

Les « biens communs » : une nouvelle catégorie juridique ?

Préface¹

Alexandre Zabalza

Professeur à l'Université de Bordeaux

Une nouvelle problématique juridique. Quel(s) statut(s) pour les biens communs ? Peut-être aurions-nous dû ajouter un mot dans le titre de cet ouvrage pour spécifier que nous allons traiter de la question « juridique » soulevée par cette notion ; la problématique se loge parfois dans le détail d'un adjectif, car au fond, chacun d'entre nous sait ce que sont les biens communs, en tout cas, croit savoir ce qu'ils sont. L'affaire est plus délicate quand nous interrogeons la fonction du juriste pour le questionner sur le régime juridique des biens communs : existe-t-il, selon lui, une notion juridique des biens communs et un régime consécutif ? C'est cette question, simple en apparence, que nous nous sommes posée ; le cheminement et les réponses apportées sont l'objet de cet ouvrage collectif.

Le cheminement de l'expression. L'expression « bien commun » est ancrée dans la culture occidentale. Aussi ancienne que l'histoire du droit, elle traverse les époques sous des dénominations variées reliant l'idée de justice à une réalité politique. Toute l'histoire de la pensée « classique », de Platon à Cicéron en passant par Bodin ou Aristote, s'édifie autour de la recherche juridique et politique du bien commun. Dans les Constitutions des premières Cités grecques, dans l'architecture des premières Républiques comme dans la naissance de l'État moderne, la quête du bien commun apparaît comme un fondement du politique.

Or, c'est ce long fleuve tranquille de la pensée classique que la pensée néolibérale moderne est venue perturber. Après les critiques des effets pervers des révolutions industrielles, l'idée classique du commun se transforme en idéologie politique ; le communisme marque alors la pensée économique au point de scinder géopolitiquement les mondes du XX^e siècle pour apparaître, au

¹ *Quel(s) Statut(s) pour les biens communs*, ss la dir. de G. Drouot et A. Zabalza, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2024, pp. 1-7.

sortir de la guerre froide, comme un sujet « tabou » dans les sociétés néolibérales et capitalistes. Durant quelques décennies, le monde sera alors marqué par son opposition frontale aux figures complexes des communs. La publication de la « Tragédie des communs » par Garrett Hardin dans la prestigieuse revue *Science*, démontrant l’extinction des ressources par les logiques individuelles au cœur des communs, vient sceller cet interdit². La question du commun, voire du bien commun, devient un sujet « tabou » qui disparaît des cercles académiques.

Il faut attendre les travaux d’économie politique d’Elinor Ostrom, en particulier sa thèse soutenue en 1963, pour voir apparaître la première étude scientifique en opposition à la pensée d’Hardin³. Sa réflexion porte alors sur la gestion et la gouvernance collective d’une nappe phréatique en Californie du Sud qui, souffrant d’infiltrations d’eau de mer, conduirait les usagers, selon le modèle d’Hardin, à une surexploitation de pompage ; elle démontre comment ces mêmes usagers réussirent à gérer la ressource, aboutissant progressivement à la restauration des stocks de la nappe. Ces travaux sur les modes de gestions collectives des ressources naturelles (pêcheries, pâturages, forêts et systèmes d’irrigation) porteront ensuite sur tous les continents⁴. En 2009, Ostrom devient la première femme récipiendaire du Nobel d’économie politique.

Désormais, dans cet esprit qui souffle le renouveau des communs⁵, l’économie et la politique s’entrecroisent⁶, mais qu’en est-il du droit ?

En France, Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld entreprennent un travail collectif réunissant plus de 200 enseignants-chercheurs autour de la question. Celui-ci aboutit à la publication en 2017 d’un *Dictionnaire des biens communs*⁷. L’ouvrage est un succès éditorial, mais aussi une extraordinaire promotion scientifique. Le dictionnaire permet, en effet, de rendre visibles ces « communs » que nous ne voyons pas immédiatement, et qui sont pourtant présents dans toutes les entrées du manuel. L’ouverture doctrinale initiée par ce travail permettra de révéler l’existence de nouvelles formes de « communalités ».

L’expression « échelle de communalité » apparaît pour la première fois dans une mission de recherche « droit et justice », débutée en 2017 et rendue en 2021, dirigée par J. Rochfeld, Marie Cornu et Gilles Martin⁸. Son intérêt est majeur ; le groupe de chercheurs réuni autour de cette mission vient poursuivre

² G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science* 1968, n° 162, p. 1243 s.

³ E. Ostrom, *Public Entrepreneurship : A Case Study in Ground-Water Basin Management*, 1965.

⁴ Ces travaux seront résumés et réunis dans E. Ostrom, *Governing the Commons : The Evolution of Institutes for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 ; paru en français, *La Gouvernance des biens communs : Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010.

⁵ B. Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l’idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015.

⁶ N. Alix, J.-L. Bancel, B. Coriat et F. Sultan, *Vers une république des communs*, Les liens qui libèrent, 2018.

⁷ M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.

⁸ V. la préface du rapport collectif Droit et Justice, rendu en 2021, J. Rochfeld, M. Cornu et G. Martin (dir.), *L’échelle de communalité ; propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit* : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite>.

l'idée entrevue dans le dictionnaire. Il s'agit de rendre visibles tous ces types de communs dans nombre d'agencements juridiques, en évaluant leurs présences, sous la forme d'une échelle dite de « communalité ». Le travail recèle une mine d'informations, en même temps qu'il permet de percevoir différentes formes de communs là où, de façon traditionnelle, nous n'imaginions pas leur présence.

Au mois d'octobre de la même année, se tient à Bordeaux le Colloque annuel de la Société française pour le droit de l'environnement dont le thème est « Les communs en droit de l'environnement »⁹. L'objectif cette fois est d'identifier l'importance des communs dans la préservation et la protection juridique proposée par le droit de l'environnement. Le colloque réunit durant trois jours plus de soixante chercheurs qui vont tenter de construire des accords sémantiques autour de ces notions émergentes : « communs environnementaux » ou « biens communs environnementaux ». L'objectif est d'identifier dans la galaxie des communs des convergences et des accords autour des notions ; le résultat est la rédaction d'une « plateforme » composée de neuf propositions notionnelles¹⁰.

Quelques semaines plus tard, au mois de décembre 2021, les communs s'invitent à l'Assemblée nationale¹¹ dans une proposition de loi visant la création d'un « statut juridique des biens communs ». Elle sera rejetée, mais les questions associant le renouveau des communs, le Code civil et les biens communs sont désormais posées.

Les « biens », les « choses communes » du Code civil mais pas les « biens communs ». Ainsi, durant ces dernières années, la compréhension des biens communs avance de façon interdisciplinaire. L'expression est mobilisée par le large mouvement des transitions économiques, sociales et climatiques¹². Nous avons maintes fois recours à la désignation des biens communs par lesquels nous qualifions un fleuve, une forêt, l'air, le climat, la santé, l'éducation, etc. Ces désignations dans le langage courant nous semblent évidentes... Seulement en droit, il en va tout autrement ; le concept ne suffit pas¹³. Ce qui caractérise le travail des juristes, c'est de passer du fait au droit et de constituer par l'intermédiaire d'une qualification un régime d'autorisations et

⁹ H. Delzangles et A. Zabalza (dir.), *Les communs en droit de l'Environnement*, RJE 2022, numéro spécial 2022.

¹⁰ « Plateforme des biens communs environnementaux », in H. Delzangles et A. Zabalza (dir.), *Les communs en droit de l'Environnement*, op. cit., p. 443.

¹¹ Nous serons auditionnés à l'issue du Colloque par le député Pierre Dharréville, vice-président de la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, sur une proposition de loi créant un statut juridique des biens communs (n° 4590) et une proposition de loi organique pour une protection des biens communs (n° 4576). La première envisageait une modification de l'actuel art. 714 du Code civil, traitant des « choses communes » pour y introduire celle de « bien commun », assortie de critères susceptibles de fonder son attribution (n° 4590). La seconde ambitionnait de donner au Conseil économique, social et environnemental un pouvoir en matière d'attribution et de protection de ce statut (n° 4576). Les deux propositions furent examinées en séance publique le 2 décembre 2021 par l'Assemblée nationale.

¹² V. par ex. B. Parance et J. de Saint-Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS éd., 2014 ; P. Dardo et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 532.

¹³ J. Meersman, *Contribution à une théorie juridique des biens communs*, thèse, Université Côte d'azur, 2022.

d'interdits. Or quand nous pensons que l'expression « bien commun » renvoie à un besoin de justice, voire au droit, en supposant qu'elle puisse avoir un rapport avec nos usages juridiques et inscrits dans le Code civil, nous nous trompons. En effet, le Code civil, qui régit les biens depuis 1804, ne traite pas ou pour ainsi dire très peu des biens communs ; les biens sont agencés autour de la propriété. Le Code civil connaît également les choses communes qui n'obéissent pas au rapport de propriété. Alors que sont, en droit, ces biens communs ? S'agit-il d'une catégorie juridique nouvelle à mi-chemin entre les biens et les choses communes ou une résurgence d'une notion ancienne, tirée de l'histoire et des communaux¹⁴ ?

Si l'on suit les interprétations académiques du Code civil, il faut d'abord rappeler que, pour l'essentiel, le livre II n'a pas bougé depuis 1804. La lettre du Code est restée figée pendant que les sociétés et les mondes se sont succédé. Il faut ensuite dire que cet immobilisme n'a pas empêché la doctrine et la jurisprudence d'adapter les textes aux situations nouvelles ; le droit a pu ainsi évoluer¹⁵. Il faut également constater que la figure de la propriété y est pensée comme l'alpha et l'oméga de la notion de biens.

L'interprétation des articles 518 et 714 du Code civil tournée vers les communs et les biens environnementaux. Or, au regard de l'évolution du monde contemporain, il nous semble que deux autres articles du livre II mériteraient de recevoir les mêmes vertus d'interprétations que celui de la propriété, car ils pourraient venir, d'une part, expliquer ce que sont les biens « communs », et, d'autre part, décentrer la toute-puissance de la propriété, pour ouvrir l'interprétation vers la multiplicité des choses de notre environnement. Le premier article fait l'ouverture du livre II ; il s'agit de l'article 518 du Code civil qui dispose : « Le fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature ». Le fonds, particulièrement sollicité par nos usages, joue un rôle crucial dans la crise climatique (raréfaction, appauvrissement, perte de la biodiversité). Le fonds de terre, c'est-à-dire la substance qui fait exister toute chose, que l'interprétation doctrinale a progressivement relégué derrière le bâtiment, ou les vertus de la spatialité, pourrait recevoir de nouvelles interprétations. Il cache une série d'avantages majeurs. Il s'agit non seulement du premier des biens, mais de celui qui porte les usages communs, qui fut jadis considéré comme un bien commun au regard de la culture judéo-chrétienne, qui n'est devenu « propre » qu'après la force d'un travail d'interprétation libérale, associé aux pratiques d'occupation, du fait du travail ou de l'enclosure. Le fonds de terre pourrait être

¹⁴ J.-F. Joyer (dir.), *Les communaux au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Presses universitaires Savoie-Mont-Blanc, 2021.

¹⁵ V., F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », in « Destins du droit de propriété », *Droits* 1985. 33-49 ; V. Malabat et A. Zabalza (dir.), *La propriété au 21^e siècle ; un modèle ancestral toujours adapté aux grands enjeux de notre environnement ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2021.

le substrat, ou le premier modèle des biens environnementaux, ouvert sur les biens communs, et permettant de distinguer parmi les entités appropriées les biens naturels des biens artificiels¹⁶.

Le second article est celui qui traite des « choses communes ». Elles sont contenues à l'article 714 du Code civil, qui dispose : « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Quand on rapporte cette définition à l'article 544 du Code civil, on s'aperçoit qu'il y a d'un côté les biens (soumis à l'art. 544 C. civ.) et de l'autre côté les « choses communes », mais les « biens communs », à proprement parler, n'existent pas.

Une nouvelle catégorie juridique ? La question posée dans cet ouvrage à tous les contributeurs est donc une question de détail : peut-on au sens civiliste ou juridique du terme relier les biens et les communs aux choses communes à travers l'expression des biens communs ? Sur cette première question notionnelle s'enchaîne une seconde problématique juridique fondamentale : existe-t-il ou peut-il exister un régime juridique spécifique aux biens communs qui désignerait, comme le soutient Jimmy Meersman dans sa thèse¹⁷, une nouvelle catégorie juridique ?

Les discussions. Les réponses que nous avons tenté d'apporter ont été exposées en deux temps. Lors d'une première rencontre qui nous a réunis à Bordeaux les 1^{er} et 2 décembre 2022, nous nous sommes questionnés autour des relations entre les articles 544 et 714 du Code civil. Puis, intrigués par les différentes approches des législations des pays voisins, nous avons orienté notre réflexion sur la dimension transversale et environnementale des biens communs pour une seconde rencontre. Nous nous sommes donc à nouveau réunis à Bordeaux, le 9 novembre 2023, autour du thème « Eau, Terre, Air. Quels accès ? Quels usages ? Quelles propriétés ? ». Le second format était différent, puisque nous avons choisi d'exposer nos interrogations de façon très libre, dans un amphithéâtre ouvert à tous, en pensant que la recherche en droit, et en particulier sur ce thème, ne pouvait pas être éloignée du partage avec les justiciables.

¹⁶ V. notre contribution « *De revolutionibus orbium terrarum*. Pour une révolution “géocentrique” dans le système des biens », in V. Malabat et A. Zabalza (dir.), *La propriété au 21^e siècle*, op. cit., p. 7-29 ; nous avons poursuivi cette réflexion, en la rapportant aux droits de la nature et en passant du fonds de terre inscrit dans le Code civil (en tant qu'universalité de fait) vers l'hypothèse d'un fonds sujet de droits, porteur d'intérêts communs, ouvrant ainsi une nouvelle catégorie de biens environnementaux, « Les droits de la nature à la boussole des communs. Premiers jalons pour une théorie du sujet de droit sans personnalité juridique », *RJE* 2024. 363-380.

¹⁷ J. Meersman, *Contribution à une théorie juridique des biens communs*, op. cit.

Le parti pris du Code civil. Comme point de départ, nous avons suivi le parti pris du Code civil, excluant l'hypothèse littérale des biens communs¹⁸. Nous avons donc confié un rôle d'investigation à chacun, en fonction de son champ de recherche. Dans l'ordre d'apparition, nous avons demandé à Gabriel Sebban (Maître de conférences à l'Université Paris Panthéon Assas) de rapporter les relations que l'on pourrait établir selon le Code civil entre la notion de bien et de choses communes. Puis, nous nous sommes tournés vers Marie-Pierre Camproux Duffrène (Professeure à l'Université de Strasbourg) afin de revenir sur l'interprétation de l'article 714 au regard des choses communes, en particulier des choses de l'environnement. La question posée à Guillaume Drouot (Professeur à l'Université de Bordeaux) était de savoir si la notion de « biens communs » véhiculée dans le droit des régimes matrimoniaux pouvait servir de socle de réflexion éclairant cette nouvelle catégorie générale. Enfin, il nous est apparu que Garance Navarro Hugé (Docteur de l'EHESS) pouvait nous apporter un éclairage original sur nos premières interrogations civilistes.

L'apport de nos voisins continentaux. Cette réflexion, sur l'état des lieux de la problématique en France, ne pouvait se réaliser sans une connaissance de l'état de la question chez nos voisins continentaux. En Europe, quand on songe au renouvellement de l'approche juridique des communs, le regard se porte vers l'Italie, nourrie depuis plus de vingt ans de différents courants exégétiques autour des *beni comuni*. On se tourne également vers la Belgique, qui vient de réformer le livre III du nouveau Code civil consacré « aux biens »¹⁹ ainsi que l'article 3.43 consacré aux choses communes. Tout comme on ne saurait oublier d'interroger la tradition germanique, qui a vu naître les communautés de « la marche », et dont l'organigramme juridico-politique demeure ancré dans les communautés des *Länder*. Dans le même esprit, on sait à quel point l'Espagne, attachée à ses régions (elles-mêmes imprégnées de droit foral), comme c'est le cas en Navarre ou au Pays basque, autorise à concevoir la terre comme un bien commun. Ces différentes législations et traditions juridiques ont toutes un Code civil, dont on peut dire qu'elles sont d'une certaine façon héritières de l'histoire du Code Napoléon ; les problèmes de doctrine y sont-ils encore posés de la même manière ? C'est la question que nous avons posée à Roberto Louvain (Professeur à l'Université de Trieste) pour l'Italie ; à Nicolas Bernard (Professeur à l'Université de Louvain-Saint-Louis) ainsi qu'à Thibault Leroy (juriste au *Community Land Trust*) pour la Belgique ; à Itziar Alkorta (Professeure à l'Université du Pays basque à Saint-Sébastien) pour le

¹⁸ Dans cet esprit V. égal. l'essai de M. Hautereau-Boutonnet, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, Dalloz, 2021.

¹⁹ Entré en vigueur le 1^{er} sept. 2021 ; N. Bernard et V. Defraiteur, *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Larcier, 2021 ; M.-S. de Clippele, « La logique de durabilité du nouveau Code civil belge ouvre une petite porte aux communs », in *Les communs en droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 165-172.

cas de l'Espagne et enfin à Julien Dubarry (Professeur à l'Université de la Sarre) pour l'approche germanique. L'étude comparatiste est venue apporter des réponses surprenantes.

Nous avons enfin confié la plus lourde tâche de notre travail en commun à Antoine Touzain (Professeur à l'Université de Rouen) : celle de faire la synthèse des échanges animés durant cette conférence collective entre les intervenants et l'amphithéâtre Duguit rempli pour l'occasion, avec la plume et l'esprit, dont il a le secret.

Alexandre Zabalza
Bordeaux, le 1^{er} juillet 2024