

CONTRIBUTION A UNE THÉORIE JURIDIQUE DES BIENS COMMUNS

Thèse de Jimmy **MEERSMAN**¹

Analyse de Gérard **CHOUQUER**²

Directrice de thèse : Catherine **MAMONTOFF**, Professeur émérite de droit public à l'Université Côte d'Azur

Gérard Chouquer, historien des questions foncières, membre du groupe "foncier" de l'Académie d'agriculture de France, a souhaité relever et commenter l'intérêt de la proposition doctrinale de l'auteur. Ce texte n'est donc pas une analyse de l'intégralité de la thèse, mais un à-propos intitulé :

La proposition de "propriété publique inclusive"

Selon le constat fait par une très intéressante thèse en droit public, celle de Jimmy Meersman, "les biens communs n'ont pas de définition juridique"³. En France, où la doctrine juridique est en décalage sur le réel⁴, cette situation paraît encore plus marquée que dans des pays voisins, dont l'histoire et les traditions juridiques ont été différentes et moins marquées par la rupture révolutionnaire. Aussi, toute réflexion sur le statut juridique des communs présente beaucoup d'intérêt, même reposant sur un récit historique contestable. Dans sa thèse, Jimmy Meersman a élaboré une proposition théorique dont il est intéressant d'apprécier le cheminement intellectuel, car elle affronte le problème que je viens de souligner.

Cherchant à définir quel pourrait être le régime juridique des biens communs, l'auteur rejette tout d'abord l'idée de restaurer le droit de garde tel que le juriste Proudhon l'avait pensé au XIX^{ème} siècle⁵. Il lui paraît difficile de revenir sur la notion de droit de propriété des personnes publiques, garantie par les textes. Ensuite, il ne souhaite pas élargir les biens communs à tous

¹ Thèse de doctorat de l'Université Côte d'Azur, Ecole doctorale Droit et sciences politiques économiques et de gestion, Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (UPR 7267), présentée et soutenue le 9 décembre 2022.

² Membre titulaire émérite de l'Académie d'agriculture de France, section 4 « Sciences humaines et sociales ».

³ Meersman 2022, p. 26, §20.

⁴ Jean-Pascal Chazal, "La propriété : dogme ou instrument politique ? ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel", dans *RDT Civ.*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, 4, p.763. Disponible sur hal.

⁵ En droit administratif, Jean-Baptiste-Victor Proudhon, professeur à la faculté de droit de Dijon, défenseur du Code civil et de la propriété privée, a proposé au XIX^e s. une construction doctrinale selon laquelle certains biens appartenant à l'Etat sont "affectés à l'usage du public" (routes, rivages maritimes...) et, pour ces motifs, doivent être soumis à des règles particulières d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité. C'est le "domaine public", par opposition au "domaine privé" de l'Etat. Les opinions divergent alors sur la nature exacte du droit de l'Etat sur ce "domaine public" : J.B.V. Proudhon soutenait que l'Etat ne devait avoir qu'un simple droit de garde et non un véritable droit de propriété sur ces biens. Bien plus tard, le Code général de la propriété des personnes publiques a tranché en situant le niveau : ce n'est pas un régime juridique, mais une forme (publique) de la propriété, dans un régime juridique public.

les biens affectés à l'exercice des droits fondamentaux, préférant ainsi les définitions circonscrites d'Elinor Ostrom à la "communalité" plus large d'un Thomas Perroud⁶.

Peut-on, en effet, "supprimer l'idée propriétaire dans la domanialité publique", pour reprendre les mots de Thomas Perroud ? C'est-à-dire de réduire la qualification juridique au seul critère de l'affectation ? Dans la mesure où ce régime juridique coifferait autant les propriétés publiques que les propriétés privées, on voit que l'avancée proposée consisterait à grever les propriétés privées de charges publiques dont elles sont jusque-là exclues. Autrement dit, il s'agirait de passer d'une domanialité de fait (car la pression des charges publiques sur la propriété privée existe déjà), à une domanialité nommée et assumée.

Jimmy Meersman répond en proposant de garder aux biens communs leur qualification de biens, ce qui les rattache au droit des biens, mais de nommer cette forme de propriété par la notion de "propriété publique inclusive". Il commente ainsi les termes de cette expression :

- propriété publique, car en les incluant dans le périmètre des biens publics, on éviterait de les confondre dans cet autre périmètre plus vaste et plus flou des choses communes insusceptibles d'appropriation commune ; une plus claire distinction entre biens communs (appropriables), et choses communes (inappropriables) serait un préalable nécessaire ;
- propriété inclusive, car étant des biens collectifs, ils ne pourraient pas ressortir à une forme de propriété exclusive, personne n'ayant le droit d'exclure autrui du bénéfice retiré de ces biens ; de ce fait ils seraient insaisissables, incessibles à vil prix, inaliénables, imprescriptibles ;
- cette propriété publique inclusive se prolongerait d'une maîtrise publique inclusive, c'est-à-dire de la possibilité d'ouvrir le droit de propriété à d'autres que le titulaire du droit et de permettre la jouissance de telle ou telle utilité du bien à d'autres que le propriétaire en titre. L'inclusivité pose ainsi au premier plan la définition des bénéficiaires du droit de propriété. Comme levier des utilités collectives, la maîtrise publique inclusive consisterait à accorder une place centrale à des tiers intéressés, afin de partager la maîtrise desdites utilités.

Jimmy Meersman retient alors le critère ostromien de la communauté déterminée d'ayants droit, c'est-à-dire d'une communauté close de bénéficiaires des utilités du bien en question ; ou plus exactement, une communauté ouverte à autrui en lieu et place du seul propriétaire, mais ensuite nécessairement close pour le bon fonctionnement de la maîtrise du bien.

Raisonnant sur les utilités, il pense que la notion anglo-saxonne de *bundle of rights* serait la plus à même de rendre compte des biens communs. Il s'agirait de repenser le rapport de droit liant le propriétaire public aux biens communs, et de le faire selon le faisceau des droits.

À la base de la pyramide des droits, on trouverait le propriétaire public, qui aurait à sa charge des obligations de conservation et de protection de l'intégrité des biens communs. Au milieu de l'échelle de distribution, la communauté d'ayants droit, qu'il s'agisse de communautés historiques ou de communautés nouvelles. Au sommet, les usagers tiers.

⁶ Cet auteur défend le recours à la notion de garde dans le rapport de Judith Rochfeld, Marie Cornu et G.-J. Martin intitulé "L'échelle de communalité" (2021). Il suggère une évolution profonde puisqu'il envisage de transformer le Code général de la propriété des personnes publiques en "Code des biens communs". Voir : Judith Rochfeld, Marie Cornu, G.-J. Martin (dir.), *Rapport final de recherche. L'échelle de communalité : Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, GIP Mission de recherche Droit et Justice, n° 17-34, 2021

La gouvernance collective des utilités collectives reste aussi à déterminer dans le sens d'un "droit public participatif", que réclame par exemple le juriste italien Alberto Lucarelli⁷. Cette gouvernance devrait être polycentrique puisqu'elle émanerait de plusieurs niveaux de l'échelle de distribution. Mais les situations réelles en droit administratif français montrent que les mécanismes actuels sont insuffisants, que ce soit en matière de gouvernance des biens sectionaux, ou de procédures participatives lors des enquêtes publiques.

Jimmy Meersman propose d'explorer des modèles historiques afin d'identifier des dispositifs originaux de gouvernance collective et polycentrique. En ce sens, il y aurait sans doute intérêt à procéder à des enquêtes comparées, en étudiant parallèlement des cas tels que les bans champêtres niçois et la gestion des pratiques collectives dans les *openfields* beaucerons et picards qu'étudie Samuel Leturcq ; ou encore les *commons lands* anglais. La gouvernance devrait passer par un Conseil des biens communs, instance locale collective de gestion. En ce sens, l'idée serait d'évoluer d'une gestion publique dans laquelle le sujet public (le propriétaire public) a, jusqu'à présent, la suprématie autoritaire sur les espaces concernés, vers une gestion en commun, au début expérimentale, au moins dans le cadre du droit à l'expérimentation locale non normative, voire normative si le droit en vigueur en accorde la marge.

Ainsi se trouve confirmé le fait que c'est moins l'existence des utilités qui compte (en France aussi la propriété n'est que la réunion de tous les droits réels possibles sur une chose, comme l'écrivait déjà Demolombe en 1861 en employant le mot même de faisceau⁸), que la possibilité de les répartir de façon différente entre divers ayants droit, ou mieux, entre divers 'ayants intérêt', et de les mettre en œuvre dans le cas d'une gouvernance collective d'un type renouvelé.

Parmi les formulations théoriques qui font l'intérêt de sa thèse, Jimmy Meersman développe la notion d'échelle de distribution des droits ou des utilités de la chose, brièvement évoquée plus haut et sur laquelle il convient de revenir. Il reprend ainsi une notion d'échelle qui est de plus en plus employée en doctrine, et tout récemment encore avec la notion « d'échelle de communalité » (Rochfeld, Cornu et Martin, 2021, cité note 6). Cette dernière notion revient à formuler des propositions pour intégrer les biens communs en droit, et à inventer un degré variable d'ouverture du pouvoir : de décider des usages de la chose ; de bénéficier de ses utilités ; d'assurer le contrôle de ces fonctions. Jimmy Meersman ne retient cependant pas cette échelle car elle intègre des choses insusceptibles d'appropriation qui sont à un haut degré de communalité.

Il propose une définition structurale de la notion. Pour lui la notion d'échelle repose sur l'étagement des ayants droit :

- à la base le propriétaire public, disposant du faisceau de droits le plus important ;
- au niveau intermédiaire, la communauté d'ayants droit, avec un faisceau de droits intermédiaire ;
- au sommet, l'ouverture des utilités collectives aux usagers, compris comme des tiers disposant d'un faisceau de droits plus restreint.

Cette hiérarchie évoque, en résonance ou homologie, le triple étagement qu'il a également défini avec les notions successives, 1. de propriété publique ; 2. de propriété inclusive ; 3. de maîtrise publique inclusive.

⁷ Dans *Dictionnaire des Biens Communs*, sous la direction de Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld, 2e éd. puf, Paris 2017, 1358 p. : art. "Démocratie participative", p. 380-381.

⁸ « La propriété, c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose » ; Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon. De la distinction des biens*, t. 9, vol. 1, Paris 1861, p. 375.

Sa pensée s'avère doublement structurale et elle démarque, avec une certaine fidélité, le tableau progressif des bénéficiaires d'accès qu'ont employé E. Schlager et E. Ostrom puis E. Le Roy. En accord avec une tendance récente de la doctrine, la notion cherche à modifier la représentation des degrés en suggérant la progressivité des barreaux ou degrés de l'échelle, en lieu et place de la typologie des classifications. Ce qui est une autre façon de passer du statut aux emplois et fonctions de la chose, d'un droit statique et nominal à un droit mobile et expérimental.

Comme l'analyse Flora Vern⁹, la théorie des accès de l'économie institutionnelle de E. Schlager et E. Ostrom¹⁰ peut permettre éventuellement d'aider à définir les nouveaux et futurs *commons*, qui sont des communs militants et environnementaux tournés vers l'avenir, mais elle n'est pas le bon outil pour analyser les communaux historiques qui ressortissent à l'ancien droit féodal.

Cette notion apparaît importante et la distinction historiquement subtile. Car les communaux historiques ne sont pas une composition donnée à partir d'une gamme neutre d'accès dont on s'amuserait à former le bouquet, mais des concessions seigneuriales (les seigneurs étant très divers) octroyées à telle ou telle forme sociétaire bien précise. J'ai ainsi mis en évidence dans un article récent les origines très particulières des communaux historiques, aussi bien à l'époque romaine qu'à l'époque médiévale. Et sur ce point, les historiens et les juristes sont plutôt d'accord. Les communs antiques et médiévaux, ne sont pas des communs démocratiques et égalitaristes, "communistes", mais des concessions nettement plus ciblées. Que ces communs permettent des formes de vie et de pratiques collectives inclusives (voir les analyses de Samuel Leturcq sur les openfields), n'empêche pas que leur base est le plus souvent en partie exclusive et que la transmission du privilège renforce le communautarisme.

Ensuite, poursuivant le travail de catégorisation du régime juridique selon les termes que j'élabore pour renouveler le récit des régimes de domanialité et des formes de propriété, en proposant une forme de propriété publique inclusive réservée à une communauté d'ayants droit, Jimmy Meersman ne retrouve-t-il pas le chemin, en des termes actuels, d'une forme juridique hybride, "publique et privée", mais ici une forme dans laquelle le "privé" prend un aspect communautaire et non individuel. Malgré tout, préférence est donnée à la forme publique alors que le régime recouvre autant les biens publics que les biens privés.

Le nom typologique de cette forme de biens communs pourrait être, préférentiellement, mais je ne l'énonce qu'à titre d'hypothèse, la propriété collective inclusive, couverte ou inscrite dans un régime de néo-domanialité, ce qui permettrait de rapprocher public et privé sans avoir à choisir entre l'un ou l'autre terme. Jimmy Meersman, respectueux des catégorisations établies qu'on ne bouscule pas aussi aisément que cela, ne souhaite pas, en effet, compromettre la distinction entre domaine public et domaine privé, mais plutôt composer avec (thèse, p. 359 et 366-367). C'est ce qui le conduit à refuser de placer les biens communs sous une domanialité publique généralisée, qu'il trouve inopportune. Mais en réfléchissant en termes de (néo-)domanialité mixte, et évidemment pas en termes de domanialité publique (au sens juridique courant et actuel de l'expression), pourrait-on lever la difficulté ? Comment un juriste français peut-il travailler, s'il ne peut échapper à la fixité historique de la distinction entre public et privé ?

⁹ Flora Vern, "La forme des communaux en droit civil des biens", dans Jean-François Joye (dir.), *Les "communaux" au XXI^e siècle, Une propriété collective entre histoire et modernité*, Presses Universitaires Savoie Mont Blanc, novembre 2021, notamment p. 315-316.

¹⁰ Edella Schlager et Elinor Ostrom, "Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis", *Land Economics*, vol. 68, n°3, août 1992, p. 249-262.

L'intérêt de la thèse de Jimmy Meersman, souligné par cet à-propos intitulé : Proposition de « propriété publique inclusive », justifie que cette analyse figure sur le site de l'Académie d'agriculture de France et dans le Mensuel.