ne peuvent l'être qu'entièrement ou ne pas l'être. Il s'agit d'ordinaire d'obligations de livraison d'un corps certain ou d'obligations de ne pas faire¹¹⁷. Il est impossible de ne livrer que partiellement un corps certain, ou de n'exécuter que partiellement une obligation de ne pas faire. Puisque le débiteur est tenu au tout à l'égard de chacun des créanciers, l'indivisibilité empêche la division de l'obligation, laquelle a donc avoir plusieurs cotitulaires actifs. En droit des obligations, l'indivisibilité de l'objet du droit de créance fonde donc la cotitularité active de ce droit. On entrevoit un fondement à la cotitularité : l'indivisibilité de l'objet du droit.

B La cotitularité du droit d'auteur

85. Le droit de la propriété intellectuelle, qui inclut le droit d'auteur, est un champ spécial du droit des biens, dans la mesure où le second constitue en quelque sorte le droit commun du premier¹¹⁸. Cependant, bien qu'elle soit rattachée au droit des biens, la propriété intellectuelle connaît des institutions spécifiques, dont une notamment qui s'émancipe du paradigme d'une titularité unique : l'œuvre de collaboration.

86. L'œuvre de collaboration est définie comme une « *oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* »¹¹⁹. Puisque plusieurs auteurs ont concouru à cette création, ceux-ci ont tous des droits sur ladite œuvre au point que celle-ci constitue « *la propriété commune des coauteurs* »¹²⁰. Autrement dit, tous les auteurs sont propriétaires ensemble de l'œuvre de collaboration. Cette solution innovante est le résultat de la combinaison entre

¹¹⁵ La notion d'ordre public des biens s'est développée concomitamment à l'apparition des droits réels de jouissance spéciale pour restreindre la portée de ceux-ci. Elle est principalement centrée autour de l'absolutisme de la propriété de l'article 544 du Code Civil. V. pour l'utilisation de cette notion d'ordre public des biens les notes de Th. Revet sous Civ. 3e 23 mai 2012 n°11-13.202, RTD Civ., 2012, 553. et Civ. 1ère 28 janvier 2015 n°14-10.013, JCP 2015, 552.

¹¹⁶ C.civ. Art. 1320.

¹¹⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, 10ème éd., Précis Dalloz, 2018, n°1267, p.1254.

¹¹⁸ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4ème éd., LexisNexis, 2015, n°13. p.13.

¹¹⁹ CPI, art. L. 113-2.

¹²⁰ CPI, art. L. 113-3.

l'inaliénabilité du droit moral des auteurs et l'indivisibilité de l'objet de leurs droits¹²¹. En effet, l'inaliénabilité de ce droit, conjuguée avec le caractère commun *ab initio* des droits portant sur l'œuvre de collaboration, entraîne nécessairement une impossibilité de réunir en une seule main tous les droits portant sur l'œuvre.

87. Puisque l'œuvre est commune à l'origine et que les droits des auteurs sont inaliénables, ils ne peuvent se libérer de cette propriété. Ils sont contraints de conserver leurs droits sur l'œuvre. Mais cette inaliénabilité des droits des auteurs n'entraîne pas à elle seule une cotitularité du droit portant sur l'œuvre : il est toujours possible de partager matériellement l'œuvre entre ses titulaires. Seulement, il apparaît que l'œuvre de collaboration est indivisible. En effet, la division de l'œuvre de collaboration serait fatale à celle-ci dans la mesure où elle est plus que le simple agrégat d'œuvres individuelles¹²², dans la mesure où elle résulte d'une collaboration des auteurs¹²³. Son partage irait à l'encontre de son essence. En conséquence, l'œuvre ne pouvant être partagée matériellement, le droit de propriété portant sur celle-ci fait l'objet d'une cotitularité. Cette cotitularité est d'autant plus forte qu'elle est sans échappatoire du fait de l'inaliénabilité du droit moral d'auteur. Là où le cotitulaire d'un droit de créance peut décider de céder sa créance pour sortir de cette situation parfois peu confortable, l'auteur ne le peut. La cotitularité est complète et forcée.

88. Paradoxalement, le législateur a choisi de soumettre l'œuvre de collaboration au régime de l'indivision, mais il s'agit là d'une indivision forcée puisque le droit au partage des indivisaires est paralysé. L'indivisibilité empêche un partage matériel et l'inaliénabilité empêche la licitation du bien. Une telle solution est exceptionnelle en ce qu'habituellement, la cotitularité de droits est régie par les règles de la solidarité active ou des textes spéciaux¹²⁴. Ici, le choix de l'indivision est paradoxal au vu de la situation du bien. Il apparaît néanmoins qu'au vu de la nature du droit d'auteur – celui-ci est très proche conceptuellement d'un droit de propriété – le législateur a préféré cette solution pour ne pas avoir à sortir du carcan général de la titularité unique. Soumettre

¹²¹ G. Salord, *Propriété collective et exclusivité : proposition d'une conciliation des contraires*, in *Les modèles propriétaires, Actes du Colloque International organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, LGDJ, 2012, p.202 - F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, n°349, p.516, cf. CPI, art. L.121-1.

¹²² Dans ce cas, il s'agirait d'une œuvre composite, définie à l'article L.113-2 du Code de la Propriété Intellectuelle comme étant « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ».

¹²³ *ibid.*

¹²⁴ J. Ghestin, J-L. Bergel, S. Ciamonti, J-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil : les biens*, 3ème éd., LGDJ, 2019, n°498, p.584.

l'œuvre de collaboration à une solidarité active aurait été une solution bienvenue mais particulièrement – trop ? – innovante dans un domaine aussi proche du droit des biens.

89. La cotitularité de la propriété des choses incorporelles a donc deux fondements : leur indivisibilité matérielle et leur inaliénabilité qui n'est autre qu'une indivisibilité de la valeur du bien. La première empêche leur partage physique et fonde la cotitularité, la seconde empêche un partage en valeur qui permettrait de réunir l'ensemble des droits dans les mêmes mains.

§2 Une cotitularité de la propriété du Commun

90. L'indivisibilité de l'objet du droit étant la cause de la cotitularité de ce même droit, il apparaît possible de concevoir une cotitularité du droit de propriété portant sur un bien corporel, comme le Commun. Il suffirait que ce bien soit indivisible, physiquement (A) et en valeur, par le biais de son inaliénabilité (B).

A L'indivisibilité matérielle des biens corporels

91. Un obstacle majeur apparaît d'emblée pour penser la cotitularité du droit de propriété : son objet est un bien qui, dans le cadre de Communs fonciers, est corporel. Or l'objet des droits soumis à une cotitularité que nous avons observé est incorporel. La prestation est un objet intellectuel, tout comme le droit d'auteur. Le cas échéant, ces objets intellectuels peuvent avoir une assise matérielle : la prestation peut porter sur des choses matérielles, divisibles, auquel cas elle devient elle-même divisible. En effet, toute chose physique peut être matériellement divisée en plusieurs, sauf à n'être qu'un atome. La corporalité de l'objet d'un droit semble donc déjà être un obstacle à son indivisibilité.

92. Cependant, cette corporalité n'est pas un obstacle absolu dans la mesure où certaines choses corporelles sont matériellement indivisibles¹²⁵. En réalité, elles ne sont pas tant matériellement indivisibles qu'intellectuellement indivisibles : il n'est pas physiquement impossible de les diviser mais, eu égard à leur destination, une telle division serait impensable¹²⁶. La division irait à l'encontre de la destination même de la chose. Ainsi, un cheval de course, s'il peut être divisé matériellement en pièces de viande, doit être considéré comme étant indivisible eu égard à sa fonction principale, celle-ci ne pouvant être

¹²⁵ Ainsi, l'article 1218 ancien du Code Civil prévoit que « *L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle* ».

¹²⁶B. Waltz-Teracol, M. Bacache, *Indivisibilité*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018, 18.

assurée une fois la division matérielle opérée. Tel n'est pas le cas d'un cheval élevé pour finir à l'abattoir. C'est de ce type d'indivisibilité que relève une œuvre de collaboration si celle-ci est physique : il n'y a aucun sens à découper une fresque réalisée par plusieurs artistes de manière commune, sauf à détruire celle-ci.

93. Cette indivisibilité matérielle du bien découlant de sa fonction peut s'appliquer aux biens immeubles. En effet, certains de ces biens, notamment lorsqu'ils sont bâtis, remplissent une fonction qu'ils ne sont plus à même de remplir une fois divisés. Pour cette raison, il existe certaines formes d'indivisions forcées sur des immeubles, comme celle portant sur les parties communes d'un immeuble en copropriété. La fonction des parties communes, qui est globalement d'assurer la bonne jouissance des parties privatives, ne pourrait plus être assurée si elles étaient divisées entre les copropriétaires. Cependant, cette indivisibilité paraît difficilement applicable à des immeubles non-bâtis, comme le sont les *common pool resource*. Ces biens, puisque non-bâtis, sont uniformes et ne sont, en définitive, caractérisés que par leur étendue, plus ou moins grande. Cette uniformité induit que, quelle que soit l'étendue du bien, il pourra remplir sa fonction car il ne comporte pas plusieurs éléments dont la coexistence serait nécessaire au bon fonctionnement du bien. Il est donc possible de diviser les immeubles non-bâtis indéfiniment : l'étendue du bien étant toujours quantifiable mathématiquement, elle pourra toujours être divisée. Il n'y a donc a priori aucune raison de considérer une indivisibilité matérielle de la *common pool resource* faisant l'objet du Commun en droit positif.

B L'inaliénabilité du Commun

94. Au-delà d'une indivisibilité matérielle, pour parvenir à atteindre une cotitularité complète, il faut empêcher que ne s'opère une division du bien en valeur. Cette division en valeur n'est pas tant une division qu'un remplacement du bien par sa valeur monétaire, laquelle est matériellement divisible. Ainsi, la division en valeur du bien implique nécessairement sa vente : pour la contrecarrer, il faut empêcher cette vente, c'est-à-dire rendre le bien inaliénable. L'indivisibilité "monétaire" du bien est donc assimilable à son inaliénabilité : pour échapper à la division en valeur il faut que le bien se situe hors du commerce¹²⁷.

¹²⁷ F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, 33, p.72. Selon les auteurs, « une inaliénabilité perpétuelle mettrait pour l'essentiel le bien hors commerce ».

95. Des clauses d'inaliénabilité peuvent être stipulées dans le cadre de legs ou de donations, retirant ainsi temporairement certains biens du commerce. Néanmoins, leur efficacité est restreinte dans la mesure où leur propriétaire peut être autorisé judiciairement à en disposer¹²⁸. Il apparaît donc que l'inaliénabilité de certains biens ne puisse résulter que de leur nature même et non de la volonté de leur propriétaire. Seuls les biens mis hors du commerce peuvent ainsi échapper à une division en valeur, ce qui est d'autant plus logique qu'ils n'ont pas de valeur monétaire. Ainsi, c'est le législateur qui dessine les contours de cette catégorie des biens mis hors du commerce : il s'agit grossièrement des biens du domaine public, sépultures, souvenirs de famille et des droits spécifiquement attachés à des personnes comme le droit d'auteur.

96. Une *common pool resource* ne pourrait rentrer que dans deux de ces catégories. Elle pourrait bénéficier de l'inaliénabilité en intégrant le domaine public, mais ce serait là admettre l'incapacité du droit privé à accueillir les Communs. Elle pourrait aussi être inaliénable si elle était l'objet de droits spécifiquement attachés à des personnes : ces droits étant inaliénables, elle le deviendrait de fait. Mais le droit de propriété d'une chose corporelle n'est pas spécifiquement attaché à une personne. Contrairement à certains droits réels comme le droit d'usage et d'habitation, aucun *intuitu personae* ne peut apparaître dans le cadre d'un droit de propriété standard. Cependant, la cotitularité de droits d'usage pourrait être admise, si leur objet était matériellement indivisible, du fait de leur nature personnelle.

97. Ainsi, sauf à ce que soit consacrée par le législateur une indivisibilité matérielle et une inaliénabilité des ressources sur lesquelles sont construits les Communs, une cotitularité de la propriété des Communs semble impossible. Cette cotitularité pourrait, au mieux, être précaire, si une indivisibilité matérielle du Commun était admise, eu égard à sa destination sociale.

¹²⁸ C.civ., art. 901, al. 1 : « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige ».

DEUXIÈME PARTIE - L'APPRÉHENSION DES COMMUNS PAR LE DROIT DES BIENS

98. Il faut tirer les conclusions de l'incompatibilité flagrante observée entre le droit de propriété français et les droits des appropriateurs sur le Commun. La propriété étant incapable de s'adapter, il semble que ce soit aux Communs de le faire. Or, justement, ceux-ci sont un cadre souple : basés sur des observations, ils sont indépendants d'une structure juridique particulière. Il est donc nécessaire d'observer si les Communs peuvent s'acclimater au droit des biens français.

Ainsi, si le droit des biens est remis en cause par les Communs à travers la centralité qu'il accorde au droit de propriété, il pourrait néanmoins réussir l'épreuve pratique. Il faut pour cela qu'il puisse accueillir le commun. Pour ce faire, sont nécessaires des structures permettant la mise en place d'un COmmun (Chapitre 1). Mais au-delà de la mise en place, les Communs d'Ostrom répondent à des caractéristiques précises qui permettent un fonctionnement efficace. Il faudra confronter les structures présentes en droit des biens à ces principes pour déterminer leur efficacité (Chapitre 2).

Chapitre 1 - La mise en place des Communs

99. Pour appréhender ce type de biens, il faut déterminer quelles institutions de droit des biens peuvent les accueillir sans entrer en contrariété avec leurs fondements que nous avons évoqués dans la première partie. Il est nécessaire de faire œuvre d'ingénierie juridique et d'étudier les différents régimes pouvant être mobilisés (Section 1), pour ensuite déterminer si les obstacles inhérents à ces régimes rendent possible la prise en charge du Commun par le droit français (Section 2).

Section 1 - Le régime des Communs

100. Pour appréhender les Communs, le juriste doit s'interroger sur le type de communautés à instituer autour de la ressource. Celle-ci déterminera le régime juridique le plus adéquat à recevoir le Commun. Pour accueillir le Commun, Madame Judith Rochfeld propose trois types de communautés et trois régimes juridiques associés à ces communautés¹²⁹. D'abord une communauté négative dans laquelle les appropriateurs ne sont pas déterminés. Le Commun est alors

¹²⁹ J. Rochfeld, *Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ?* in *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, dir. B. Coriat, Les liens qui libèrent, 2015, *passim*.

un bien qui n'est pas approprié, sur le modèle des choses communes, pour que n'importe qui puisse y avoir accès. Ensuite, une communauté positive, dans laquelle les membres du commun sont clairement déterminés. Le Commun fait alors l'objet d'une appropriation collective. Enfin, une communauté diffuse, dans laquelle les membres du Commun ne sont pas déterminés en tant que tels, mais la communauté bénéficiaire de celui-ci est désignée. Dans cette situation, le bien est approprié par un tiers qui assurera la diffusion des utilités du bien.

Le premier modèle rejetant toute appropriation du Commun, il ne pourra être convoqué dans une analyse restreinte au droit des biens¹³⁰. Il convient dès lors de s'intéresser aux moyens dont dispose le droit français pour accueillir une communauté positive (§1) et une communauté diffuse (§2) autour d'un bien.

§1 L'appropriation du Commun par une communauté positive

101. Madame Judith Rochfeld n'entrevoit la communauté positive qu'à travers la focale du droit public¹³¹. Elle s'éloigne du cadre d'un Commun foncier pour s'intéresser aux biens publics mondiaux ou au patrimoine commun de l'humanité. Cependant, cette communauté positive peut aussi être pensée en des termes de droit privé. Or l'idée d'appropriation collective, nécessaire à l'élaboration de cette communauté positive, résonne étrangement avec le concept de propriété collective développé par Louis Josserand¹³². Pour Josserand, cette propriété est caractérisée par le fait qu'un droit de propriété y est reconnu à une pluralité de titulaires, on aperçoit la formation d'une communauté positive de membres déterminés.

Au sein de cette propriété collective, Josserand distingue plusieurs figures : la propriété commune, la propriété indivise et la société. Cette dernière ne conférant pas de droits réels en tant que tels à ses membres, nous verrons si la propriété commune (A) et l'indivision (B) sont des institutions permettant de constituer un commun autour d'une communauté positive.

A La propriété commune

102. La propriété commune est dépourvue de régime unifié en droit français, contrairement à d'autres systèmes juridiques comme le droit allemand à travers la *Gesamte Hand*¹³³. Il s'agit davantage du fruit d'interrogations doctrinales que d'une réalité juridique à part entière. Pour Josserand, en tant que propriété

¹³⁰ Supra, 3.

¹³¹ *Op. cit.* p.97.

¹³² L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, Le Code Civil 1804-1904 : livre du Centenaire, préf. J-L. Halpérin, Dalloz, 2004, *passim*.

¹³³ Littéralement, propriété en main commune.

collective, la propriété commune est caractérisée par la présence d'une pluralité de titulaires de droits de propriété sur un même bien¹³⁴. Mais ici, une collectivité est titulaire du droit de propriété, dont les membres ont un droit à l'usage des biens communs ainsi qu'à leurs fruits. Ce droit est qualifié de droit de créance par Josserand, mais il s'agit d'un droit de créance particulier. Ce n'est pas un droit de créance contre la collectivité, celle-ci étant dépourvue de personnalité morale, mais un droit à l'encontre des autres membres de la collectivité.

103. De l'extérieur, la propriété commune est une masse de biens appartenant à une masse d'individus, protégée par les attributs traditionnels de la propriété. Mais de l'intérieur, pour ses membres, c'est une étendue régie sur le modèle de l'obligation passive universel de Planiol : chacun a des droits qu'il peut opposer aux autres membres afin de bénéficier des utilités de la chose¹³⁵. Dès lors, tout acte de disposition portant sur la chose suppose le consentement de tous les membres, puisqu'aucun des membres ne doit s'y opposer pour qu'il soit valide¹³⁶. Cependant, chacun des membres a, en principe, la possibilité de céder sa créance d'usage à un tiers. Ainsi, la propriété commune échappe partiellement au patrimoine de ses membres : ils ne peuvent effectuer d'acte de disposition sur celle-ci et leurs créanciers ne peuvent saisir les biens possédés en main commune. Ce concept théorique apparaît idéal pour constituer un Commun. La propriété commune est fondée sur une logique d'accès de ses membres aux utilités du bien. La nature des droits de ces derniers est similaire à celle décrite par Ostrom : à mi-chemin entre droit réel et personnel, leur fonction est de permettre l'exploitation du bien par les membres.

104. Bien que la propriété commune soit avant tout une construction doctrinale, il est possible de regrouper sous cette appellation une multitude de régimes juridiques *sui generis*. Le plus connu de ces régimes est la communauté constituée par les époux. Il s'agit, à première vue, d'une propriété commune dans la mesure où la communauté est une masse autonome, distincte du

¹³⁴ L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, Le Code Civil 1804-1904 : livre du Centenaire, préf. J-L. Halpérin, Dalloz, 2004, p. 357. La même définition est adoptée par Monsieur Frédéric Zénati-Castaing pour la propriété collective, v. supra, 80.

¹³⁵ Pour Planiol, n'importe quel droit subjectif n'est qu'un rapport personnel entre deux personnes. Le droit réel ne porte pas directement sur les choses, mais sur une obligation dont les titulaires passifs sont l'ensemble des individus. Ici, les débiteurs de cette obligation ne sont que les autres propriétaires.

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil. Tome 1 Principes généraux, personnes, biens* (complété par G. Ripert et J. Boulanger), 3ème éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1946, 646, 660, 661, 662.

¹³⁶ L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, Le Code Civil 1804-1904 : livre du Centenaire, préf. J-L. Halpérin, Dalloz, 2004, p.375.

patrimoine des deux époux, qu'ils ne peuvent engager complètement seuls. Les biens communs sont appropriés par le biais d'un patrimoine d'affectation, la communauté, sur laquelle chacun des époux a des droits bien qu'il ne s'agisse pas d'une personne morale. Cependant, cette institution est aménagée pour les besoins de la communauté de vie, ce qui implique que les époux ne puissent exercer seuls que des pouvoirs limités sur les biens.

105. D'autres régimes *sui generis* peuvent être rattachés à cette propriété commune, comme les biens acquis conjointement soumis à une clause d'accroissement ou clause de tontine¹³⁷. Grâce à cette clause, le bien est considéré rétroactivement comme ayant été acquis par l'autre acquéreur une fois l'un des acquéreurs décédés. L'acquisition se fait sous une double condition résolutoire du décès du coacquéreur. Or la Cour de Cassation a considéré qu'avant que la condition résolutoire ne se réalise, les tontiniers n'étaient pas soumis au régime de l'indivision. En effet, une fois l'un d'eux décédé, il n'y aura jamais eu qu'un titulaire du droit de propriété¹³⁸, rétroactivement. En attendant, chacun des tontiniers a le droit de jouir indivisément du bien¹³⁹. Plus qu'indivise, cette jouissance est commune et il apparaît qu'en pratique, durant cette période, le bien est soumis à une propriété commune.

106. Le concept de propriété commune semble idéal pour instituer un Commun autour d'une communauté positive. Malheureusement, en l'absence d'un régime général de la propriété commune, cette figure n'existe qu'à travers des régimes spéciaux, restreints à des hypothèses clairement délimitées. Il semble donc qu'il faille se tourner vers une autre figure de propriété collective.

B La propriété indivise

107. La propriété indivise est l'autre face de la propriété collective telle que conçue par Josserand. Elle est aussi marquée par la présence de plusieurs titulaires d'un droit de propriété sur le même bien, mais il s'agit là d'un concours de droits de propriété distincts. Là où la propriété commune ne comprend qu'un seul droit de propriété ayant plusieurs titulaires, dans l'indivision le bien est décomposé pour être soumis à une multiplicité de droits de propriété ayant chacun un titulaire unique. Elle est la principale forme de propriété collective en droit français en raison de sa compatibilité avec la conception individuelle de la

¹³⁷ W. Dross, *Droit des biens*, 4ème éd., LGDJ, 2019, 142, p.155.

¹³⁸ Civ. 1ère 9 févr. 1994 n°92-11.111, RTD Civ. 1995, 151, note F. Zénati-Castaing, RTD Civ. 1995, 159, note J. Patarin.

¹³⁹ *Ibid.*

propriété privée. En effet, puisque dans l'indivision chaque droit de propriété n'a qu'un seul titulaire, la conception individualiste de la propriété n'est pas contredite. Chaque droit de propriété a un sujet, son titulaire, et un objet, une quote-part "idéale" du bien, non matérialisée. Chaque indivisaire a un droit exclusif sur cette quote-part idéale, en application de son droit de propriété, mais un droit de jouissance partagé avec les autres indivisaires sur la totalité du bien, car ces quote-part ne sont pas matérialisées.

108. L'indivision dispose d'un régime juridique propre, initialement pensé pour l'indivision successorale qui intervient entre les héritiers dans l'attente du partage de la succession. Mais il est également possible de soumettre conventionnellement un bien au régime de l'indivision et d'aménager conventionnellement ce régime, ce dernier n'étant que partiellement d'ordre public. Par ailleurs, au-delà de ce régime général, des régimes statutaires régissent des situations particulières : la copropriété et la mitoyenneté, qui peuvent être considérés comme des régimes d'indivision forcée. Le bien y est aussi soumis à un concours de droits de propriété distincts. On observe déjà une certaine flexibilité dans l'indivision : plusieurs régimes existent et il est possible de les aménager. Cette flexibilité semble favorable à l'appréhension des Communs et de leur diversité. Néanmoins, cette propriété collective n'est en réalité que la propriété individuelle d'une quote-part du bien indivis. Loin d'être l'outil le plus adapté, l'indivision doit être vue comme étant, par défaut, un moyen d'appréhender juridiquement l'appropriation collective d'un Commun foncier par des personnes déterminées.

§2 L'appropriation par une communauté diffuse

109. L'idée d'une appropriation du Commun par une communauté diffuse s'appuie sur la figure du « *propriétaire-dépositaire* », développée par Judith Rochfeld¹⁴⁰. Pour elle, le propriétaire-dépositaire est un individu qui a la jouissance de la ressource en tant que propriétaire, mais qui est également dépositaire du Commun. En tant que dépositaire du Commun, il « *aurait à supporter des charges* » permettant aux membres d'une communauté déterminée d'accéder aux utilités du bien¹⁴¹. Cette logique de partage des utilités du bien se rapproche du *bundle of rights*. Or, comme nous l'avons vu, les droits réels sont l'équivalent français du faisceau de droits. Il convient donc

¹⁴⁰ J. Rochfeld, *Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ?* in *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, dir. B. Coriat, Les liens qui libèrent, 2015, p. 99.

¹⁴¹ *Ibid.*

d'observer les possibilités ouvertes en matière de droits réels, par la loi (A) et par la jurisprudence (B).

A La mobilisation des droits réels

110. Au premier abord, les droits réels sont des démembrements du droit de propriété. En tant que tels, ils bénéficient de l'exclusivité attachée au droit de propriété : leur titulaire peut s'en prévaloir pour exclure quiconque violerait l'étendue de son droit. En principe, plusieurs personnes ne peuvent pas être titulaires d'un droit réel portant sur une utilité analogue du même bien. Le nu-proprétaire ne peut bénéficier des utilités tirées de l'usufruit et, dans l'hypothèse d'un cumul entre un droit d'usufruit et un droit d'usage, l'usufruitier ne pourrait pas jouir du bien et ne pourrait qu'en tirer les fruits. L'exploitation concurrente d'utilités déterminées du bien apparaît alors impossible en droit français, au grand dam des Communs.

111. Cependant, l'indivision permet un exercice collectif de ces droits, comme dans le cas des communautés positives. Puisque l'indivision est le concours de plusieurs droits de même nature sur le même objet, elle peut aussi porter sur des droits réels. Elle permet alors l'exploitation concurrente des utilités du bien par les titulaires des droits. Autrefois, la doctrine était mitigée à l'égard d'une telle possibilité et la théorie classique de l'indivision tendait à rejeter l'idée d'une indivision d'usufruit, tout en admettant difficilement celle du nu-proprétaire¹⁴². La loi du 31 décembre 1976, relative à l'organisation de l'indivision est venue clarifier ce point en consacrant l'indivision en usufruit au sein de l'article 815-18 du Code Civil. En admettant cette possibilité, le législateur rend possible l'apparition d'un nu-proprétaire relativement proche de la figure du propriétaire-dépositaire. Celui-ci peut en effet distribuer des droits indivis en usufruit aux membres de la communauté, leur permettant d'exploiter le bien.

112. L'admission de cette forme spécifique d'indivision n'a pourtant pas pour but de faciliter l'exploitation du bien. En réalité, la loi du 31 décembre 1976 appréhende l'indivision sous l'angle de l'indivision successorale et vise avant tout à simplifier le partage de ces dernières. En introduisant l'indivision en usufruit, l'objectif n'est pas de permettre la création conventionnelle d'indivisions en usufruit mais d'inclure l'usufruitier dans l'indivision entre nu-proprétaires, pour faciliter les opérations de partage. Preuve en est, l'usufruitier peut être invité à participer aux conventions d'indivision avec les

¹⁴² M. Dagot, *L'indivision : commentaire de la loi du 31 décembre 1976*, Librairies Techniques, 1978, p.259.

nu-propriétaires alors même qu'il n'est pas en indivision¹⁴³. L'article 815-18 du Code Civil étant le résultat d'un pragmatisme du législateur et non d'une volonté d'élargir le champ de l'indivision, il paraît malavisé de considérer sur ce seul fondement que l'indivision puisse porter sur n'importe quel droit réel. La seule possibilité dès lors ouverte aux Communs par la loi est celle d'un nu-propriétaire dépositaire, écarté de la jouissance de son bien par une communauté diffuse d'usufruitiers. Le cadre n'est pas flexible.

B Les possibilités ouvertes par la jurisprudence

113. Dans la continuité de la loi du 31 décembre 1976, le juge a reconnu l'existence d'indivisions spécifiques. La jurisprudence a d'abord pu admettre l'existence d'une indivision "en jouissance" entre usufruitier et propriétaire lorsque chacun d'eux était titulaire de droits sur une quote-part des biens d'une succession¹⁴⁴. Puisque chacun des héritiers peut jouir des biens, la Cour de Cassation a considéré que l'indivision habituellement reconnue entre une pluralité de successeurs était ici une indivision ne portant que sur la jouissance. Le régime de l'indivision vient alors à s'appliquer entre des personnes ne disposant pas d'un droit strictement analogue sur la chose.

114. En se basant sur cette solution, la troisième Chambre Civile a considéré qu'un droit d'usage et d'habitation était indivis lorsqu'un propriétaire et un titulaire d'un droit d'usage et d'habitation exerçaient conjointement leurs droits sur le même bien¹⁴⁵. La solution appliquée par la jurisprudence à l'usufruit est ici généralisée à un autre droit réel : le droit d'usage et d'habitation. Elle est aussi généralisée à tous les cas d'indivision : celle de l'espèce est conventionnelle, le droit d'usage y étant constitué *per retentionem* suite à la vente de la quote-part indivise du bien. Mais au-delà, cet arrêt clarifie la jurisprudence en indiquant expressément que l'indivision « *peut ne porter que sur une partie des droits des intéressés* ». Une indivision peut donc exister entre titulaires de droits distincts sur le même bien, dès lors qu'une partie de ces droits se superposent dans la réalité. Cette portion de droits qui se superposent sera indivise, ce qui élargit le

¹⁴³ C. civ. Art. 1873-16 : « *Lorsque les biens indivis sont grevés d'un usufruit, des conventions [...] peuvent être conclues, soit entre les nus-propriétaires, soit entre les usufruitiers, soit entre les uns et les autres. Il peut y avoir pareillement convention entre ceux qui sont en indivision pour la jouissance et celui qui est nu-propriétaire de tous les biens, de même qu'entre l'usufruitier universel et les nus-propriétaires.* »

¹⁴⁴ Civ. 1ère 19 janv. 1999, n° 96-18.303.

¹⁴⁵ Civ. 3e 7 juillet 2016, n° 15-10.278, JCP 2016.1102, obs. B. Sturlèse, RDI 2016.541, note J-L. Bergel, RTD Civ. 2017.180, note W. Dross.

domaine d'application de l'indivision à de nombreuses configurations. On peut, par exemple, imaginer que si un usufruitier et le titulaire d'un droit d'usage exerçaient leurs droits sur le même bien, le droit d'usage serait indivis entre eux. Ainsi, un propriétaire-dépositaire pourrait exploiter son bien avec les usagers, mais aussi établir une hiérarchie, certes, de façade, entre ces derniers en instituant des usufruitiers et de simples usagers.

115. Un autre arrêt du 16 mai 2001 vient élargir les cas d'application du régime de l'indivision¹⁴⁶. La Cour de Cassation y reconnaît implicitement qu'un droit de jeu consenti à plusieurs usagers est indivis entre eux. La nature d'un tel droit de jeu peut être discutée : il peut être rattaché au droit d'usage, tout en admettant son caractère *sui generis*, mais peut aussi être considéré comme un droit réel hors le Code Civil. Dans tous les cas, la ressemblance avec les droits réels de jouissance spéciale est frappante. Le droit d'utiliser un terrain de golf en vue de jouer peut être considéré comme « *un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale* » d'un bien au sens de l'arrêt Maison de la Poésie I. Il semble donc que le régime de l'indivision puisse s'appliquer à tous les droits réels, même innommés.

La jurisprudence introduit dès lors une grande flexibilité dans la mesure où une multitude de droits réels de jouissance spéciale peuvent être consentis par un propriétaire et être exercés conjointement par une pluralité de titulaires. Et ce, en dehors de tout contrat. L'indivision de droits réels ouvre au propriétaire-dépositaire un nombre infini de configurations de droits possibles.

Section 2 - Les obstacles inhérents aux régimes d'indivision

116. L'indivision semble être la figure juridique la plus adéquate pour appréhender les Communs. Il convient donc de s'intéresser à ses limites intrinsèques et à ses contraintes majeures. Ces contraintes sont nécessairement liées à la nature même de l'indivision, celle-ci étant à mi-chemin entre la propriété individuelle et la propriété collective. En effet, bien qu'elle soit un outil de propriété collective, l'indivision vise avant tout à satisfaire les intérêts individuels des indivisaires. Ces obstacles sont propres au type d'indivision considéré : indivision de droit commun ou indivision forcée. L'indivision de droit commun, ayant pour objet tant des droits de propriété que des droits réels, est précaire (§1). Les indivisions forcées, du fait de leur singularité, sont quant à elles spatialisées (§2).

¹⁴⁶ Civ. 3e 16 mai 2001, n°98-14.062, AJDI 2002, 26, obs. S. Beaugendre.

§1 La précarité de l'indivision de droit commun

117. L'indivision de droit commun est caractérisée par sa nature temporaire. Il n'y a d'indivision que dans la perspective d'une division future. L'indivision post-communautaire ou l'indivision successorale en sont des exemples évocateurs : leur vocation est d'être partagées. Elles sont transitoires par nature et n'existent qu'en raison de l'intérêt qu'ont les indivisaires à gérer les biens indivis en commun dans l'attente du partage. Cette précarité n'est pas explicitée dans la loi : le législateur n'a pas prévu de durée expresse au terme de laquelle les biens indivis seraient partagés. Il préfère laisser cette précarité entre les mains des indivisaires, lesquels ont un droit au partage (A) tempéré à plusieurs égards (B).

A Le droit au partage des indivisaires

118. L'indivision est une figure anormale de la propriété dans la mesure où il s'agit d'une propriété collective. Pour rester dans le giron de la propriété telle que définie par le Code Civil, elle confère aux indivisaires des droits équivalents à ceux des propriétaires traditionnels. Mais ces droits ne sont que théoriques puisqu'ils ne portent que sur la quote-part indivise. Pour que l'indivisaire reste un propriétaire, il est nécessaire qu'il soit en capacité d'exercer ces droits en pratique et donc qu'il puisse mettre un terme à cette situation anormale. C'est pourquoi chaque indivisaire dispose d'un droit discrétionnaire au partage de l'indivision. Ce droit au partage est le fondement de l'indivision dans la mesure où sans lui, il s'agirait d'une propriété commune de fait, en contradiction avec la propriété telle qu'elle est conçue par le droit français.

119. En toute logique, l'article 815 du Code Civil dispose donc que « *Nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou par convention* ». Cette disposition est considérée par certains auteurs comme étant d'ordre public¹⁴⁷. Il n'est pas possible d'y déroger conventionnellement : si un sursis au partage peut être acté judiciairement ou conventionnellement, il est limité dans le temps à respectivement deux et cinq ans¹⁴⁸. Ce droit au partage constitue un obstacle majeur à l'appréhension des Communs par l'indivision. D'abord, le partage du Commun aboutit naturellement à sa destruction dans la mesure où il serait divisé en une multitude de propriétés individuelles. De plus, une telle division serait moins optimale sur le plan économique¹⁴⁹, et irait à l'encontre de

¹⁴⁷ F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, p.535, 358.

¹⁴⁸ C. civ. Art. 820 et C.civ. Art. 1873-1.

¹⁴⁹ Supra, 7.

la vocation environnementale des Communs fonciers étudiés. En effet, le Commun a pour fonction de protéger les *common pool resources* de la surexploitation. Cette préservation est alors justifiée tant par des considérations économiques d'efficacité que par des considérations éthiques, la ressource et le Commun sociologique pouvant être considérés comme un bien en soi¹⁵⁰.

120. La possibilité qu'un indivisaire, parmi des dizaines voire des centaines dans un Commun de grande ampleur, puisse réduire à néant le Commun et ses avantages apparaît incompatible avec la théorie des Communs. L'indivision conventionnelle pourrait constituer un palliatif à cet obstacle mais le problème resterait le même. Le Commun serait préservé pour cinq ans, mais la pérennité qui sous-tend l'exploitation de ces biens serait malgré tout remise en cause.

B Les tempéraments du droit au partage

121. Si le partage est un droit d'ordre public, il peut néanmoins être tempéré judiciairement à travers la préservation des intérêts de chacun (1) ou en pratique par l'impossibilité de procéder au partage (2).

1. Le tempérament judiciaire du partage

122. Le juge peut tempérer le droit au partage, au-delà des sursis qu'il octroie, en conciliant les intérêts des indivisaires grâce à un partage partiel. L'article 824 du Code Civil permet l'attribution éliminatoire de sa quote-part à l'indivisaire sollicitant le partage, à la demande des autres indivisaires, pour maintenir l'indivision entre ces derniers. L'indivisaire sollicitant le partage se voit alors attribuer une partie des biens indivis lorsque cela est possible, ou obtient des autres indivisaires une soulte correspondant à la valeur de sa quote-part.

123. Cette protection, automatique contrairement au sursis judiciaire, favorise la pérennité de l'indivision et serait d'autant plus utile dans le cadre des Communs que la valeur de la quote-part des membres est minime eu égard au nombre d'indivisaires. Les moyens financiers nécessaires à l'attribution éliminatoire en seraient d'autant plus réduits que la charge de la soulte serait répartie entre tous les autres membres. En définitive, le droit au partage ne viendrait pas questionner l'existence même du Commun mais constituerait seulement une contrainte financière pouvant peser ponctuellement sur ses membres.

¹⁵⁰ Des auteurs comme Isabelle Stengers et Serge Gutwirth font par exemple oeuvre de partialité en considérant que le commun doit être protégé car il constitue une finalité en soi. V. par exemple S. Gutwirth, I. Stengers, *Théorie du droit. Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons*, Revue Juridique de l'environnement, 2016/2, p.306.

2. Le tempérament pratique du partage

124. Le droit au partage des indivisaires est aussi tempéré par l'impossibilité de sa mise en œuvre pratique dans certaines situations. Dans le cadre d'indivisions de droits réels démembés, le partage en nature est fréquemment impossible et la licitation est l'unique moyen de sortir de l'indivision¹⁵¹. Mais cette licitation est peu intéressante pour l'indivisaire, du fait de la faible valeur du droit démembé, d'autant plus qu'il lui sera difficile de trouver un acquéreur intéressé par ce droit¹⁵².

125. La solution à ces problèmes est d'opérer la licitation de la pleine propriété, au détriment des autres titulaires de droits réels sur le bien. Le législateur ouvre cette possibilité aux indivisaires en usufruit lorsque la licitation de la pleine propriété « *apparaît seule protectrice de l'intérêt de tous les titulaires de droit sur le biens indivis* »¹⁵³, c'est-à-dire lorsque le partage ou la licitation de l'usufruit sont impossibles. Pour les indivisaires en nue-propriété, cette possibilité est expressément exclue en cas de désaccord de l'usufruitier¹⁵⁴.

126. Il convient dès lors de déterminer laquelle de ces solutions serait applicable aux indivisions de droits réels de jouissance spéciale. On entrevoit à travers les articles 817 et 815-5 du Code Civil une préférence du législateur pour les personnes directement affectés par le partage : les usufruitiers. En effet, le nu-propriétaire ne tire pas profit des utilités du bien tant que la propriété est démembée. Le partage ne l'affecte pas outre mesure puisque le bien en lui-même n'a pas d'intérêt pour lui : seule la valeur commerciale de la nue-propriété l'intéresse. À l'inverse, l'usufruitier est directement affecté par le partage dans la mesure où il jouit des utilités de la chose elle-même, utilités qui ne seraient pas remplaçables en tant que telles par un équivalent monétaire. Ainsi, le législateur privilégie la personne qui est, en pratique, la plus proche du bien considéré, au détriment de l'autre.

¹⁵¹ W. Dross, *Droit des biens*, 5ème éd., LGDJ, 2021, p.148, 161.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ C. civ. Art 817.

¹⁵⁴ C. civ Art. 815-5 al.2 - Civ. 1ère 17 janv. 2006 n°04-13.789; V. également Civ. 1ère 13 juin 2019 n°18-17.347 pour l'action oblique en partage du créancier d'un indivisaire en nue-propriété. W. Dross estime cependant que la licitation de la pleine propriété serait possible par l'intermédiaire de la conversion de l'usufruit en rente viagère ou en capital au moyen des articles 759 et 761 du Code Civil, *Ibid.*

Contra. Ces articles étant circonscrits à la situation du conjoint survivant, une telle conversion n'est pas généralisable à tous les cas d'indivisions de nue-propriété : le droit au partage de l'indivisaire est définitivement paralysé en dehors de ces situations.

127. Il s'avère que les droits réels de jouissance spéciale sont bien plus proches de l'usufruit que de la nue-propriété, dans la mesure où ils permettent comme la première de jouir d'utilités du bien. Ils sont en somme un dérivé du droit d'usage et d'habitation, lui-même dérivé de l'usufruit¹⁵⁵. Cependant, dans le cas d'une indivision en usufruit, la licitation de la pleine propriété n'impacte pas d'autres titulaires de droits de jouissance. Elle ne touche que les usufruitiers. Dans le cas d'une indivision de droits réels de jouissance spéciale, elle pourrait affecter des personnes titulaires de droits distincts. En effet, dans l'optique d'une distribution complète des utilités du bien, on peut imaginer que coexistent plusieurs indivisions de droits portant sur des utilités distinctes du bien. Dès lors, la licitation de la pleine propriété qui interviendrait suite à la demande en partage d'un indivisaire affecterait les titulaires d'autres droits de jouissance, comme la licitation par le nu-propriétaire affecte les usufruitiers. Au vu de la volonté du législateur de protéger les personnes bénéficiant des utilités du bien, la licitation ne pourrait pas porter sur la pleine propriété. Le droit au partage serait alors neutralisé dans les faits, sauf pour les indivisaires à accepter l'attribution éliminatoire de leur quote-part. La précarité de l'indivision de droit commun est donc relative : les indivisaires peuvent, en pratique, rendre cette indivision durable.

§2 La spatialité des indivisions forcées

128. Face aux indivisions de droit commun caractérisées par leur précarité existent des indivisions forcées spécifiques, dans lesquelles le droit au partage est paralysé. Celles-ci apparaissent plus compatibles avec les Communs dans la mesure où la précarité consubstantielle à l'indivision disparaît pour une plus grande pérennité, voire une perpétuité. Cependant cette pérennité de l'indivision va de pair avec une spatialité de celle-ci. En effet, l'indivision forcée est l'accessoire d'un bien privatif (A) et la copropriété, qui en est la déclinaison la plus commune, dispose d'un régime spécifique cantonné à des configurations spatiales circonscrites (B).

A L'accessoire d'un bien privatif

129. L'apparition de la notion d'indivision forcée résulte de la jurisprudence. Le juge français a décidé de recourir à l'indivision pour régir le fonctionnement de certains biens tout en paralysant le droit au partage, en qualifiant ces indivision de « *forcées et perpétuelles* »¹⁵⁶. Puisque perpétuelles et forcées, ces

¹⁵⁵ Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de Droit Civil : Tome 2 Les biens, droits réels principaux*, 6ème éd. Economica, 2019, 574-5, p.347.

¹⁵⁶ Cass. Civ., 15 février 1858, S. 1858.1.347 ; Civ. 1ère, 12 févr. 1985, n° 84-10.301, Bull. civ. I, n° 58 ; Cass. Civ. 1ère, 28 févr. 2006, n° 04-15.937.

indivisions vont à l'encontre du droit au partage, bien que ce dernier soit par ailleurs considéré comme un principe supra-législatif à valeur constitutionnelle¹⁵⁷. Cette dérogation, si elle apparaît contradictoire avec l'idée d'indivision, est justifiée par la finalité même de ces indivisions. Contrairement aux indivisions de droit commun, leur vocation n'est pas d'aboutir au partage des biens indivis mais de permettre la jouissance de la chose indivise par plusieurs personnes. En effet, les indivisions forcées sont spécifiques en ce qu'elles portent sur des biens qui constituent un accessoire nécessaire à l'exploitation de biens privés. Elles tendent à réaliser l'intérêt personnel du propriétaire en lui garantissant la possibilité de tirer éternellement le plein bénéfice de son bien¹⁵⁸.

130. Cet accessoire est avant tout matériel. Il ne peut pas s'agir d'un accessoire économique, tiré de l'utilité économique du bien indivis pour le bien privé et de l'intention de le mettre à son service. C'est la localisation du bien et sa fonction première qui en font un accessoire. Sa spatialité rend sa jouissance commune nécessaire pour la bonne exploitation des fonds attenants. Ainsi, les indivisions forcées telles que conçues par la jurisprudence sont spatialisées : elles s'inscrivent dans une certaine configuration de l'espace qui les rendent indispensables. La jurisprudence a ainsi soumis à ce régime des chemins communs ou cours communes servant à l'usage de fonds voisins¹⁵⁹, dans le cadre desquelles elle a fait apparaître cette notion. L'indivision forcée permettrait d'insérer une pérennité dans le Commun, dont l'existence deviendrait indépendante de la volonté de ses membres. Cependant l'exigence que le bien indivis constitue l'accessoire nécessaire à l'exploitation d'un bien privatif rend sa mise en œuvre difficile.

B Un statut circonscrit à certaines configurations spatiales

131. L'indivision forcée comporte plusieurs déclinaisons légales : la mitoyenneté et la copropriété. Puisque la mitoyenneté ne concerne que les structures

¹⁵⁷ F. Zénati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, 358, p.535.

¹⁵⁸ Cette vision est à nuancer dans la mesure où, dans les situations d'indivisions forcées admises par la jurisprudence, la fin de l'indivision coïnciderait dans les faits avec l'apparition d'une servitude de passage sur le chemin anciennement indivis. De même, la servitude judiciaire de cour commune pourrait s'appliquer en lieu et place d'une indivision perpétuelle portant sur une cour commune.

¹⁵⁹ M. Dupré, *L'indivision forcée et perpétuelle, inspiratrice des biens communs*, Revue du centre Michel de l'hospital, 2019, Vol. 19, consulté le 8 avril 2022 sur <https://revues-msh.uca.fr/revue-cmh/index.php?id=224>

délimitant des fonds, elle n'est pas à même d'accueillir les Communs, au contraire de la copropriété qui tend à constituer la figure hégémonique de cette institution.

132. La copropriété est un régime juridique particulier en ce qu'il combine des droits exclusifs des propriétaires sur les parties privatives de l'immeuble et des droits concurrents de jouissance sur les parties communes¹⁶⁰. Ces droits sont réunis au sein d'un lot de copropriété composé de parties privatives et d'une quote-part des parties communes. Le statut de la copropriété s'applique donc bien à toutes les parties, bien que la partie privative soit la propriété exclusive de chaque propriétaire¹⁶¹. Preuve en est, le syndicat des copropriétaires peut porter atteinte aux parties privatives notamment lors de la réalisation de travaux¹⁶². La copropriété entraîne ainsi une indivision forcée des parties communes, lesquelles sont l'accessoire des parties privatives puisqu'elles en permettent la jouissance.

133. Ainsi, si le critère d'accessoire matériel est présent dans la copropriété, il est renforcé par d'autres critères : ceux d'application de ce régime. En effet, l'article 1er de la loi n°65-577 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis soumet au régime de la copropriété les « *immeubles bâtis ou groupe d'immeubles bâtis à usage total ou partiel d'habitation* »¹⁶³. Le statut de la copropriété est d'application obligatoire à ce type de biens, lesquels se distinguent à plusieurs égards des Communs tels que nous les envisageons. En effet, les Communs peuvent parfois comporter des aménagements bâtis mais sont rarement constitués uniquement de bâti, sauf dans le cas des tiers-lieux. Par ailleurs, ils ne sont en aucun cas destinés à un usage d'habitation, même partiel, puisque leur fonction est avant tout économique ou sociale.

134. Parallèlement à cette application statutaire, le régime de la copropriété peut s'appliquer conventionnellement à « *tout ensemble immobilier qui, outre des terrains, des volumes, des aménagements et des services communs, comporte des parcelles ou des volumes, bâtis ou non, faisant l'objet de droits*

¹⁶⁰ C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de Droit Civil : Tome 2 Les biens, droits réels principaux*, 6ème éd. Economica, 2019, 724 et s., p.456.

¹⁶¹ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, Art. 2.

¹⁶² W. Dross, *Droit des biens*, 5ème éd., LGDJ, 2021, p.187, 212.

¹⁶³ La jurisprudence a néanmoins pu appliquer ce régime à des biens comportant des lots non-bâtis, ces lots étant transitoires les constructions devant y être réalisées étant préalablement déterminées, V. Civ. 3e 14 nov. 1991, n°89-21.167, D. 1992. 277, obs. D. Tomasin.

de propriété privés »¹⁶⁴. Les critères d'application sont ici beaucoup plus souples puisque la copropriété peut porter sur des éléments communs qui peuvent n'être que des "terrains" ou des "aménagements" et que les éléments privés peuvent être "non-bâti".

135. La vocation de cette copropriété conventionnelle est de régir des éléments communs à l'exploitation de deux fonds distincts. La jurisprudence a pu reconnaître son application à des services de chauffage ou de gardiennage communs ou encore à des aires de stationnement communes¹⁶⁵. Néanmoins, contrairement au cas de la copropriété statutaire, le régime de la copropriété ne s'applique qu'à ces espaces communs. Là où la copropriété statutaire intègre les parties privées dans les lots et vient empêcher le titulaire de ce dernier de disposer des pleins droits d'un propriétaire, la copropriété conventionnelle laisse aux propriétaires des fonds voisins leur autonomie. Elle a pour seule fonction de placer les éléments communs dans une indivision forcée.

Par ailleurs, la définition de l'ensemble immobilier se confond avec les conditions de soumission conventionnelle au statut de la copropriété. En effet, l'ensemble immobilier doit, pour être qualifié comme tel, comporter un foncier éclaté c'est-à-dire des éléments faisant l'objet de droit de propriété privés, et des éléments fédérateurs, autrement dit des services communs. Dès lors qu'on est en présence d'un ensemble immobilier, l'application conventionnelle du régime de la copropriété est donc possible.

136. En réalité, ces conditions d'application conventionnelle viennent renforcer la dimension accessoire de l'indivision forcée. Les exemples d'application de ce régime montrent que la propriété privée est de dimension relativement importante comparativement aux éléments soumis au statut de la copropriété. À l'inverse, dans la perspective des Communs, les éléments privés ne pourraient qu'être accessoire à la *common pool resource* dont la jouissance serait commune. La finalité étant l'exploitation du bien en indivision forcée et non l'exploitation du bien objet de droits de propriété individuels, la spatialité intrinsèque à l'indivision forcée rend en principe celle-ci incompatible avec les Communs.

¹⁶⁴ Loi n°65-557 du 10 juillet 1965, Art. 1, II, 2°

¹⁶⁵ P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J-M. Roux, *La copropriété, 2021-2022*, 122.21, p.101.

Chapitre 2 - L'efficacité du Commun

137. Les Communs peuvent se fondre dans un régime juridique permettant de construire une communauté, qu'elle soit positive ou diffuse : l'indivision. Cependant, l'existence des Communs est, à l'origine, justifiée par leur efficacité économique comparée à la propriété individuelle. Ainsi, si le droit français doit conférer un régime juridique aux Communs, ce régime doit être digne de cette efficacité. Dès lors, il faut déterminer si le fonctionnement des biens indivis est à même de rendre l'exploitation du Commun efficace, ou a minima plus efficace qu'une exploitation privée. Une telle analyse ne saurait être catégorique : l'indivision n'est jamais qu'un cadre, un ensemble de règles constitutionnelles¹⁶⁶ dans lequel le Commun évoluera. Il est impossible de se prononcer formellement sur l'efficacité de l'indivision pour accueillir le Commun, d'autant plus au vu de la variété de ressources sur lesquelles peut porter ce dernier. Il reste néanmoins possible d'étudier la compatibilité de la structure indivisaire avec les principes de conception des Communs dégagés par Ostrom. Ceux-ci constituent des préalables à une exploitation durable du Commun.

138. Ostrom montre que dans les Communs, il existe deux difficultés majeures. D'abord, les appropriateurs doivent s'engager les uns envers les autres de manière crédible : la crédibilité des engagements induit que tous les participants respectent les règles, ce qui empêche l'apparition de stratégies non-coopératives. Ensuite, une surveillance des appropriateurs doit être organisée, pour sanctionner les infractions aux règles du Commun. Pour fonctionner de manière efficace, il faut donc observer si l'indivision peut donner une crédibilité aux engagements des participants (Section 1) et produire une surveillance mutuelle effective de ceux-ci (Section 2).

Section 1 - La constitution d'engagements crédibles

139. La constitution d'engagements crédibles est un élément majeur des Communs. Pour que le Commun fonctionne, les appropriateurs doivent s'accorder sur des règles qui seront suivies par tous, règles qui seront de

¹⁶⁶ Dans l'analyse d'Ostrom, plusieurs niveaux de règles coexistent dans le cadre d'un commun. Des règles constitutionnelles, qui déterminent comment sont opérés les choix constitutionnels, ont pour objet la gouvernance, l'adjudication ou la modification du commun. Ces choix constitutionnels permettent de déterminer quelles sont les règles de choix collectifs, qui vont elles même déterminer comment seront élaborées les politiques autour du commun ainsi que la gestion et l'administration du commun. Ces choix collectifs détermineront quant à eux les règles opérationnelles, régissant les droits opérationnels.

E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010, p. 70.

nature à pérenniser la ressource. Ces règles sont respectées puisqu'elles sont partagées entre tous les appropriateurs. C'est la crédibilité des engagements des autres appropriateurs qui fonde le respect de ces règles. À l'inverse, le défaut de crédibilité de l'engagement des autres entraînera leur transgression. Aucun membre ne souhaite être dupé et être le seul à tenir un engagement fait par tous. Pour rendre ces engagements crédibles, Ostrom montre que les limites du Commun doivent être clairement définies (§1). Par ailleurs, les règles opérationnelles doivent être élaborées en concordance avec le contexte du Commun et doivent l'être le plus collectivement possible (§2).

§1 Une définition effective des limites du Commun

140. Pour que les engagements des membres soient crédibles, il faut que l'exploitation de la ressource puisse être durable afin que les acteurs s'inscrivent dans des stratégies de long-terme. Dès lors, il faut que l'étendue de la ressource et les personnes pouvant se l'approprier soient clairement définis (A) pour que puissent être exclus de la ressource des tiers (B). Ainsi, aucun comportement de passager clandestin¹⁶⁷ ne pourra saborder l'exploitation du Commun.

A Une définition de la ressource et des appropriateurs

141. Dans le cadre du droit des biens français, les droits portant sur un bien sont nécessairement définis puisqu'ils sont individuels. Ils ne peuvent être attribués à une communauté indéfinie comme dans certains exemples de pêcheries étudiés par Ostrom. Les droits des indivisaires, s'ils ne sont pas exclusifs à l'égard des autres indivisaires en raison de la jouissance partagée du Commun, le sont bien à l'égard des tiers. Les bénéficiaires du Commun sont clairement définis. En réalité, le problème de la délimitation des appropriateurs apparaîtrait lors de la mise en place de l'indivision, au cours de laquelle il faudrait déterminer qui serait susceptible de s'approprier le Commun.

142. Cette nécessité d'une délimitation claire des individus habilités à gérer la ressource rentre en contradiction avec l'idée d'une appropriation négative du Commun évoquée par Judith Rochfeld. Cette approche, que nous avons exclu de nos développements¹⁶⁸, empêche une délimitation claire des individus

¹⁶⁷ Formulé par M. Olson en 1987, le problème du passager clandestin apparaît dans le cadre d'un bien commun. Un individu rationnel aura intérêt à profiter des biens publics tout en tentant pas tous les moyens d'échapper aux coûts que constituent son maintien ou sa constitution - A. Silem, A. Gentier, J-M. Albertini, W. Aidi, L. Azouaou, C. Bastidon-Gilles, *Lexique d'Économie*, 14ème éd., Dalloz, 2016, *Paradoxe de l'action collective*, p.626.

¹⁶⁸ Supra, 100.

habilités à utiliser la ressource. En l'absence d'appropriation de la ressource, si le nombre d'appropriateurs potentiels est fort et que la demande d'unités de ressource est élevée, une destruction de la ressource serait d'autant plus probable. On retomberait somme toute sur la théorie des Communs de Garrett Hardin.

143. Par ailleurs, dans le système français de propriété, la ressource faisant l'objet du Commun tend à être clairement délimitée. En effet, dans la perspective d'une appropriation de la ressource commune, les limites de la ressource coïncideraient avec les limites des droits portant sur celle-ci. Or les droits fonciers sont délimités par le plan cadastral : la ressource est ainsi géographiquement délimitée de manière précise. Il pourrait s'agir d'une forêt présente sur un espace déterminée, de l'eau présente dans une nappe phréatique localisée, etc. Cette assise matérielle de la ressource conjuguée à la délimitation géographique des droits de propriété permet de délimiter clairement la ressource.

144. Néanmoins, plusieurs ressources échappent à un tel raisonnement. Il existe des ressources qui, du fait de leur mobilité, s'accordent mal à une telle délimitation. Les ressources issues de la chasse et de la pêche, eu égard à la mobilité des animaux, ne peuvent pas être clairement délimitées : les poissons migrent naturellement. Elles n'ont pas une nature immobilière et peuvent donc sortir de l'étendue appartenant au Commun pour être exploitées par des riverains, qui pourraient alors s'approprier la ressource sans appartenir au Commun. Le droit des biens ne permettrait pas de délimiter clairement cette ressource, sauf à concéder aux appropriateurs des droits de jouissance spéciale très étendus géographiquement, portant sur des utilités bien déterminées. On pourrait par exemple envisager un droit réel de pêche aux palourdes portant sur une large portion de littoral, si le littoral pouvait faire l'objet d'une appropriation.

B Une exclusion des tiers de la ressource

145. Pour Ostrom, cette délimitation du Commun doit être accompagnée par la possibilité pour les appropriateurs d'exclure des tiers de la ressource. Cette exclusion est primordiale en ce qu'elle constitue le pendant de la délimitation du Commun : la délimitation théorique permet en pratique l'exclusion des tiers dépourvus de droits du Commun. Dans le contexte du droit français, cette

exclusion est très facile à mettre en œuvre dès lors que les membres du Commun sont titulaires de droits réels.

146. En effet, dans le cadre d'une indivision en pleine propriété, chacun des indivisaires peut seul prendre les mesures nécessaires à la protection des biens indivis¹⁶⁹. Dans le cadre de ces mesures, n'importe quel indivisaire peut exercer seul des actions visant à expulser des occupants dépourvus de droits sur le bien indivis ou des actions en revendication du bien le cas échéant¹⁷⁰. Ici, ce n'est pas tant le régime de l'indivision que les actions relatives aux droits de propriété qui permettent l'exclusion des tiers. C'est du fait du caractère réel de leurs droits que les indivisaires bénéficient de telles actions.

147. Les titulaires de droits réels bénéficient également de la possibilité d'exclure les tiers du bien, par le biais d'actions réelles. En effet, l'usufruitier dispose d'un équivalent de l'action en revendication du propriétaire : l'action confessoire d'usufruit, qui permet d'exiger du possesseur la remise de la chose¹⁷¹. De même, l'usufruitier peut exercer des actions possessoires contre tout auteur de trouble à sa jouissance, voire agir en responsabilité contre celui-ci au titre du trouble de jouissance subi. Ces actions, liées à sa qualité de titulaire de droits réels, devraient pouvoir bénéficier aux titulaires de droits réels de jouissance spéciale, ceux-ci n'étant que l'émanation d'un usufruit restreint¹⁷². L'application de l'article 815-2 du Code Civil précité permet là encore aux indivisaires en usufruit d'exercer seul ces actions.

148. Ainsi, qu'il s'agisse d'une indivision en propriété ou d'une indivision de droits réels, voire simplement d'un concours de droits réels de jouissance spéciale, les membres du Commun seraient protégés de l'intrusion de tiers grâce aux droits établis sur le Commun. Cependant, les membres sont aussi protégés de tiers qui souhaiteraient acquérir ces droits pour exploiter la ressource. En effet, chaque indivisaire est titulaire d'un droit de préemption sur les autres quote-parts du bien indivis¹⁷³. Ainsi, les indivisaires peuvent décider d'exclure des tiers souhaitant entrer dans l'indivision en exerçant ce droit, les empêchant ainsi d'entrer dans le Commun.

¹⁶⁹ C.civ. Art. 815-2.

¹⁷⁰ F. Terré, Ph. Simler, *Droit Civil : les biens*, 10ème éd., Dalloz, 2018, 565, p. 463.

¹⁷¹ *Op. cit.*, 820 p.738. et Civ. 1ère 8 mai 1973 obs. Goubeaux JCP 1973 II, 17566. 820, p. 738.

¹⁷² *Supra*, 55.

¹⁷³ C.civ. Art. 815-14.

149. Toute utilisation de la ressource par de nouveaux acteurs, qu'elle soit légale ou non, pourrait être empêchée par les indivisaires. L'indivision est ainsi un régime pertinent pour délimiter le champ du Commun et en exclure les tiers. Elle permet d'éviter une surexploitation du Commun par des tiers, mais, comme tout régime d'appropriation, elle appréhende difficilement les ressources mobiles par nature.

§2 Des règles pertinentes établies collectivement

150. Une fois les limites du Commun posées, la ressource ne peut plus être exploitée par des personnes extérieures. Cependant, la surexploitation de la ressource peut toujours provenir des appropriateurs eux-mêmes. Pour que les engagements des appropriateurs soient crédibles, il importe que les règles d'usage, dites opérationnelles, concordent avec le contexte local (A). Ces règles sont d'autant plus respectées lorsqu'il existe des dispositifs de choix collectifs (B).

A Des règles opérationnelles concordantes avec le contexte du Commun

151. Les règles opérationnelles restreignant l'exploitation de la ressource doivent être liées aux conditions locales, en termes de matériels ou de main d'œuvre par exemple. Elles reflètent ainsi les attributs de la ressource prise dans son individualité. Puisqu'elles régulent l'exploitation de la ressource, ces règles portent sur les droits opérationnels, de prélèvement et d'accès. Le droit de prélèvement étant un droit aux fruits de la ressource¹⁷⁴, il s'agit de règles encadrant la perception des fruits de celle-ci. Or, dans le cadre de l'indivision, la perception des fruits de l'indivision par les indivisaires est encadrée par l'article 815-10 alinéa 2 du Code Civil. Ce dernier dispose que « *Les fruits et revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divisée* ».

152. L'indivision apparaît comme une structure figée : les fruits des biens indivis ne peuvent pas être, en principe, perçus individuellement par un indivisaire. Ils ne peuvent qu'accroître l'indivision. Cet immobilisme est accru, dans le cas des fruits, par le fait qu'un indivisaire ne peut exiger le partage de ceux-ci unilatéralement auprès du juge. Ce droit au partage unilatéral, prévu à l'article 815-11 du Code Civil, ne concerne pas les fruits mais uniquement les bénéfiques¹⁷⁵. Ainsi, en vertu de l'article 815-10 du Code Civil, les indivisaires

¹⁷⁴ Supra, 51.

¹⁷⁵ Des auteurs parlent de partage des fruits, mais il semble que cette approche aille contre la lettre du Code qui évoque bien le partage des seuls bénéfiques. V. not. Ch. Larroumet, B.

sont contraints de s'accorder pour partager les fruits : soit par le biais d'un partage provisionnel, soit par la mise en place d'une jouissance divise. Cette dernière irait contre l'idée de Communs dans la mesure où les droits de prélèvement des appropriateurs redeviendraient individuels, puisque divisés. Au premier abord, les règles opérationnelles de l'indivision légale se heurtent frontalement avec les Communs.

153. Néanmoins, les règles opérationnelles ne peuvent pas être réduites aux seules règles régissant la perception des fruits. En effet, bien que le droit au prélèvement soit un droit aux fruits de la chose, la jurisprudence tend à l'appréhender comme un usage de celle-ci. Ainsi, sous l'empire du droit ancien de l'indivision, la jurisprudence avait pu assimiler un droit de chasse et de pêche à un usage de la chose, permettant ainsi à un indivisaire de se livrer librement à ces usages¹⁷⁶. Pourtant, cet usage comporte intrinsèquement la perception des fruits de la chose : du gibier et du poisson. Mais la jurisprudence confond ici l'usage et la perception des fruits. En définitive, il paraît plus pertinent de se pencher sur les règles encadrant l'usage des biens indivis que sur celles encadrant la perception de leurs fruits.

154. L'article 815-9 du Code Civil dispose que « *Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires [...]* ». La seule règle est ici la compatibilité des usages avec l'usage des autres indivisaires. Plus que d'une règle opérationnelle en tant que telle, l'article amène les indivisaires à s'entendre pour fixer l'usage du bien indivis, même en l'absence de convention relative à l'exercice des droits indivis¹⁷⁷.

Cette solution est aisément transposable aux Communs : l'abstraction dont fait preuve le Code Civil et l'incitation à une détermination collective de l'usage du bien permet de remplir à la fois la condition de concordance et la condition de détermination collective de la règle. En effet, tous les appropriateurs vont devoir s'entendre pour fixer l'usage, et de ce fait ils seront amenés à s'adapter aux caractéristiques de leur Commun pour déterminer les règles d'usage. Celles-ci

Mallet-Bricout, *Traité de Droit Civil : Tome 2 Les biens, droits réels principaux*, 6ème éd. Economica, 2019, 283, p.166.

¹⁷⁶ F. Terré, Ph. Simler, *Droit Civil : les biens*, 10ème éd., Dalloz, 2018, 578, p.475 - Crim. 14 nov. 1913, DP. 1914, I, 254. «*Le copropriétaire d'un terrain indivis peut valablement céder son droit de chasse sur la propriété indivise [...]*».

¹⁷⁷ Ch. Atias, *Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle : l'accord de l'article 815-9 et la jouissance privative d'un coindivisaire*, JCP, 1979, I, 2937, 1.

peuvent être fixées pour une durée limitée et ainsi évoluer en fonction des caractéristiques de la ressource¹⁷⁸

155. L'indivision légale est donc parfaitement compatible avec les Communs. A fortiori, l'indivision conventionnelle l'est encore plus. Là où l'usage n'est pas nécessairement fixé de manière formelle dans une indivision légale, la nécessité d'un consentement unanime à la convention d'indivision¹⁷⁹ fait rejaillir cette unanimité sur les règles opérationnelles adoptées au sein de cette dernière. Dans tous les cas, l'indivision permet une détermination collective des règles opérationnelles qui entraîne leur concordance avec le Commun.

B Des dispositifs de choix collectif

156. Au-delà de règles opérationnelles concordantes établies collectivement, le Commun doit également contenir des dispositifs de choix collectifs portant sur le fonctionnement même du Commun. La manière dont ces choix collectifs sont opérés est déterminée par des règles de choix collectifs. Il convient dès lors de déterminer si de telles règles existent dans le cadre de l'indivision.

157. Dans la vision d'Ostrom, les choix collectifs ont en partie pour fonction de déterminer les règles opérationnelles. Les droits de gestion fixent l'étendue et les modalités d'exercice des droits de prélèvements. Dans l'indivision légale, les règles opérationnelles sont figées par le Code Civil à travers l'article 815-9. Il n'y a donc aucun dispositif de choix collectif formel permettant de faire évoluer les règles opérationnelles dans le cadre de l'indivision de droit commun. Néanmoins, l'article 815-9 est abstrait : des conventions portant sur l'usage du bien indivis viennent nécessairement le compléter¹⁸⁰. Ces conventions seront susceptibles d'être modifiées par les indivisaires le cas échéant, de manière collective.

158. Par ailleurs, il existe aussi des dispositifs de choix collectifs ne permettant non pas d'établir les règles opérationnelles, mais de déterminer la gestion collective du bien indivis. Si en principe tout acte portant sur les biens indivis doit recueillir le consentement de tous les indivisaires, la réforme de l'indivision de 2006 a introduit des règles de majorité pour la réalisation de certains

¹⁷⁸ Ch. Atias, *Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle : l'accord de l'article 815-9 et la jouissance privative d'un coindivisaire*, JCP, 1979, I, 2937, 11.

¹⁷⁹ C.civ., art. 1873-2 : « Les coindivisaires, s'ils y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision. ».

¹⁸⁰ *Ibid.*

actes¹⁸¹. L'article 815-3 du Code Civil permet ainsi aux titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis de prendre plusieurs décisions, notamment de prendre des actes d'administration qui ressortent de l'exploitation normale du bien. Il s'agit bien là d'un dispositif de choix collectif prévu par la loi, d'une forme de gouvernance pouvant être mobilisée dans le cadre des Communs. Cette gouvernance est néanmoins limitée en raison de la persistance de l'unanimité pour les autres actes¹⁸².

159. La question se pose alors de la modification de ces règles dans le cadre d'une indivision conventionnelle. Il serait opportun que les indivisaires puissent moduler les règles de majorité selon leur bon vouloir, et qu'il puisse les étendre à d'autres types d'actes pour renforcer la gouvernance. Le législateur, au cours de la réforme de 2006, n'a pas jugé bon de se pencher sur l'indivision conventionnelle, dont le régime date de 1976. Néanmoins, dès 1976, l'article 1873-8 du Code Civil indiquait que les indivisaires pouvaient convenir « *qu'en l'absence d'incapables certaines décisions seront prises autrement qu'à l'unanimité* », cette possibilité étant écartée pour l'aliénation des immeubles indivis. Les parties peuvent donc déterminer librement la majorité requise pour la réalisation de certains actes : simple, qualifiée; en nombre, en parts, en nombre et en parts¹⁸³.

160. Cependant, cet article ne tend à s'appliquer qu'en présence d'un gérant, pour les actes excédant les pouvoirs de ce dernier¹⁸⁴. Ainsi, selon un auteur, en l'absence de gérant les règles ordinaires de la gestion légale devraient s'appliquer¹⁸⁵. Il ne serait alors pas possible de moduler les règles de majorité en l'absence de gérant. Or la présence d'un gérant va totalement à l'encontre de la dimension collective des dispositifs de décision. Néanmoins, ce retour aux règles de gestion de droit commun dès l'absence d'un gérant n'empêche pas une modulation de ces règles. En effet, si les indivisaires peuvent moduler les règles de majorité pour les actes excédant les pouvoirs du gérant, a fortiori ils devraient pouvoir le faire pour des actes moins importants, aujourd'hui soumis à

¹⁸¹ Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

¹⁸² À l'exception des actes conservatoires.

¹⁸³ Ch. Vernières, *Les conventions d'indivision*, AJ fam., 2010, 312.

¹⁸⁴ La structure de l'article 1873-8 du Code civil porte à confusion. Le premier alinéa dispose que « Les décisions qui excèdent les pouvoirs du gérant sont prises à l'unanimité [...] » et l'alinéa 3 indique qu'« Il peut être convenu entre les indivisaires qu'en l'absence d'incapables certaines catégories de décisions seront prises autrement qu'à l'unanimité ». La portée à donner à l'alinéa 3 pose question : est-elle enserrée dans le champ du premier alinéa ou s'en émancipe-t-elle. Selon Christophe Vernières, elle est bien réduite aux seules décisions excédant les pouvoirs du gérant, *ibid.*

¹⁸⁵ *ibid.*

une majorité des deux tiers. Ce n'est qu'en l'absence de telle modulation que l'on appliquerait les règles du régime légal. L'indivision légale comporte des dispositifs de choix collectifs, dont le fonctionnement peut être aménagé par le biais de l'indivision conventionnelle. La constitution d'engagements crédibles entre les indivisaires semble possible.

Section 2 : Une surveillance mutuelle effective

161. Si des engagements crédibles doivent être constitués pour que le Commun fonctionne, encore faut-il que ceux-ci soient effectifs. Pour s'en assurer, une surveillance des appropriateurs pouvant donner lieu à des sanctions graduelles semble nécessaire (§1), ces sanctions devant être le plus effectives possibles (§2).

§1 Des infractions sanctionnables

162. Pour que les infractions aux règles opérationnelles soient sanctionnées, encore faut-il qu'elles soient sanctionnables. Pour Ostrom, il est nécessaire que les appropriateurs soient surveillés, par eux-mêmes ou par des acteurs externes qui leur rendent des comptes (A) et que des sanctions graduelles soient prévues contre ce type de comportement (B).

A Des mécanismes de surveillance des appropriateurs

163. Dans le cadre de l'indivision légale, aucun dispositif de surveillance des indivisaires n'est prévu en tant que tel. Il n'existe pas de règles qui désigne des personnes chargées d'assurer la surveillance des indivisaires. Cependant, comme dans plusieurs situations étudiées par Ostrom, le simple usage concurrent induit parfois de lui-même une surveillance mutuelle. Puisque les indivisaires exploitent le bien de manière concurrente, ils peuvent se surveiller tout en exploitant celui-ci.

164. Au-delà de cette surveillance informelle, celle-ci peut être le fait d'un acteur spécifiquement désigné à cet effet. Dans les cas d'indivision légale, il est fréquent que les indivisaires nomment un mandataire qui assurera la gestion du bien indivis. Il pourra lui être confié des missions de surveillance auquel cas, comme pour ses autres attributions, le mandataire sera tenu d'en rendre compte aux indivisaires¹⁸⁶. La désignation d'une personne assurant la gestion de l'indivision est expressément prévue dans le cadre de l'indivision

¹⁸⁶ F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 11ème éd., Dalloz, 2019. 641 p. 579.

conventionnelle¹⁸⁷. De la même manière que pour le mandataire, selon l'étendue de ses missions, il pourra surveiller les indivisaires afin de détecter d'éventuelles infractions. Dans tous les cas, cette surveillance sera effective puisque le mandataire ou le gérant sera motivé par sa rémunération.

B Des sanctions graduelles

165. Ces sanctions graduelles évoquées par Ostrom ne concernent que les règles opérationnelles. C'est la violation des règles d'usage du Commun qui justifie la mise en œuvre de telles sanctions, afin de s'assurer du respect de ces règles et d'éviter la mise en place de stratégies non coopératives.

166. Dans la perspective d'Ostrom, ces sanctions ne proviennent pas d'autorités externes mais des appropriateurs eux-mêmes ou d'agents travaillant pour eux¹⁸⁸. Il ne faudra donc considérer que les sanctions émanant des indivisaires eux-mêmes, sans s'intéresser à celles prévues par le législateur. Les sanctions graduelles conçues par Ostrom ne peuvent donc résulter que des règles opérationnelles établies par les indivisaires : la convention d'usage de bien indivis de l'article 815-9 du Code Civil et la convention d'indivision, dès lors que celle-ci s'intéresse aux conditions d'usage du bien.

167. Les sanctions possibles dans le cadre de l'indivision étant conventionnelles, il faudra apprécier leur conformité à l'ordre public des biens. La présence d'une sanction pécuniaire est envisageable, sur le modèle de la clause pénale, pour l'indivisaire qui n'exécute pas ses obligations liées à l'usage du bien¹⁸⁹. En revanche, même en cas d'infractions répétées aux règles opérationnelles, l'exclusion d'un indivisaire de l'indivision est impossible. En effet, celui-ci est titulaire d'un droit de propriété ou d'un droit réel, or la liberté de disposition est, comme nous l'avons vu, une caractéristique inhérente au droit de propriété. Ainsi, si l'indivisaire peut céder sa quote-part, il ne pourra pas y être contraint. Cependant, il apparaît qu'une exclusion temporaire de la jouissance du bien soit envisageable. En effet, la convention pourrait prévoir ce type d'exclusion dès lors que celle-ci serait provisoire. Elle serait alors compatible avec le droit de l'indivisaire puisque celui-ci consentirait de lui-même

¹⁸⁷ C.civ. Art. 1873-5 al.1 : « Les coindivisaires peuvent nommer un ou plusieurs gérants, choisis ou non parmi eux. »

¹⁸⁸ E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010, p. 118.

¹⁸⁹ Ch. Atias, *Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle : l'accord de l'article 815-9 et la jouissance privative d'un coindivisaire*, JCP, 1979, I, 2937, 8. Pour l'auteur, ces conventions n'ouvrent pas des droits réels mais des droits personnels et donc des obligations.

une réduction de l'étendue de son droit. Cette réduction étant limitée dans le temps, elle ne reviendrait pas à exclure l'indivisaire de sa propriété.

C'est encore la nature de la propriété en droit français qui pose problème. Si des sanctions graduelles conventionnelles peuvent être imaginées, elles sont restreintes. Aucun membre ne pourra être exclu du Commun.

§2 Des infractions effectivement sanctionnées

168. Ostrom dégage deux principes de conception des Communs permettant que les comportements déviants soient effectivement sanctionnés.

Il faut d'abord des mécanismes de résolution rapide des conflits. Ceux-ci permettent d'uniformiser l'interprétation des règles, simplement et à moindre coût pour les appropriateurs, afin de déterminer quels comportements sont réellement transgressifs. Dans le cas de l'indivision légale, un tel dispositif n'existe pas en tant que tel : il pourra néanmoins être mis en œuvre par les indivisaires eux-mêmes, indépendamment de la structure indivisaire.

Il faut ensuite une reconnaissance minimale des droits d'organisation par les autorités externes, pour éviter que la légitimité de ces règles ne soit remise en cause. Cela évite à la fois une remise en question du Commun par les autorités et assure l'exécution des sanctions décidées par les appropriateurs. Dans le cadre de l'indivision, cette reconnaissance des droits d'organisation est automatique. Les acteurs externes sont tenus de respecter la propriété des indivisaires et ne pourront aller à l'encontre des règles par eux établis. En réalité, cette reconnaissance des règles de l'indivision fait également, en France, office de mécanisme de résolution des conflits. L'intervention du juge permettra de sanctionner l'inexécution des règles de l'indivision et de résoudre d'éventuels conflits, notamment liés à l'interprétation des règles.

169. Dans le cadre de l'indivision légale, l'intervention du juge est expressément prévue dans de nombreuses situations. En matière de droit d'usage, l'article 815-9 du Code Civil prévoit qu' « *à défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal* ». Il s'agit bien ici d'un mécanisme de résolution des conflits d'usage entre indivisaires, mais ici les règles opérationnelles dégagées par les appropriateurs ne seront pas forcément reconnues par l'autorité externe, incarnée ici par le juge. En présence d'une convention d'usage des biens indivis, le juge sera contraint de la respecter. Celle-ci crée des obligations personnelles¹⁹⁰, si bien que le juge pourra faire cesser l'acte abusif ou

¹⁹⁰ *Ibid.*

condamner l'indivisaire à réparation en cas de détérioration de la chose indivise¹⁹¹ et user des sanctions du droit commun des contrats.

170. En l'absence d'une convention formalisée, le juge ne tiendra pas compte de l'existence de règles informelles suivies par les indivisaires. Ces dernières seront remises en cause par le règlement judiciaire provisoire de l'usage du bien indivis. Dans cette situation, la transgression par un indivisaire de règles opérationnelles informelles ne serait pas sanctionnée : il pourrait arguer de son désaccord pour contester, a posteriori, les règles informelles établies par les indivisaires. Le mécanisme de résolution des conflits va ici partiellement à l'encontre de la reconnaissance des règles du Commun par les autorités externes, en l'absence de conventions d'usage formalisée.

171. Si les règles opérationnelles ne sont pas sanctionnées par le juge, il n'en va pas de même pour les règles de choix collectif. Lorsque celles-ci sont d'origine légale, elles sont on ne peut plus claires. Le juge n'a pas à les interpréter et doit simplement vérifier si elles ont été respectées. Ainsi, toutes les opérations réalisées en méconnaissance des règles de choix collectif seront inopposables aux autres indivisaires¹⁹².

171. Le juge peut malgré tout intervenir pour préserver l'intérêt commun des indivisaires dans des situations où les règles de majorité entravent l'action de certains d'entre eux. Le président du tribunal judiciaire peut alors prescrire ou autoriser toute mesure urgente que requiert l'intérêt commun, de même qu'il peut autoriser un indivisaire à réaliser seul des actes en justice requérant le consentement d'un coindivisaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun¹⁹³. Dans ces situations, le juge fait encore une fois office de mécanisme de résolution des conflits, tout en allant à l'encontre des règles de choix collectifs. Ces règles, bien que légales, sont remises en cause au nom de l'intérêt commun des indivisaires.

172. Cet intérêt commun des indivisaires est objectivé par la Cour de Cassation¹⁹⁴. Pour celle-ci, même en présence d'intérêts divergents des indivisaires, il existe un intérêt commun de l'indivision qui est « *la meilleure rentabilité de l'immeuble indivis, à laquelle sont intéressés tous les indivisaires*

¹⁹¹ C. Watine-Drouin, *Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis*, RTD Civ., 1988, 267, p.272.

¹⁹² F. Terré, Ph. Simler, *Droit Civil : les biens*, 10ème éd., Dalloz, 2018, 576, p. 473.

¹⁹³ C.civ. Art. 815-6 et Art. 815-5.

¹⁹⁴ T. Semere, *L'administration de l'indivision*, AJ fam., 2010, 304.

»¹⁹⁵. Au vu de cette définition de l'intérêt commun des indivisaires, il semble que celui-ci puisse diverger de l'intérêt du Commun. En effet, dans le cadre des *common pool resource*, la meilleure rentabilité à court terme va fréquemment de pair avec une surexploitation de la ressource et sa destruction à long terme. On observe ainsi une ambivalence : dans le cadre de l'indivision légale, la résolution des conflits passe outre la reconnaissance des règles du Commun. Les infractions à ces règles peuvent ne pas être sanctionnées, voire être autorisées par une autorité externe au Commun.

173. Dans le cadre de l'indivision conventionnelle, l'intervention du juge est moins problématique lorsque les règles du Commun sont formalisées. Les règles opérationnelles ne pourront qu'être reconnues par le juge du fait de leur caractère conventionnel. Cependant le juge aura toujours la possibilité d'intervenir pour protéger l'intérêt commun. En définitive, si les règles du Commun sont reconnues par une autorité externe, celle-ci s'arroge le droit de les outrepasser au nom de considérations apparemment économiques. La reconnaissance par le juge des règles du Commun est donc ambivalente.

¹⁹⁵ Civ. 1^{re}, 13 nov. 1984, n° 83-13.999, Bull. civ. I, n° 301.

Conclusion

174. La notion d'épreuve apparaît particulièrement structurante pour comprendre les interactions entre le droit des biens et la théorie des Communs. En effet, suite à l'épreuve que nous venons de faire subir au droit des biens, celui-ci est bouleversé dans ses caractéristiques les plus profondes. Le rapport aux choses que prône la théorie des Communs d'Ostrom est largement incompatible, sur le plan conceptuel, avec la propriété en droit français. Le centralisme de la propriété dans le rapport entre les personnes et les choses est affaibli puisque le fondement économique de cette institution est remis en question. Le droit des biens, comme droit des choses faisant l'objet d'une appropriation, l'est donc tout autant.

175. Néanmoins, le droit des biens réussit l'évaluation grâce à l'indivision et aux droits réels de jouissance spéciale. Les utilisations potentielles de ces deux outils rendent le droit positif compatible avec les Communs. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer qu'ils sont le pendant des deux éléments au centre de toutes les théories des Communs : l'usage et la gouvernance. Les droits réels de jouissance spéciale permettent de moduler l'usage du bien à souhait. L'indivision comporte les prémices d'une gouvernance du droit de propriété et lui donne une dimension collective. La gouvernance étant la condition d'existence du Commun et la condition de sa non-disparition, l'indivision est un outil majeur au service des Communs en droit français.

176. Pourtant, si le droit positif des biens peut accueillir les Communs, il n'est pas dit qu'il soit amené à le faire. Les problématiques liées à la régulation publique des biens communs soulevées par Ostrom ne sont pas prises en compte en France. Le droit public s'efforce encore d'accueillir les biens communs naturels. Par ailleurs, l'apparition d'une troisième voie, entre la propriété publique et le marché, emprunte davantage le chemin de la personnalité morale que du droit des biens. La forme associative ou les formes sociétaires coopératives sont fréquemment mobilisées en ce sens, notamment les Sociétés Coopératives d'Intérêt Collectif, créées en 2001¹⁹⁶. La dimension politique des Communs est plus à même de se réaliser par le biais de ces structures. En définitive, puisque les acteurs des Communs semblent peu enclins à mobiliser le droit des biens, sa remise en question est toute relative.

¹⁹⁶ Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel. Ces sociétés ont pour objet « *la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale* », Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies.

Bibliographie :

Ouvrages Généraux

CARON (Ch.), *Droit d'auteur et droits voisins*, 4ème éd., LexisNexis, 2015.

COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 11ème éd., Dalloz, 2019.

CORNU (M.), ORSI (F.), ROCHFELD (J.), BOSC (Y.), CORIAT (B.), DUSSOLLIER (S.), MANGOLTE (P-A.), WEINSTEIN (O.), ZIMMERMANN (J-B), BAMBRIDGE (T.), *Dictionnaire des biens communs*, 2ème éd., 2021.

CORNU (G.), CORNU (M.), GHOZI (A.), GORÉ (M.), *Vocabulaire juridique*, 14ème éd., PUF, 2022.

DROSS (W.), *Droit des biens*, 5ème éd., LGDJ, 2021.

GHESTIN (J.), BERGEL (J-L.), ROUX (J-M.), TRANCHANT (L.), *Traité de droit civil : les biens*, 3ème éd., LGDJ, 2019.

LARROUMET (Ch.), MALLET-BRICOUT (B.), *Traité de Droit Civil : Tome 2 Les biens, droits réels principaux*, 6ème éd., Economica, 2019.

PATAULT (A-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.

SILEM (A.), GENTIER (A.), ALBERTINI (J-M.), AIDI (W.), AZOUAOU (L.), BASTIDON-GILLES (C.), *Lexique d'Économie*, 14ème éd., Dalloz, 2016.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Précis Dalloz, 2018.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens*, 10ème éd., Dalloz, 2018.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008.

Ouvrages Spéciaux

CORIAT (B.), (dir.), *Le retour des biens communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015.

DAGOT (M.), *L'indivision : commentaire de la loi du 31 décembre 1976*, Librairies Techniques, 1978.

DARDOT (P.), LAVAL (Ch.), *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2015.

DUGUIT, (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, La mémoire du droit, 1999.

HESS (C.), OSTROM (E.), *Understanding knowledge as a Commons*, MIT Press, 2007.

KIRAT, (T.), *Économie du droit*, La Découverte, 2012.

KOYRÉ (A.), *Du monde clos à l'univers infini*, Gallimard, 1973.

LAURENT, (J.), *La propriété des droits*, LGDJ, 2012.

LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété ?*, Hachette, 1985.

OSTROM, (E.), *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010.

MASSON, (F.), *La propriété commune*, Thèse, (préf. Ph. Stoffel-Munck), LGDJ, 2021.

MICHON (P.) (dir.), *Les biens communs*

PARANCE (B.), de SAINT VICTOR (J.), *Repenser les biens communs*, CNRS, 2014.

POUX, (V.), *Usage et Propriété : essai sur l'usage partagé d'un bien*, Thèse (dir. B. Mallet-Bricout), Université Jean Moulin - Lyon 3, 2019.

RICOL (J.), *La copropriété en main commune et son application possible au droit français*, Thèse, Toulouse, 1907.

ROSANVALLON (P.), *Les Épreuves de la vie. Comprendre autrement les Français*, Seuil, 2021.

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

VILLEY, (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001.

XIFARAS (M.), *La Propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

Articles et chroniques

ATIAS (Ch.), *Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle : l'accord de l'article 815-9 et la jouissance privative d'un coïndivisaire*, JCP 1979, I, 2937.

BOCCON-GIBOD (T.), *Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux*, Revue internationale de droit économique, 2014/3, p.285.

BRANCOURT, (J-P.), *La propriété face à la Révolution*, Hommages à Robert Mesnier, Société d'Histoire du Droit, 1980, p.67.

CHAIGNEAU, (A.), *Des droits individuels sur des biens d'intérêts collectifs, à la recherche du commun*, Revue Internationale de droit économique, 2014/3, p.335.

CORNU (M.), ORSI (F.), ROCHFELD (J.), *Genèse d'un ouvrage collectif : le dictionnaire des biens communs*, Revue internationale des études du développement, vol. 233, n°1, 2018, p.185.

CRANSAC (D.), *D'un droit subjectif à une liberté publique : consécration et fragilisation de la propriété des immeubles*, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2017/2, p.733.

DANIS-FATÔME (A.), *Biens publics, choses communes ou biens communs ?*, Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme, Dalloz, 2011, p.99.

DROSS (W.), *Une approche structurale de la propriété*, RTD Civ., 2012, 419.

DROSS (W.), *L'évolution du droit l'indivision*, Droit et ville, 2014/1, p.3.

DROSS (W.), *La qualification du droit réel de jouissance spéciale*, Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, Actes du colloque du 18 janvier 2017, NVP Cahier Pratique n°324, 2017, p.14.

DUPRÉ (M.), *L'indivision forcée et perpétuelle, inspiratrice des biens communs*, Revue du Centre Michel de l'Hospital, Vol. 19, 2019.

DUVERT (C.), *La propriété collective*, LPA, mai 2002, n°90, p.4.

GUTWIRTH (S.), STENGERS (I.), *Théorie du droit. Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs*, Revue juridique de l'environnement, 2016/2, p.306.

GUTWIRTH (S.), *Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ?*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018/2, p.83.

HARDIN (G.), *The tragedy of the Commons*, Science, vol. 162, n°3859, 1968, p.1243.

HOHFELD (W. N.), *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, The Yale Law Journal, vol. 23, n°1, 1913, p.16.

JOSSERAND (L.), *Essai sur la propriété collective*, Le Code Civil 1804-1904 : livre du Centenaire, (préf. J-L. Halpérin), Dalloz, 2004, p. 357.

JOHNSON (D. R.), *Reflection on the Bundle of rights*, Vermont Law Review, 2007, p.248.

KESSLER (G.), *La propriété collective en droit suisse*, Droit et Ville, 2014/1, p.59.

LAFAILLE (F.), *In Memoriam*, Revue française de droit constitutionnel, 2018, n°113, p.245.

LARDEUX (G.), *La notion de propriété ou le rejet du conceptualisme juridique*, Les Cahiers Portalis, 2018/1, p.33.

LARRÈRE (C.), *Biens communs ou communs ? Entre économie, droit et politique*, Les biens communs : un modèle alternatif pour habiter nos territoires aux XXI^e siècle, P. Michon (dir.), Presses Universitaires de Rennes, 2019.

LIBCHABER (R.), *Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux*, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, 2003, p.718.

LUCARELLI (A.), MERCIER (J.), PERROUD (T.), *Biens communs. Contribution à une théorie juridique*, Droit et Société, 2018/1, p.141.

ORSI (F.), *Penser la propriété commune. Un nécessaire changement de cadre d'analyse*, Document de travail ANR - Propice, 2012, consulté sur http://anr-propice.mshparisnord.fr/docus-pdf/Orsi_WP_ANR_PROPICE.pdf

ORSI (F.), *Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune*, Revue de la Régulation. Capitalisme, Institutions, Pouvoirs, n°14, 2013

ORSI (F.), *Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ?*, Revue internationale de droit économique, 2014/3, p.371.

OSTROM (E.), SCHLAGER (E.), *Property-rights regimes and natural resources : a conceptual analysis*, Land Economics, Vol. 68, n°3, 1992, p.249.

OSTROM (E.), HESS (C.) *Private and common property rights*, Encyclopedia of Law and Economics, Vol. 2, Civil Law and Economics, p.332.

PENNER (J. E.), *The "Bundle of rights" picture of property*, UCLA Law Review, 1996, p.711.

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

SALORD (G.), *Propriété collective et exclusivité : proposition d'une conciliation des contraires*, Les modèles propriétaires, actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas, LGDJ, 2012, p.202.

SEMERE (T.), *L'administration de l'indivision*, AJ. Fam., 2010, 304.

TOMASIN (D.), *La division en lots de copropriété*, Droit et Ville, 2011/2, p.61.

TREBULLE (F-G.), *La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel*, Études offertes au professeur Philippe Malinvaud, LexisNexis, p.659.

TROPER (M.), *Le réalisme et le juge constitutionnel*, Cahier du Conseil Constitutionnel, n°22, juin 2007.

VANUXEM (S.), SIZAIRE (V.), *Protéger la diversité juridique pour préserver le projet politique des communs*, Délibérée, 2020/2, p.12.

VERNIÈRES (Ch.), *Les conventions d'indivision*, AJ. Fam., 2010, 312.

WATINE-DROUIN (C.), *Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis*, RTD Civ., 1988, 267.

ZENATI-CASTAING (F.), *La propriété collective existe-t-elle*, Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Dalloz LGDJ, 2009, p. 603.

ZENATI-CASTAING (F.), *Le crépuscule de la propriété moderne : essai de synthèse des modèles propriétaires*, Les modèles propriétaires, actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas, LGDJ, 2012, p.225.

ZENATI-CASTAING (F.), *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD Civ., 2006, 445.

Notes, observations, rapports :

BEAUGENDRE (S.), *Droit de jeu ou je de droits*, AJDI, 2002. 26.

BELENET (A.), Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi constitutionnelle visant, face à la crise actuelle, à construire le monde d'après fondé sur la préservation des biens communs, consulté le 1er mai 2022 sur <https://www.senat.fr/rap/I20-168/I20-1681.pdf>

BERGEL (J-L.), *Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale sur son bien pour plus de trente ans*, RDI, 2013. 80.

BERGEL (J-L.), *Le juge peut ordonner le partage d'un droit d'usage et d'habitation indivis entre son titulaire et le propriétaire du bien*, RDI, 2016. 541.

DROSS (W.), *Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans*, RTD Civ., 2013, 141.

DROSS (W.), *Un droit d'usage et d'habitation peut-il être indivis, partageable et licité ?*, RTD Civ., 2017. 180.

DROSS (W.), *La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : encore un coup d'épée dans l'eau*, RTD Civ., 2021, 441.

MINEUR (D.), *Cours d'Histoire des Idées Politiques*, IEP de Rennes, 2017.

PATARIN (J.), *Indivision de jouissance : comment régler l'exercice du droit d'user et jouir indivisément d'un bien acheté par plusieurs avec clause d'accroissement au profit du survivant*, RTD Civ. 1995. 159.

STURLÈSE (B.), *De l'indivision entre le propriétaire et le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation*, JCP, 2016. 1102.

REJET (T.), *Un nouveau cas de propriété divisée*, RTD Civ., 2012. 553.

REJET (T.), *Le droit réel dit « de jouissance spéciale » et le temps*, JCP, 2015. 252.

TOMASIN (D.), *Le titulaire d'un droit de construire sur un lot non bâti est un copropriétaire tenu de participer aux charges*, D. 1992. 277.

ZÉNATI (F.), *Clause d'accroissement*, RTD Civ. 1995. 151.

Index alphabétique
(renvoi au numéro de paragraphe)

A

Accessoire : 129, 132, 133.
Aliénation : 33.

B

Biens communs mondiaux : 2, 12.
Biens communaux : 73.
Bundle of rights : voir *Faisceau de droits*.

C

Choses communes : 2, 20.
Commission Rodotà : 10.
Commoning : 9.
Common pool resource : 7, 16, 17.
Communauté : 8, 100.
 - entre époux, 104.
 - positive, 100, 101.
 - diffuse, 100, 109.
Communs informationnels : 11, 17.
Copropriété : 131, 132, 133.
 - conventionnelle, 135.

D

Disposition : 44, 45.
Droit au partage : 83, 118, 119, 122, 124, 127, 152.
Droits :
 - de choix collectif, 33, 35, 40.
 - opérationnels, 31, 41, 151.
 - d'usage, 51, 153, 154
 - d'usufruit, 51, 110, 147.
 - réels de jouissance spéciale, 54, 55, 115, 127.
 - subjectifs, 67, 69.
Duguit : 77, 78.

E

Ensemble immobilier : 134, 135.

F

Faisceau de droits : 28, 29, 30, 49.
Fruits : 51, 151, 152, 153.

G

Gérant : 160, 164.

I

Inaliénabilité : 87.
 - clauses de, 95.
Indivisibilité : 84, 87, 92.
Indivision : 73, 88, 107, 108, 114, 115, 117.
 - conventionnelle, 159.
 - en jouissance, 113.
 - en usufruit, 110, 111, 112, 125.
 - forcée, 93, 128, 129.
 - successorale, 108.
Intuitu personae : 96

J

Josserand : 101, 102.

L

Licitation : 124, 127.

M

Mandataire : 164.

O

Oeuvre de collaboration : 86, 87.
Ordre public des biens : 83, 119, 167.

P

Patrimoine culturel de l'humanité : 12.

Personne morale : 74, 75.

Planiol : 103.

Propriété : 37, 38.

- collective, 80, 101.
- commune, 86, 101, 102, 103.
- intellectuelle, 85.
- simultanée, 62, 63

N

Nominalisme : 68.

Nue-propriété : 53, 112.

R

Réalisme juridique : 27.

S

Société coopérative d'intérêt collectif : 176.

Solidarité : 83.

Servitudes : 50.

T

Tontine : 105.

Table des matières

Remerciements.....	I
Sommaire.....	II
Liste des abréviations.....	III
Introduction.....	1
PREMIÈRE PARTIE - LA PROPRIÉTÉ FRANÇAISE FACE À LA THÉORIE DES COMMUNS.....	11
Chapitre 1 - La nature du droit de propriété.....	11
Section 1 - Une théorie des Communs fondée sur un faisceau de droit.....	11
§1 La théorie du <i>Bundle of Rights</i>	12
§2 La mobilisation du faisceau de droits par la théorie des Communs....	13
A Une propriété du Commun morcelée en cinq droits.....	14
B Des répartitions de droits variables.....	15
Section 2 - La propriété française face au bundle of rights.....	16
§1 L'absolutisme de la propriété dans un faisceau de droits.....	16
A L'absolu-réel, un droit opposable.....	17
B La liberté de disposition.....	18
§2 La distributivité des droits de propriété en droit des biens.....	20
A Les droits réels nommés.....	20
B Les droits réels de jouissance spéciale.....	22
Chapitre 2 - La titularité du droit de propriété.....	24
Section 1 - Le paradigme d'une titularité unique de la propriété.....	25
§1 Un paradigme résultant d'une configuration historique.....	25
A La volonté politique révolutionnaire.....	25
B Le passage à une philosophie individualiste.....	26
§2 Une incapacité à s'émanciper de ce paradigme.....	28
A L'incapacité du législateur et de la jurisprudence.....	28
B L'incapacité de la doctrine.....	30

Section 2 - L'impensé d'une cotitularité du droit de propriété.....	31
§1 La cotitularité de choses incorporelles.....	32
A La cotitularité des obligations.....	32
B La cotitularité du droit d'auteur.....	33
§2 Une cotitularité de la propriété du Commun.....	35
A L'indivisibilité matérielle des biens corporels.....	35
B L'inaliénabilité du Commun.....	36
DEUXIÈME PARTIE : L'APPRÉHENSION DES COMMUNS PAR LE DROIT DES BIENS.....	38
Chapitre 1 - La mise en place des Communs.....	38
Section 1 - Le régime des Communs.....	38
§1 L'appropriation du Commun par une communauté positive.....	39
A La propriété commune.....	39
B La propriété indivise.....	41
§2 L'appropriation du Commun par une communauté diffuse.....	42
A La mobilisation des droits réels.....	43
B Les possibilités ouvertes par la jurisprudence.....	44
Section 2 - Les obstacles inhérents aux régimes d'indivision.....	45
§1 La précarité de l'indivision de droit commun.....	46
A Le droit au partage des indivisaires.....	46
B Les tempéraments du droit au partage.....	47
1 Le tempérament judiciaire du partage.....	47
2 Le tempérament pratique du partage.....	48
§2 La spatialité des indivisions forcées.....	49
A L'accessoire d'un bien privatif.....	49
B Un statut circonscrit à certaines configurations spatiales.....	51
Chapitre 2 - L'efficacité des Communs.....	53
Section 1 - La constitution d'engagements crédibles.....	54
§1 Une définition effective des limites du Commun.....	54
A Une définition de la ressource et des appropriateurs.....	54
B Une exclusion des tiers de la ressource.....	56
§2 Des règles pertinentes établies collectivement.....	57
A Des règles opérationnelles concordantes avec le contexte du Commun.....	57
B Des dispositifs de choix collectif.....	59

Section 2 - Une surveillance mutuelle effective.....	61
§1 Des infractions sanctionnables.....	61
A Des mécanismes de surveillance des appropriateurs.....	61
B Des sanctions graduelles.....	62
§2 Des infractions effectivement sanctionnées.....	63
Conclusion.....	66
Bibliographie.....	67
Index alphabétique.....	74
Table des matières.....	76