

PROPRIÉTÉS INCLUSIVES

Séverine DUSOLLIER²¹⁰

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

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

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

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

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

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

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

1. DES PROPRIÉTÉS INCLUSIVES COMME NARRATION RENOUVELÉE DE LA PROPRIÉTÉ

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

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

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

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

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

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

autant performatif, car il vise à appliquer la propriété autour de ce paradigme de l'exclusivité, que suffocant, car il évacue d'autres manières de jouir des choses.

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

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

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

2. LIEUX DE PROPRIÉTÉ INCLUSIVE

84

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

2.1 PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

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

[207] Les biens immatériels que sont les créations ou inventions se caractérisent par leur absence de rivalité et d'exclusivité. La non-rivalité d'un bien signifie que l'usage d'un bien ne diminue pas en fonction du nombre d'utilisations qui en sont faites. À l'inverse d'un bien matériel, que dix ou cent personnes écoutent ou exploitent une chanson n'en réduit pas la valeur pour chacune de ces utilisations, alors que l'occupation d'un immeuble par trois ou vingt personnes influencera significativement la

valeur de celle-ci pour les occupants, de même que manger une pomme seul ou à plusieurs divise la part consommée par chacun, et donc la valeur de la chose par individu. Par non-exclusivité, il faut entendre la difficulté à exclure autrui de l'usage de la ressource. Tandis qu'il est aisé de préserver l'usage de son bien matériel, immeuble ou pomme, à son seul bénéfice, sous réserve de variations selon le type de biens, l'immatérialité d'une chanson ou tout autre type de création, une fois divulguée dans la sphère publique, rend complexe l'exclusion de tout usage. Les mêmes réflexions s'appliquent à une invention technique : la valeur d'usage d'une solution thérapeutique ou d'un élément technique de la norme wifi ne diminue pas en fonction du nombre de personnes qui l'avalent ou qui en disposent dans leurs équipements électroniques. La même difficulté d'exclusion s'y rencontre, une fois surmonté l'obstacle de l'accès au bien matériel qui incorpore l'invention.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

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

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

puissance du propriétaire d'assujettir et de dominer les choses, la coexistence de pouvoirs parallèles de co-proprétaires est illusoire.

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

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

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

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

[222] Ici aussi, le modèle inclusif de propriété ou d'usages partagés n'est pas immédiatement reconnu par le droit qui persiste à y appliquer une logique de propriété exclusive et individuelle. Les habitats participatifs sont par exemple régis en France par la loi ALUR du 24 mars 2014, qui impose la constitution d'une personne morale qui vient absorber la propriété collective, la communauté d'habitants se voyant réduire à une personne morale unique qui préserve ainsi l'apparence d'une propriété individuelle, mais au détriment d'une originalité juridique qui aurait pu faire émerger d'autres modèles. Cette personnification jugée nécessaire de la propriété collective évite d'octroyer la propriété à la communauté envisagée dans sa pluralité (SALORD, *op. cit.*).

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

3. DES PROPRIÉTÉS INCLUSIVES

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

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

[226] L'inclusivité pourrait bien être ce qui caractérise juridiquement les communs, notion non proprement juridique. En effet, tout commun repose sur une organisation des relations aux choses, matérielles ou immatérielles, dont l'usage est commun et partagé au sein d'une communauté inclusive. Selon le type de communs, le pouvoir d'exclusion disparaît ou ne vaut plus qu'à l'égard des tiers à cette communauté. Aucun bénéficiaire d'un « droit » d'utilisation de la ressource ne dispose d'un pouvoir asymétrique à l'égard d'autrui, mais jouit d'une prérogative symétrique à celle des

autres usagers ou propriétaires. Ce critère de symétrie des usages permet d'étendre l'inclusivité à des usages de biens non soumis à un régime de propriété ou à une gouvernance organisée par la communauté qui partage cet usage, deux traits qu'on tend à associer aux communs²¹⁴. Par exemple, le domaine public en droit d'auteur, ensemble de créations sur lesquelles ne subsiste plus de droit d'auteur exclusif, ou les *res communes* tels que l'eau ou l'environnement échappent à la propriété mais restent des ressources non appropriables dont l'usage commun doit être garanti, ce qui instaure des « droits » d'usage partagé de tous, et donc un régime inclusif d'usages non-propriétaires.

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

[228] Dans sa thèse sur la propriété, Sarah Vanuxem suggère de penser les choses non plus comme des corps, mais comme des milieux et les droits comme des facultés d'habiter, les sujets juridiques n'étant que des habitants de la chose et non des maîtres la dominant (2012). Les choses seraient toujours d'usage commun et les droits qui y sont relatifs accorderaient des facultés d'habiter ces choses : « La propriété ne portant pas sur les choses mêmes, mais seulement sur des droits ou places en elles, le propriétaire serait celui à qui un droit, soit une place, se trouve attirée, attribuée ou réservée. Il serait celui qui bénéficie d'une place dans la chose » (VANUXEM, 2018, p. 67.) Ces choses considérées comme des milieux ne seraient pas « appropriées » par une propriété individuelle, mais accueilleraient en leur sein une communauté qui ne serait plus antinomique de l'idée de propriété et qui se composerait d'« habitants », titulaires de droits ou de titres divers, non dans un rapport de concurrence entre eux, mais en coexistence (*Ibid.*, p. 71-72).

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

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

[231] Le bien ne nous appartient plus mais nous lui appartenons, cette réversion grammaticale entraînant une vision relationnelle de la propriété, comme chez Sarah Vanuxem. Cette appartenance doit s'entendre au sens premier comme le fait d'« avoir une part » dans la chose, comme un lien de *membership*. Chez les deux autrices, on

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

passé d'un droit sur la chose à une chose liée à des personnes, d'une approche subjective à une approche objective dans lequel le bien constitue le point de départ des droits, et partant des obligations. C'est également une approche relationnelle de la propriété (*Ibid.* p. 73). Le propriétaire n'est plus le sujet qui domine l'objet, mais fait partie d'un tout constitué par la chose et la communauté d'habitants ou des sujets qui en sont membres²¹⁵. Le propriétaire-sujet est intégré (*embedded*) dans un réseau de relations, ce qui « décentre ou renverse sa domination sur la chose » (COOPER, *op. cit.*, p. 636). Cette intégration n'est pas pour autant figée, mais reste dynamique et suit les processus et structures sociales qui sous-tendent ces réseaux et appartenances (KEENAN, *op. cit.*, p.72).

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

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

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

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

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

validées et justifiées par la vision d'une propriété comme appartenant à ce projet collectif et non comme acquisition d'un bien dont on aurait la maîtrise comme sujet isolé de son environnement.

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

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

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

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

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

participer à ce mouvement de rattachement du droit (pas de la loi !) à ce qui concerne la vie dans l'atmosphère terrienne » (2022, p. 592). Pour que les formes de propriété que le droit reconnaît et auxquelles il donne force soient multiples et plastiques, pour répondre aux besoins contemporains de préservation et de partage des ressources.

BIBLIOGRAPHIE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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