Une approche « écologique » des communs dans le droit

Regards sur le patrimoine transpropriatif, les usi civici et la rivière-personne

An “ecological” approach to the commons in law. Insights on the transpropriative heritage, usi civici and the river-person

Alessia Tanas et Serge Gutwirth

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/insituarss/1206>

DOI : 10.4000/insituarss.1206

ISSN : 2680-4972

Éditeur

Ministère de la Culture

Référence électronique

Alessia Tanas et Serge Gutwirth, « Une approche « écologique » des communs dans le droit », *In Situ. Au regard des sciences sociales* [En ligne], 2 | 2021, mis en ligne le 18 mars 2021, consulté le 23 janvier 2023. URL : <http://journals.openedition.org/insituarss/1206> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/insituarss.1206>

Ce document a été généré automatiquement le 23 janvier 2023.

Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International
- CC BY-NC-ND 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Une approche « écologique » des communs dans le droit

Regards sur le patrimoine transpropriatif, les usi civici et la rivière-personne

An “ecological” approach to the commons in law. Insights on the transpropriative heritage, usi civici and the river-person

Alessia Tanas et Serge Gutwirth

Les auteurs souhaitent remercier Chiara Angiolini, post-doctorante à l'université de Trento, Italie, pour les discussions qui ont précédé la rédaction de cet article. Merci également à Arlette Mlynarzewicz pour sa relecture du texte.

- 1 L'article explore quelques figures juridiques qui pourraient répondre au phénomène contemporain de groupes d'habitants qui s'engagent localement et déploient des pratiques de vie durables et inextricablement enracinées dans le territoire. À la suite de nos travaux antérieurs, nous nommons ce genre d'agir « *commoning*¹ ». Il est question de *commoning* quand /1/ des personnes /2/ s'auto-organisent /3/ autour d'une « chose » qui les concerne et les responsabilise collectivement, /4/ et poursuivent des activités marquées par leur générativité plutôt que par l'extraction² (Gutwirth & Stengers 2016 ; Gutwirth 2018 ; Kelly 2012 : 264 ; Capra & Mattei 2015).
- 2 L'article s'intéresse surtout à l'ensemble des relations de réciprocité et d'interdépendance qui forment un « collectif vivant », c'est-à-dire un réseau de liens mutuellement constitutifs où des humains transforment le territoire, qui transforme les humains à son tour – une « écologie » au sens propre du terme. Le devenir du collectif est un processus interactif ouvert sur l'avenir, ce qui implique une contrainte forte : « savoir vivre en faisant partie d'une écologie complexe et de ses interactions, parce que justement on en dépend collectivement et individuellement ». Le *commoning* est dit « génératif » car il se soucie de la continuation de son existence et de son développement ouvert et durable.
- 3 Nous allons ici approfondir l'étude de cette dimension écologique dans le droit. Comment le droit, peut-il rendre visibles et protéger non seulement ces rapports, mais

aussi l'ensemble vivant qu'ils composent ? Pour répondre à cette question nous allons renouer avec ce qui, à partir des années 1990, fut nommé la « question de l'environnement », et avec les débats doctrinaux qu'elle a fait naître. Ceux-ci ont souvent remis en question le grand partage, la division et l'opposition conceptuelle entre le sujet et l'objet qui, on le sait, marquent fortement le système juridique occidental (Ost & Gutwirth 1996 ; Ost 1995 ; Gutwirth 2001).

- 4 Le problème majeur tourne en effet autour de la représentation des choses non humaines dans cette tradition juridique : celles-ci y sont des « objets », c'est-à-dire des « biens » soumis à la maîtrise et possession de leur(s) propriétaire(s), et donc aussi, à leur *abusus*, un droit de les négliger et de les détruire (Remond-Gouilloud 1989 : 304). La question d'une conceptualisation plus juste et spéculative des interactions du vivant est d'ailleurs très actuelle dans d'autres domaines que le droit. Des sciences humaines aux sciences naturelles, à la géologie, l'hydrologie, la géochimie, la géophysique et la pédologie, on assiste à des efforts conjoints pour penser les territoires selon des modalités qui puissent mettre en lumière la « zone critique », c'est-à-dire la fine pellicule superficielle de la terre où l'eau, le sol, le sous-sol, la basse atmosphère et le monde du vivant interagissent et où se concentrent la vie, les activités humaines, et leurs ressources (Arènes, Latour & Gaillardet 2018).
- 5 Sur cette toile de fond, les tentatives juridiques de prendre au sérieux les rapports écologiques et les réseaux d'interdépendance dans lesquels sont pris tous les existants, méritent notre attention, même si elles restent fort modestes et marginales.
- 6 Le présent chapitre explore deux statuts de protection du milieu formulés autour de la notion de patrimoine. Le premier fut réélabore à la lumière de la figure de la « transpropriation » par laquelle François Ost, Delphine Misonne et Marie-Sophie de Clippele (2015) proposent d'accommoder le droit au retour des communs. Le second est le statut de patrimoine collectif ou « civique » tel qu'il prend forme à travers des derniers développements législatifs et jurisprudentiels concernant les *usi civici* (usages civiques) en Italie, une forme de communs héritée du passé. Nous nous intéressons à ces statuts en vertu d'une part, des sortes de relations entre groupes, choses et territoires qu'ils qualifient, et de l'autre, du potentiel de durabilité qu'ils attachent explicitement à des pratiques collectives, qui pour des raisons que nous allons décrire, sont des expressions du *commoning*. Ensuite, nous nous focalisons sur le concept même de « milieu » pour le réinterpréter à la lumière d'une évolution néo-zélandaise qui relativise la distinction binaire entre sujets et objets et qui reconnaît un biotope fluvial comme ensemble vivant composé d'éléments différents, mais indissociablement liés. Notre contribution pourra ainsi revisiter les éléments pertinents des statuts analysés pour élaborer des pistes pour une protection juridique du *commoning* moins marginale que celle qui existe actuellement.

***Commoning* : une approche « écologique » des communs**

- 7 De nos jours, beaucoup d'activistes et d'auteurs voient dans les communs un mode d'action prometteur pour garantir une utilisation responsable et durable des ressources (Kostakis & Bauwens 2014 : 97), et pour répondre aux grandes questions écologiques, sociales, politiques, culturelles et économiques de nos temps (Weston & Bollier 2013 : 363 ; Bollier 2014 ; Cornu, Orsi & Rochfeld 2017 ; Federici & Linebaugh 2019 : 227 ; Bollier

& Helfrich 2019 : 448). Ce mouvement favorise l'élaboration de moyens et solutions qui s'émancipent de l'idée qu'il n'y a que deux façons d'agir : soit sur le marché, soit à travers l'État ; une alternative infernale et toxique parce qu'elle rend et tient invisible le genre d'agir qui nous intéresse et importe, le *commoning*. La variété et la diversité des communs, leur caractère éminemment local et le souci de (sur)vie, de régénération et de durabilité qui les habitent demandent à être pris en compte³. Depuis Elinor Ostrom (1990) et malgré Garrett Hardin (1968) nous savons déjà que ces communs peuvent assurer une production efficace. Aujourd'hui, ce sont leurs potentiels écologiques et politiques qui éveillent l'intérêt qu'on leur porte, jusque dans la doctrine et la science juridique.

Figure 1

Commoning : /1/ des personnes /2/ s'auto-organisent /3/ autour d'une « chose » – dans le cas présent : une terre – qui les concerne et les responsabilise collectivement, /4/ et poursuivent des activités marquées par leur générativité plutôt que par l'extraction. Groupe d'utilisateurs du « Jardin essentiel » à Bruxelles.

© photos Fabienne Apt.

- 8 En effet, le retour des communs a donné une nouvelle impulsion aux débats doctrinaux non seulement autour des droits de propriété, qu'il s'agisse de leur caractère absolu et exclusif ou de leur fonction sociale voire socio-environnementale (Parance & Saint-Victor 2014 : 314 ; Graber & Locher 2018 ; Vanuxem 2018a), mais aussi autour de questions de responsabilité et solidarité intergénérationnelle (Misonne 2018) ou encore des limites de la loi et même de la *rule of law* face à des déploiements « *bottom-up* » de droits locaux en « devenir » dans le *commoning* (Gutwirth 2018). Cette résurgence se fait valoir, même si aux yeux des politiques modernes et des codifications qui en découlent les *commons* sont perçus comme des catégories obsolètes ou comme des reliques d'un temps révolu depuis bien longtemps. Il est dès lors clair que leur

« retour » (Coriat 2015 : 297 ; Le Roy 2016), leur « revival » (Moons & Hubeau 2018) ou encore leur « résurgence » (Gutwirth & Stengers 2016 ; Rochfeld 2009) exigent une approche juridique différente, tant en pratique que dans les discours. La doctrine confère plusieurs connotations à la notion de(s) commun(s). Il nous semble utile de distinguer au moins trois approches, même si elles se recouvrent mutuellement : la première se focalise sur la ressource ; la deuxième se concentre plutôt sur les communautés de personnes et leurs modalités d'organisation ; et la troisième, la nôtre, que nous disons « écologique », porte surtout sur les interactions et la générativité (Gutwirth & Stengers 2016 ; Capra & Mattei 2015).

- 9 La conception des « communs-ressources » englobe la vaste gamme de choses ou de « biens » que nos systèmes juridiques nationaux et internationaux qualifient explicitement de choses « communes », au sens où elles appartiendraient à tous : les *res communis* (cf. art. 714 des Codes civils français et belge), le patrimoine ou l'héritage commun de l'humanité qu'il soit culturel ou naturel en droit international, ou encore toute information récalcitrante aux droits intellectuels (y compris « les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques... en tant que tels » de l'art. 52 de la Convention sur le brevet européen). C'est ici aussi qu'il faut compter l'importante contribution italienne à la pensée sur la réglementation des *beni comuni* (Commissione Rodotà 2007 ; Cerulli Irelli & De Lucia 2014 ; Lucarelli 2007 ; Mattei, Reviglio & Rodotà 2010 : 491 ; Marella 2012 : 333) qui concerne l'eau, la terre, l'air, la mer, l'atmosphère, des bâtiments, les espaces urbains, l'environnement au sens large du terme, etc.⁴.
- 10 La seconde conception caractérise les communs plutôt à partir des formes spécifiques d'auto-organisation qui étaient répandues un peu partout en Europe jusqu'à la moitié du XIX^e siècle (De Moor 2012 ; Thompson 2015 ; Linebaugh 2008). En effet, au Moyen Âge et jusqu'à l'époque moderne, l'usage commun des terres à des fins sylvo-pastorales et agricoles était fort fréquent et répandu ; il garantissait la (sur)vie et la subsistance des communautés paysannes démunies. Mais, on le sait, ces usages furent graduellement éliminés par les vagues d'*enclosures* et de libéralisation qui ont culminé aux XVIII^e-XIX^e siècles et que Polanyi nomme une révolution des riches contre les pauvres (Polanyi 1957 ; Linebaugh 2008 ; Thompson 2015 ; Federici & Linebaugh 2019 ; De Moor 2012). Or, certains de ces usages des « biens communaux » – tel que les nomment les art. 542 des Codes civils belge et français – ont survécu jusqu'à nos jours, sous forme de droit coutumier, de pratiques vivantes dans plusieurs régions en Occident, et d'une façon bien plus répandue – échappant à l'emprise des systèmes de droit postcoloniaux qui y furent légués – dans le reste du monde⁵. Ces types de communs, hérités du passé, ont été décrits et interprétés comme des configurations *réicentriques*⁶ à travers lesquelles la communauté s'auto-organise autour de la terre commune (Grossi 2017). Cette connotation organisationnelle des communs évoque également celle que nous retrouvons chez Ostrom (1990). Elle peut être associée aussi à l'idée que « *there is no commons without "commoning"* », qu'il n'y a pas de communs sans action commune et qu'un commun n'existe qu'au gré de l'action qui le produit et le génère (Bollier 2014 ; Bollier & Helfrich 2015 ; Helfrich & Haas 2009 ; Fournier 2013 ; Euler 2018 ; Bollier & Helfrich 2019).
- 11 Nous glissons dès lors aisément vers la troisième approche des communs, celle que nous nommons « écologique » (Gutwirth & Stengers 2016). C'est le *commoning* vu comme une pratique caractérisée par quatre éléments : (1) le groupe d'humains (2) qui s'auto-organise (3) autour d'une ressource, (4) où il déploie des activités génératives

(Gutwirth 2018). La générativité, en opposition à l'extractivité, est cruciale ici (Gutwirth & Stengers 2016 ; Gutwirth 2018 ; Kelly 2012 ; Capra & Mattei 2015). Elle est portée par un souci de durabilité⁷, d'exploration, d'aventure, d'apprentissage, de transmission d'expériences, de pratiques et savoirs⁸. Les dynamiques qu'elle engendre sont comparables aux liens « sympoïétiques » que l'on peut reconnaître dans les rapports entre des communautés « autochtones » et leurs territoires. Des rapports de savoir-vivre issus d'expériences qui ont pour fondement intuitif qu'« au phénomène vital ne participe pas seulement l'homme, mais également la terre » ; la vie est, en somme, vie des hommes et des choses en symbiose : « La terre est respectée comme est respectée la créature vivante » (Grossi 2017 : 442). Ensemble ces relations forment un « collectif vivant » qui est une écologie au sens propre du terme, un réseau d'interdépendances mutuellement constitutives : le groupe transforme le territoire qui transforme le groupe à son tour, et ainsi de suite. Le devenir du collectif est un processus interactif et réciproque. Ce qui implique une contrainte forte : « Savoir vivre en faisant partie d'une écologie complexe et de ses interactions, parce que justement on en dépend collectivement et individuellement » (Gutwirth & Stengers 2016)⁹.

- 12 Nous pensons qu'une réflexion juridique au sujet du *commoning* tel que nous le caractérisons peut contribuer à rendre visibles ces relations dans le droit. D'autant plus qu'il s'agit d'un type d'action qui, comme nous le verrons dans ce chapitre, commence à être saisi par la pratique du droit à travers des flexions et interprétations nouvelles du concept juridique de patrimoine.

Figure 2

Commoning : l'organisation des pratiques de jouissance et d'entretien se fait dans le respect des exigences de vie et de régénération du milieu. Affichettes créées par le groupe d'utilisateur du « Jardin essentiel » à Bruxelles.

© photos Fabienne Apt.

Milieu et patrimoine transpropriatif : faire valoir des intérêts et valeurs « autres » que ceux du propriétaire

- 13 Le premier statut que nous allons placer sous la loupe est celui du patrimoine lié à la « transpropriation » tel que François Ost (1995 : 323 *et sq.*) l'avait esquissé dans *La Nature hors la loi* et l'a récemment repris et développé avec deux collègues, Delphine Misonne et Marie-Sophie de Clippele (2015). Il s'agit d'un néologisme qui leur paraît « pouvoir adéquatement regrouper un certain nombre d'institutions et de solutions qui se réclament du modèle des communs » (*ibid.* : 160).
- 14 « Patrimonialiser les espèces et les espaces naturels, écrit Ost, revient à les considérer comme des choses “vivantes” – biotope et biosphère – qu'il importe de garder sauves : “sauvegarder” » (Ost 1995 : 310). Non seulement cette qualification paraît adéquate pour traiter l'environnement comme « hybride » de sujet et d'objet, de personne et de bien, mais le régime du patrimoine possède selon Ost également des « virtualités transformatrices » et un certain dynamisme, susceptible d'entraîner un mouvement dialectique entre les concepts antagonistes comme l'individu et la communauté, le sujet et l'objet, la valeur économique et la valeur éthique, le local et le global, etc. D'un régime monofonctionnel de la propriété, il conduit à la reconnaissance d'une multiplicité d'usages dont les espaces et ressources sont susceptibles.
- 15 Ainsi, le prisme du patrimoine suppose que des intérêts autres ou que les intérêts d'autres personnes se superposent à celui du propriétaire privé ou de la souveraineté nationale. Le régime du patrimoine, par exemple, reconnaît des intérêts et des valeurs qui s'imposent tant aux propriétaires privés et publics qu'à l'État souverain en droit international. Un patrimoine est un institut tissé de droits privatifs mais aussi d'usages collectifs. La chose patrimonialisée ne peut être réduite ou atteinte au-delà de ses seuils d'irréversibilité¹⁰. Il faut en garantir les facultés de régénération et sa (sur)vie selon une logique de solidarité et d'obligation envers les générations futures¹¹.
- 16 La patrimonialisation d'une ressource implique donc des accommodements du droit de propriété au profit des intérêts collectifs d'une (ou plusieurs) communauté(s). La propriété se produirait comme un faisceau de droits¹² où tous les intérêts – privés, étatiques et autres – doivent cohabiter le bien-patrimoine. Ce mouvement, nommé « transpropriation » par Ost se manifeste comme la concession sur une même chose d'usages multiples à une multiplicité de titulaires ; le patrimoine met en place des réseaux de droits d'usage et de contrôle « débordant les découpages issus de la propriété et de la souveraineté ». À certains égards, le propriétaire ou le souverain redevient un simple usager des biens » (Ost 1995 : 323-324). Dans l'élaboration plus récente d'Ost, Misonne et Clippele (2015 : 157), la notion de transpropriation s'applique surtout aux ressources matérielles, meubles ou immeubles, dont « l'usage est rival car facteur d'épuisement, et dont la quantité autant que la qualité, sont aujourd'hui devenues problématiques ». Mais selon les auteurs, rien n'empêche la notion de transpropriation de se renouveler, « d'évoluer, de s'appliquer à d'autres ressources au gré des choix collectifs, et de s'hybrider de mille façons » (*ibid.* : 134).
- 17 Quant à la désignation de la collectivité qui peut faire valoir ses intérêts, Ost et ses collègues se trouvent face au problème qu'elle n'est ni identifiable ni définissable *a priori*, un problème que la doctrine italienne travaille à travers les notions d'« intérêt

diffus » et d'« action diffuse » depuis la fin du siècle dernier (Angiolini 2017). Ainsi, ils évoquent la « “communauté diffuse” d'ayants droit pas nécessairement identifiés, mais pouvant prétendre à un usage de la ressource¹³ ». Dans cette perspective, un bien approprié pourrait être « destiné » à une finalité collective dont bénéficierait un groupe « diffus » de personnes. Il s'agira donc d'identifier les différents intérêts que l'usage de la ressource peut impliquer et dont elle peut être l'enjeu.

***Usi civici* : des usages collectifs pour la préservation du territoire**

- 18 Passons maintenant en revue un statut qui trouve une application concrète, celui du « patrimoine d'usage civique » en droit italien¹⁴. Il s'agit d'une institution juridique aux origines très anciennes, qui plonge ses racines dans la coutume et appréhende des situations d'usage – sur ce que la loi nomme des « domaines collectifs ». À ces situations sont rattachés les droits d'une communauté d'utiliser et de jouir collectivement d'un fonds à des fins agricoles, sylvicoles et pastorales¹⁵. C'est une institution complexe et diverse, que nous n'aborderons qu'à travers quelques aspects, cruciaux pour ce chapitre.
- 19 Pour le juriste et historien du droit Paolo Grossi, le terme générique de droits d'usages civiques (*usi civici*) englobe « les milliers de très différents droits fonciers collectifs qui vont des consortiums valdotains aux règles et communautés de l'arc alpin oriental, aux participations émiliennes, aux domaines collectifs de l'Italie centrale, aux droits civiques d'usage du Sud, aux *ademprii* sardes » qui « représentent, par rapport à la tradition juridique officielle de tradition romaine, une “autre” tradition » (Grossi 2017 : 441). Le régime juridique des *usi civici* a récemment été (ré)intégré par la loi italienne du 20 novembre 2017, n° 168. Plusieurs commentateurs voient dans cette évolution un tournant radical par rapport à la tendance législative qui (sauf exceptions) depuis les révolutions bourgeoises du XVIII^e siècle a voulu les affaiblir et les liquider (Marinelli 2019 ; Grossi 2017 ; Corona 2003). En effet, au début du XIX^e siècle, les propriétés collectives commençaient à être considérées comme des « anomalies » ; elles représentaient une « perturbation » ou trouble de l'ordre juridique et économique (Corona 2003)¹⁶. C'est par la loi fasciste du 16 juin 1927, n. 1766 « sur la réorganisation des usages civiques dans le royaume » que fut déclarée l'intention d'abolir définitivement presque toute forme d'usage collectif de la terre. Aujourd'hui, ces objectifs n'ayant jamais été complètement réalisés, un grand nombre de domaines collectifs continuent d'exister sur le territoire italien et expriment au contraire une certaine vitalité qui se voit actuellement renforcée.
- 20 Ainsi, selon l'art. 1 de la loi 168/2017¹⁷ : « La République reconnaît les domaines collectifs, sous toutes leurs dénominations, en tant que régime juridique primaire des communautés d'origine¹⁸. » La loi dote les domaines collectifs de la capacité de se donner des normes de manière autonome, pour autant qu'elles soient constitutionnelles¹⁹. Le législateur italien établit donc ces *usi civici* comme une source de droit. Le régime mis en place leur attribue également la capacité de gérer « le patrimoine naturel, économique, culturel qui correspond au territoire de la propriété collective », considérée comme une « copropriété intergénérationnelle ». Selon Raffaele Volante, la loi inaugure un « troisième régime civil de la propriété » fondé sur l'art. 43 de la Constitution²⁰. Elle attribue une autonomie de gestion des biens correspondants

par le biais d'organismes compétents nommés : les *enti esponenziali* ayant une personnalité juridique de nature associative et un certain degré d'autonomie statutaire. Ainsi se renforce le statut coutumier des domaines collectifs, car la loi instaure des droits réels réservés à une communauté qui se perpétue dans le temps : la chose (la terre en général) ne peut pas être séparée du sujet collectif titulaire.

- 21 Les domaines collectifs sont hors commerce et il est rendu difficile de les soustraire à la communauté²¹. De surcroît, la loi 168/2017 interdit le changement de destination des usages agro-sylvo-pastoraux²², tout comme les usages incompatibles avec la perpétuation de leurs régimes primaires (Volante 2018). Mais elle ne décrit pas les activités qui peuvent être menées dans le domaine collectif ni n'uniformise les multiples réalités qu'elle recouvre, qui sont plutôt sauvegardées (*ibid.*).
- 22 Le dispositif législatif prévoit l'auto-organisation des rapports entre la collectivité et le fonds. C'est la communauté elle-même qui règle l'usage collectif du fonds à partir de l'organisation coutumière. À cet égard dans le passé il y avait obligation d'utiliser la chose « selon sa nature » coutumière qui représentait la raison d'être de la communauté qui en était propriétaire ou usagère (Volante 2018). Ainsi, se voyaient agencées simultanément la perpétuation tant de la chose en l'état, que de la vie de la communauté. Les restrictions posées à la commercialisation des domaines collectifs visent donc à éviter le bouleversement de ce type d'organisations du territoire et à en perpétuer l'existence, ce qui d'ailleurs s'accorde bien au statut d'héritage intergénérationnel conféré à ces domaines.

Figure 3

Aménagements fonciers collectifs : travail dans les champs. Le Consorzio degli Uomini di Massenzatica (CUM) est une propriété collective à usage agricole. Trois petites communautés de la province de Ferrara, dans la municipalité de Mesola (Massenzatica, Monticelli et Italba), tirent une partie de leur subsistance de l'utilisation collective de ces terres.

© photo Marco Spezzamonte.

- 23 Or, ce régime juridique spécifique (*lex speciali*) doit être situé sur le fond de la réglementation plus générale de la protection du paysage et de l'environnement (*lex*

generali)²³. Les « zones soumises à usage civique » sont qualifiées de biens dits « d'intérêt paysager » (*beni paesaggistici*) par l'art. 142.h du Code des biens culturels et du paysage²⁴. Mais la Cour constitutionnelle a aussi estimé à plusieurs reprises que tous les usages civiques revêtent une importance stratégique pour la préservation de l'environnement et du paysage²⁵, notions qui renvoient à des domaines juridiques distincts, bien qu'étroitement liés (Buoso 2018). La notion d'environnement fut interprétée largement par la Cour comme « *habitat* des êtres humains ». Elle engendre également la protection des ressources naturelles et de l'écosystème²⁶. Aussi, la Cour comprend sous le terme « bien environnemental » : « Toutes les ressources naturelles et culturelles [...] la conservation, la gestion rationnelle et l'amélioration des conditions naturelles (l'air, les eaux, le sol, et le territoire, en toutes ses composantes), l'existence et la préservation des patrimoines génétiques terriens et marins, de toutes les espèces animales et végétales qui y *habitent* à l'état naturel et, enfin, la personne humaine dans toutes ses manifestations²⁷ ». La notion de paysage, quant à elle, indique la « morphologie du territoire » et concerne l'« environnement sous son aspect visuel²⁸ ». Ailleurs, la Cour explique que les usages civiques concourent à déterminer la forme du territoire sur lequel ils s'exercent en étant « le produit de l'intégration entre l'homme et l'environnement naturel²⁹ ». Toujours à ce propos, elle soutient que « le maintien des caractéristiques morphologiques environnementales » nécessite « une intervention active, c'est-à-dire un soin assidu de la conservation des caractères qui font que le bien est d'intérêt environnemental³⁰ ». Dans le cas des usages civiques, ce soin est confié à la collectivité et il se manifeste par des modalités particulières d'usage qui « garantissent à la fois, la jouissance du bien et sa conservation » ; il s'agit donc d'un cas de « connexion inextricable des profils économiques, sociaux et environnementaux qui font que les principes combinés du développement de la personne, de la protection du paysage et de la fonction sociale de la propriété sont à l'œuvre »³¹. À ces considérations de la Cour, qui vont au-delà même des considérations d'ordre environnemental et paysager, s'ajoute l'art. 2.1 de la loi 168/2017, qui souligne les raisons pour lesquelles les usages collectifs sont à protéger : il s'agit /a/ d'éléments essentiels pour la *vie* et le développement des collectivités locales ; /b/ d'instruments primaires pour assurer la conservation et la valorisation du patrimoine naturel national ; /c/ de composantes stables du système environnemental ; /d/ de bases territoriales d'instituts historiques de sauvegarde du patrimoine culturel et naturel³² ; /e/ de structures écopaysagères du paysage agrosylvopastorale national et /f/ de ressources renouvelables qui sont à valoriser et utiliser à la faveur des collectivités locales des ayants droit.

- 24 Dans le système juridique italien, les pratiques attachées aux terres collectives ont survécu aux tentatives d'éradication du siècle passé. Bien qu'alourdies par des questions administratives et statutaires que la loi leur impose et auxquelles les organismes qui les représentent doivent faire face, de multiples configurations d'usages civiques se voient reconnues très significativement comme source de droit. Le rapport au territoire qu'elles instaurent, entraîne, en outre, des interprétations jurisprudentielles qui leur reconnaissent un potentiel d'intégration d'humains et de territoires qui sembleraient dépasser la *summa divisio* et qui mettent en lumière l'interdépendance entre l'humain et le territoire. Un aspect crucial, que nous allons approfondir dans le paragraphe suivant.

Le milieu fluvial : ensemble vivant et commun

- 25 Ici, nous proposons de regarder de plus près un exemple de processus judiciaire et législatif qui exprime bien l'approche du milieu comme lieu d'interaction du vivant. Il s'agit de l'adoption, en mars 2017, de la loi dite « Te Awa Tupua » (Whanganui River Claims Settlement) en Nouvelle-Zélande, réputée pour l'octroi d'une personnalité juridique au fleuve Whanganui. Mais une analyse approfondie permet de saisir d'autres aspects, tout aussi saillants. La loi contribue à rendre visible, dans le droit étatique, l'entité Te Awa Tupua : le système écologique de ce fleuve avec tous ses composants, humains et non humains. En effet, Te Awa Tupua est d'abord « un ensemble vivant et indivisible, qui comprend le fleuve Whanganui des montagnes jusqu'à la mer, incluant tous ses éléments physiques et métaphysiques³³ » ; ensuite, il « soutient³⁴ la vie et les ressources naturelles dans le fleuve Whanganui [...] »³⁵ ; et enfin, c'est une entité « composée de plusieurs éléments et communautés ».
- 26 Avant l'arrivée du droit colonial d'origine britannique, le fleuve Whanganui était considéré par ses riverains comme une personne sacrée (David 2017). Il fournissait l'essentiel de la nourriture et du cadre de vie des communautés riveraines³⁶ et était perçu comme une entité « une » composée de tous les éléments qui confèrent l'essentiel de la vie³⁷, englobant humains, animaux, plantes, lieux, sources, etc.³⁸. Ainsi l'organisation des pratiques de jouissance et d'entretien des lieux se faisait dans le respect des exigences de vie et régénération du biotope : « Les coutumes de pêche étaient extrêmement précises [...] pour assurer le partage pacifique des ressources ou pour maintenir les stocks, [...] préserver la pureté des eaux [...] les déchets de poisson étaient déposés dans des sites de fumier, et généralement pas déversés dans l'eau, mais restitués aux qualités nettoyantes de la terre. Des temps de pêche des différentes espèces étaient maintenus, le partage des captures était informel mais restait indispensable³⁹. » Le fleuve était considéré comme indivisible et ne pouvait être possédé ou exploité au profit unique des hommes (*ibid.*).
- 27 Avec la colonisation européenne un cadre moderne de représentation juridique va néanmoins s'imposer : le fleuve devient source d'énergie, d'irrigation, d'exploitation de mines et de richesses (*ibid.*). Les pratiques coutumières maories se voient remplacées par la *common law*, laquelle va introduire la notion de droit de propriété, ainsi qu'une conception du fleuve correspondant à celle d'objet de droit (*ibid.*). Les autorités confisquent des terres aux communautés maories⁴⁰ malgré la signature en 1840 du traité de Waitangi entre la Couronne britannique et des chefs de communauté, garantissant à ces derniers la « pleine possession exclusive et incontestée de leurs terres et d'eux-mêmes, des forêts et lieux de pêche et autres biens qu'ils pourraient posséder collectivement ou individuellement⁴¹ ». Face à cette situation, les communautés qui habitent le long du Whanganui commencent à revendiquer la récupération de leurs droits sur l'ensemble du fleuve. Les Maoris lancent également des actions contre la destruction des habitats et de l'écosystème du fleuve (*ibid.*). Ce sont les *Whanganui River Claims*, une longue bataille politique et judiciaire dont l'aboutissement est l'accord nommé « *Tūtohu Whakaturua* », signé le 30 août 2012 par des représentants de la communauté et de la Couronne⁴².

Figure 4

Le dessin de la couverture du *Whangai River Report* évoque la signature du traité de Waitangi et le développement de l'histoire des Maoris et des néo-Zélandais d'origine européenne qui se déroule continuellement selon un modèle en constant devenir.

© Waitangi Tribunal.

- 28 Cet accord s'appuie sur une enquête en terre Whanganui par le tribunal de Waitangi⁴³. Il admet que les communautés maories possédaient historiquement le fleuve sur lequel ils exerçaient leur souveraineté ; qu'ils n'ont jamais cédé ces intérêts et que les décisions prises sans concertation ni compensation par les autorités néo-zélandaises étaient contraires aux principes du traité de 1840⁴⁴. De cet accord découlera la loi du 14 mars 2017 qui reconnaît le fleuve Whanganui comme un ensemble vivant intégré qui contient en lui le fleuve et les communautés riveraines, c'est-à-dire le biotope fluvial avec tous ses éléments et sur toute son étendue. La loi transfère à cette nouvelle personne juridique les éléments précédemment détenus par la Couronne, de façon à refléter la manière de voir maorie selon laquelle le fleuve est une entité de plein droit (« *in its own right* ») et ne peut pas être approprié au sens « absolu » de ce mot⁴⁵.
- 29 La loi néo-zélandaise instaure donc un régime de droit qui installe la personnalité juridique d'un ensemble vivant conçu comme « une entité singulière composée par plusieurs éléments et communautés, qui travaillent et collaborent⁴⁶ pour la santé et le bien-être du Te Awa Tupua⁴⁷ » sur les plans « environnemental, social, culturel et économique⁴⁸ ». À cet ensemble unitaire, intégral et composé sont associés des valeurs intrinsèques qui le caractérisent et se résument dans des principes de « soutien à la vie » des ressources naturelles, à la « santé et bien-être de toutes les communautés » du fleuve, à « l'indivisibilité », à « l'inaliénabilité de la connexion entre communautés maories et "l'ensemble"⁴⁹ », à la nécessité d'une « collaboration » entre les éléments et communautés qui le composent⁵⁰. La loi déplore l'atteinte portée au vécu des coutumes maories, car ces pratiques sont « partie intégrale » de la « relation » de ces

communautés avec la rivière⁵¹. Il est à noter qu'à travers l'accord avec la Couronne, les Maoris ont cherché à réunir toutes les communautés du fleuve afin de maintenir et protéger communément le *mana*⁵² du fleuve pour les générations futures et, finalement, pour toute la Nouvelle-Zélande⁵³. Enfin, il est précisé que le caractère d'inséparabilité des gens et de la rivière implique des responsabilités des communautés maories par rapport à la protection, la gestion et l'utilisation du fleuve en accord avec leurs coutumes, valeurs et pratiques. À cette fin, des organismes compétents sont institués.

- 30 S'il est trop tôt pour une évaluation des effets de la loi néo-zélandaise, nous observons dans ces évolutions, plusieurs aspects significatifs pour notre argument. Non seulement la rivière se trouve légalement intégrée dans un ensemble vivant, mais cette intégration vaut aussi pour les communautés concernées. Les liens protégés sont définis « indéfectibles », « intrinsèques » et « inaliénables ». Cette évolution est pertinente au sens où il s'agit d'une conservation et d'une protection non pas seulement de l'environnement « en soi », mais plutôt d'un ensemble écologique dans tous ses composants, humains et non humains.

Des niches juridiques pour le *commoning* et des milieux vivants ?

- 31 Nous pouvons donc prendre acte, même si elles sont locales et disparates, d'évolutions et d'inventions juridiques qui permettent de saisir des collectifs vivants et leurs formes de *commoning* tels qu'ils sont (des écologies) et sans les réduire aux catégories binaires qui ne pourraient d'ailleurs que les rendre invisibles. Les *usi civici* italiens se sont vus reconnus par la loi et la jurisprudence, précisément parce qu'ils intègrent l'humain et son environnement, et s'avèrent être des « éléments essentiels » pour « la vie des collectivités locales » (§ 3). Le système juridique néo-zélandais du Wanghanui, lui, reconnaît légalement l'existence d'une composition indissociable d'éléments et de communautés qui nourrissent et perpétuent la vie, et bien-être réciproque (§ 4).
- 32 Les législations examinées, suivies d'interprétations jurisprudentielles mettent en valeur le rôle important joué par l'auto-organisation collective des communautés concernées pour la vie et la générativité de ces écologies. Dans les deux cas, l'action autogérée des communautés et leurs façons de concevoir leurs rapports aux territoires sont associées à une capacité de conservation, de valorisation et d'épanouissement du patrimoine. Une capacité que la Cour constitutionnelle italienne décrit comme une « intervention active » de « soin assidu ». Soulignons ici qu'il s'agit de soin à l'égard d'une ressource-milieu qui, justement, commence à être considérée et valorisée par le droit comme source de vie. Ceci est très manifeste dans le cas néo-zélandais où les usages maoris visent la conservation d'un écosystème ou biotope fluvial dont la communauté, avec ses usages, fait partie intégrale. Nous observons une tendance similaire dans les interprétations jurisprudentielles en Italie, qui associent à des droits d'usage réservés à la collectivité locale les notions d'environnement et d'*habitat*, d'humains et d'autres espèces. Et il s'agit, affirmons-le bien clairement, de formes d'usages fort atypiques au vu du droit classique de maîtrise propriétaire sur un objet passif, selon le triptyque *usus, fructus et abusus*.
- 33 Nos deux cas de figure inventent au sein du droit moderne d'autres manières de penser le rapport juridique à des ressources, des milieux ou des écologies locales. Il nous semble dès lors

intéressant de regarder ces évolutions au prisme de la théorie des « choses-milieus » que la juriste française Sarah Vanuxem (2018a) a récemment élaborée en explorant spéculativement la connotation du concept de « chose » dans le droit romain. La chose romaine n'est pas une entité entièrement soumise à son propriétaire. En droit romain archaïque, le *dominium* renvoie au *dominus*, et forme « une espèce de prolongement de la personne, si bien que choses et personnes ne se distinguent pas nettement les unes des autres » (*ibid.* : 60 ; d'après Thomas 1978). Sur la base des écrits de l'historien du droit Yan Thomas, Vanuxem propose l'image d'une chose comme d'un « lieu habité ». Il devient ainsi possible de définir les choses comme des « milieux » et les personnes, ainsi que d'autres espèces, comme leurs « habitants » (*ibid.* : 61, 97). Un tout vivant, un collectif d'habitants humains et non humains « séjournerait » alors au sein de la chose. La connotation que la Cour constitutionnelle italienne confère au bien environnemental comme lieu où les espèces animales, végétales et humaines « habitent » est donc fort similaire, ce qui vaut également pour les enchevêtrements des divers éléments et communautés du biotope fluvial néo-zélandais, où le « tout vivant » ne se distingue même plus de la « chose » et se fond avec elle jusqu'à la remplacer.

- 34 De la perspective de Vanuxem, l'« habitation » implique que ceux que le droit en vigueur considère comme des propriétaires et usagers seraient obligés d'adopter un comportement respectueux du lieu et de ses exigences : un comportement « approprié » à ces choses situées où à ces « milieux » (*ibid.* : 61). Ce comportement nous semble bien correspondre aux usages, au 'soin actif' (des *usi civici* et des communautés maories) capables d'assurer la reproduction, la conservation et la transmission des conditions de vie de l'ensemble des habitants d'un territoire. Ce qui résonne joliment avec le genre d'agir « génératif » que nous associons au *commoning*.
- 35 D'autres sources de droit et du *soft-law* pourraient également être examinées sous cette perspective, tels que par exemple la Charte mondiale de la nature ; la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ; la Constitution équatorienne de 2008 ; la loi bolivienne sur les droits de la Terre Mère⁵⁴, ainsi que les législations et interprétations jurisprudentielles relatives à l'attribution de la personnalité juridique à des rivières en Inde, Australie ou Colombie (Eckstein, D'Andrea, Marshall, O'Donnell, Talbot-Jones, Curran & O'Bryan 2019).
- 36 Ces exemples d'ouvertures du droit à des pratiques génératives, collectives, locales et multiformes sont bien exceptionnelles et ne peuvent voir le jour que par une intervention politique et législative – une loi –, ou par des opérations d'herméneutique juridique dans des interstices du droit. Mais, comme nous l'avons vu, si elles s'élaborent, c'est qu'il y a des attentes et des exigences qui mobilisent le politique et le droit dans ce sens. De cette perspective il est clair que les protestations et activistes contre les nouvelles vagues d'*enclosures* et la résistance contre les régimes économico-politiques, individualistes, anthropocentriques et technoscientifiques, interpellent fortement tant les partis, les gouvernements et les parlements, que le monde juridique et les juristes. Ce mouvement se retrouve certainement relayé dans des argumentaires et élaborations doctrinales qui alimentent ces recherches et élaborations. De façon similaire, l'actualité contemporaine des communs et du *commoning* est elle aussi fortement redevable des pratiques collectives très variées qui souvent s'opposent à la destruction, l'appauvrissement, l'épuisement des ressources et qui inaugurent des

modes d'organisation qui en permettent le maintien, la vitalité et la générativité dans le long terme.

- 37 Face à cette résurgence des communs, les juristes et la jurisprudence tiennent donc à nouveau un rôle essentiel : reconnaître le retour de ces pratiques collectives et les relayer au prix d'un travail créatif dans le jeu des contraintes du régime d'énonciation juridique. Non pas un déclassement dédaigneux qui n'y voit qu'un retour d'un passé hideux et arriéré, mais une invitation à l'invention de nouvelles figures juridiques qui en font vivre les possibilités.
- 38 À ce propos, c'est toujours Sarah Vanuxem qui propose, par exemple, la réactivation de l'art. 542 des Codes civils français et belge sur les biens communaux (Vanuxem 2018a : 82), qui généralement se voient relégués au rang de « reliques » par les commentateurs⁵⁵. Selon la juriste, depuis longtemps les juges n'interprètent plus cet article (qui originellement hérita des formes de propriété plurielle de l'Ancien Régime) comme attribuant la propriété de ces communaux aux habitants eux-mêmes, mais aux personnes morales administratives des communes. Il en résulte une négation du caractère réellement collectif faisant perdre aux habitants la légitimité de s'organiser autour de ces lieux (*ibid.* : 67).
- 39 Mais comme nous l'avons vu au début de ce chapitre, d'autres configurations juridiques pourraient accommoder le droit au *commoning*, en l'occurrence le patrimoine et la transpropriation. En ce qui concerne le patrimoine comme statut de protection du milieu, ce qui serait à conserver, transmettre et hériter, ne serait évidemment plus un ensemble de choses-objets, mais un ensemble de choses-lieux dans lequel des relations d'habitation, d'interdépendance et de soutien réciproque entre humains et non-humains « ont lieu⁵⁶ ». À la lumière de ce que nous avons exploré, il s'agirait effectivement d'assurer la possibilité d'hériter, conserver et transmettre un milieu hybride de relations, de sujets et d'objets ou de personnes et de biens, qu'il importe de « garder sauf⁵⁷ » ; un « collectif vivant⁵⁸ » et génératif qui inclut tous les composants de l'écologie qu'ils forment ensemble⁵⁹.
- 40 Or, le *commoning* est porteur d'un important potentiel de transmission au sens où il doit composer avec les exigences de vie du présent et les facultés de régénération de la chose-milieu dans le long terme. Ceci nous (r)amène au concept de transpropriation qui est associé à des formes de jouissance collective dans le souci de transmission d'une ressource, spécialement si susceptible d'épuisement. Dans l'optique des communs résurgents, elle pourrait s'appliquer à des initiatives d'agroécologie, de récupération de savoirs, de semences paysannes, etc. Mais elle pourrait également s'appliquer à des espaces verts (urbains où ruraux) menacés, par exemple, par des projets d'urbanisme où de grandes infrastructures ; des « zones à défendre » menacées de disparition, au sein desquelles des collectifs réclament la possibilité de vivre mieux et autrement à travers des usages génératifs⁶⁰. Dans cette perspective, le bien « transproprié » pourrait être « destiné » à l'usage d'une « communauté diffuse » d'ayants droit, selon les exigences et obligations découlant de l'usage collectif et génératif : pas d'*abusus*.

Figure 5

Pourra-t-on faire en sorte que le *commoning* et ses usages génératifs prédominent sur les prérogatives du secteur public et/ou privé ?

© Quartier libre des Lentillères.

- 41 Mais si la transpropriation prévoit des inflexions et modulations du droit de propriété au profit d'intérêts collectifs pour rendre compatibles les intérêts et usages concurrents, il reste que celles-ci peuvent être inconciliables, surtout à la lumière des contraintes liées au maintien de la générativité du milieu-habitat. L'exploitation, la bétonisation ou la disparition de la ressource au nom de l'intérêt général, par exemple, pourra se trouver en tension avec l'usage génératif en *commoning*⁶¹. Ici, il ne sera pas possible de faire cohabiter tous les intérêts portés sur la chose « transpropriée⁶² », mais il faudra faire des choix et décider : pourra-t-on faire en sorte que le *commoning* et ses usages génératifs prédomineraient les prérogatives du domaine public et/ou de la propriété privée ?
- 42 C'est ici qu'il devient important d'opérer et d'opérationnaliser une distinction entre un « intérêt d'usage des communautés concernées⁶³ » (que nous avons nommées plus haut communautés « diffuses »), l'intérêt général et l'intérêt du propriétaire privé⁶⁴. Cette transpropriation serait alors garante d'une attention portée aux capacités de régénération, à la nécessité de soins actifs, au développement ou au maintien de pratiques d'usages adaptés, précautionneuses et génératives, telles qu'on les rencontre dans le *commoning*. Dans cette perspective, les propriétaires, les possesseurs et les usagers devront convenir et adopter un comportement respectueux des choses-lieux, chacun selon ses responsabilités.
- 43 Hormis l'hypothèse d'une intervention législative de nature générale et plus abstraite, il reviendra à la jurisprudence de faire exister juridiquement les formes d'organisation propres à ces collectifs comme source de prérogatives, de droits et de droit. Ce qui dans

certains cas pourra se faire par des raisonnements proches de ceux qui permettent d'une part aux *usi civici* italiens et au *mana* du fleuve néo-zélandais d'être considérés comme tels, et de l'autre aux *usi civici* de valoir comme patrimoine du collectif concerné. Dans d'autres cas il faudra des interprétations des usages génératifs en question, qui diffèrent des « coutumes immémoriales reconnues par l'*opinio iuris* » afin de leur donner un poids juridique s'ils se retrouvent en tension avec des intérêts autres. Pour qu'une telle activité spéculative se mette à l'œuvre, il faudra évidemment que la jurisprudence soit pragmatique et inventive en temps réel. Car, à y regarder de plus près, c'est d'un changement de temporalité et spatialité qu'il s'agit : les normes ne préexisteraient plus, mais elles émergeraient des lieux des usages du collectif⁶⁵... Et c'est vers l'activation et réactivation⁶⁶ de ces usages par des formes de soin et d'organisation nécessairement contextuelles que le droit devra se tourner pour faire naître les droits du collectif vivant, du *commoning*.

Conclusion

- 44 Notre exploration modeste de quelques développements juridiques à la lumière de ce que nous nommons le *commoning* permet un nombre de constats et ouvre des trajectoires de réflexion et de travail qui semblent d'autant plus pertinentes « face à » la disruption climatique et aux drames dont elle est porteuse (Gutwirth 2014 ; Latour 2015 : 398 ; Stengers 2008).
- 45 Bien sûr, la réflexion doctrinale sur les notions de patrimoine et de transpropriation ; la reconnaissance légale des domaines collectifs italiens et les *usi civici* ; et le processus de reconnaissance d'une personnalité juridique du milieu socio-fluvial néo-zélandais, sont des cas de figure qui ne débouchent pas sur des conclusions généralisables en droit. Ce qu'elles mettent par contre fort bien en lumière, c'est qu'il y va de questions « importantes », car elles sont « porteuses » non seulement de modes de vie attentifs à leurs conséquences (dont nous avons besoin), mais aussi d'un nombre de possibilités juridiques tangibles qui peuvent nourrir l'intelligence et la créativité des juristes aux prises avec elles. Nous n'avons donc point épuisé le sujet, et il y a, c'est une bonne nouvelle, d'autres lueurs qui se pointent à l'horizon juridique.
- 46 Nos conclusions sont donc surtout « spéculatives » au sens où elles invitent non pas à exclure ou disqualifier, mais à penser ce qui vient. La législation, la doctrine et la pratique juridique ne sont pas complètement insensibles aux démarches (pro)posées par des modes de vie et d'habitation du monde que nous nommons *commoning* et qui se manifestent dans une multiplicité de configurations et situations en inventant des alternatives « écologiquement » durables. Ainsi, il apparaît que le monde juridique, à travers ses différentes sources, commence à reconnaître timidement le milieu comme réseau du vivant et à se libérer de la prédominance de sa perspective moderne dans laquelle opèrent encore un grand nombre d'oppositions et de partages.
- 47 Les problèmes peuvent effectivement être pris par le milieu. Ainsi, bien plus que de « donner des droits à un fleuve » ou « protéger des usages ancestraux », il semble juridiquement possible d'appréhender des situations complexes où l'on ne démêle plus ce qui se trouve côté sujet ou côté objet, mais où l'on se place à l'écoute des écologies telles qu'elles agissent. Prolongeant le mouvement entamé, le droit s'autorise à voir des communautés d'habitants comme prenants-parts en propre et à plein titre à la réalisation d'objectifs de conservation qui les concernent afin de maintenir les

conditions de régénération du territoire « dans la durée ». La vie et la survie de ces milieux seraient donc garanties par un comportement attentif et « approprié », à composer et toujours à recomposer dans le devenir d'un ensemble, plutôt que dans la fixation d'un régime propriétaire et de « maîtrise », extractif, d'exploitation.

- 48 À côté des personnes humaines et des personnes juridiques publiques et privées, voici qu'apparaissent des collectifs diffus, vivants et non exclusivement humains qui revendiquent une existence juridique sur la base de leur action, « actance », générative.

BIBLIOGRAPHIE

- ANGIOLINI Chiara, 2017, [notice] « Action diffuse (Italie) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », p. 37.
- ARÈNES Alexandra, LATOUR Bruno & GAILLARDET Jérôme, 2018, « Giving depth to the surface. An exercise in the Gaia-graphy of critical zones », *The Anthropocene review*, vol. 5, n° 2, p. 120-135.
- BOLLIER David & HELFRICH Silke, 2015, *Patterns of commoning*, Amherst (Massachusetts), The Commons Strategy Group / Off the Common Books.
- BOLLIER David & HELFRICH Silke, 2019, *Free, fair, and alive. The insurgent power of the commons*, Gabriola Island, New Society Publishers.
- BOLLIER David, 2014, *Think like a commoner. A short introduction to the life of the commons*, New Westminster, Post Hypnotic Press.
- BUOSO Elena, 2018a, « Gli usi civici come valori paesaggistici della comunità nazionale », *Le Regioni*, 46, 3, p. 453.
- BUOSO Elena, 2018b, « La disciplina dei terreni gravati da usi civici e delle terre collettive tra paesaggio e ordinamento civile », *Le Regioni*, vol. 46, n° 5-6, p. 1074.
- CAPRA Fritjof & MATTEI Ugo (dir.), 2015, *The Ecology of law. Toward a legal system in tune with nature and community*, Oakland, Berrett-Koehler Publishers.
- CERULLI IRELLI Vincenzo & DE LUCIA Luca, 2014, « Beni comuni e diritti collettivi », *Politica del diritto*, vol. 45, n° 1, p. 3-35.
- CORLAT Benjamin (dir.), 2015, *Le Retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les Liens qui libèrent.
- CORONA Gabriella, 2003, « La propriété collective en Italie », in DEMÉLAS Marie-Danielle, VIVIER Nadine (dir.), *Les Propriétés collectives face aux attaques libérales, 1750-1914. Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « Histoire ».
- CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), 2017, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. « Quadrige ».
- CORTESE Fulvio, 2011, « Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici? », *Giorn. dir. amm.*, vol. 11, p. 1170 et sq.

DAVID Victor, 2015, « Le fleuve Whanganui, sujet de droit », in BLAISE Séverine, DAVID Carine & DAVID Victor (dir.), *Le Développement durable en Océanie : vers une éthique nouvelle ?*, actes de colloque (Koné, province nord de la Nouvelle-Calédonie, 23-26 avril 2013), Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence / Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Espace & développement durable ».

DAVID Victor, 2017, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n° 3, p. 409-424. Disponible en ligne, <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2017-3-page-409.htm> [lien valide en février 2021].

DE MOOR Tine, 2012, « What do we have in common? A comparative framework for old and new literature on the commons », *International review of social history*, vol. 57, n° 2, p. 269-290.

DELIPERI Stefano, 2011, « Gli usi civici e gli altri diritti d'uso collettivi in Sardegna », *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 26, n°s 3-4, p. 397-417. Disponible en ligne, <https://gruppodinterventogiuridicoweb.files.wordpress.com/2011/05/usi-civici-in-sardegna-st-deliperi-rga-2011.pdf> [lien valide en février 2021].

DEWEY John, 2003 [1927], *Œuvres philosophiques*, tome 2, *Le Public et ses problèmes*, Pau / Tours / Paris, Presses universitaires de Pau, Farrago, Éditions Léo Scheer.

ECKSTEIN Gabriel, D'ANDREA Ariella, MARSHALL Virginia, O'DONNELL Erin, TALBOT-JONES Julia, CURRAN Deborah & O'BRYAN Katie, 2019, « Conferring legal personality on the world's rivers. A brief intellectual assessment », *Water international*, vol. 44, n°s 6-7, p. 804-829.

EULER Johannes, 2018, « Conceptualizing the commons: moving beyond the goods-based definition by introducing the social practices of commoning as vital determinant », *Ecological economics*, vol. 143, p. 10-16.

FEDERICI Silvia & LINEBAUGH Peter, 2019, *Re-enchanting the world. Feminism and the politics of the commons*, Oakland, PM Press, coll. « Kairos ».

FOURNIER Valérie, 2013, « Commoning: on the social organisation of the commons », *M@n@gement*, vol. 16, n° 4, p. 433-453. Disponible en ligne, <https://lra.le.ac.uk/bitstream/2381/28537/4/commoning.pdf> [lien valide en février 2021].

GRABER Frédéric & LOCHER Fabien (dir.), 2018, *Posséder la nature. Environnement et propriété dans l'histoire*, Paris, Éditions Amsterdam.

GROSSI Paolo, 2017, [notice] « Droits civiques d'usage (Italie) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », p. 439.

GROSSI Paolo, 2021 [à paraître], « Une autre façon de posséder. Réflexions historico-juridiques sur les aménagements fonciers en Italie », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

GUTWIRTH Serge, 2014, « Bouleversement climatique : penser ce qui vient avec Bruno Latour », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° 1, pp. 45-50. Disponible en ligne, https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2014_num_39_1_6227 [lien valide en septembre 2019].

GUTWIRTH Serge, 2018, « Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 81, vol. 2, p. 59. Disponible en ligne, https://works.bepress.com/serge_gutwirth/127/ [lien valide en février 2021].

GUTWIRTH Serge, 2001, « Trente ans de théorie du droit de l'environnement », *Environnement et société*, n° 26, « Normes et environnement », p. 5-17. Disponible en ligne, https://works.bepress.com/serge_gutwirth/29/ [lien valide en février 2021].

- GUTWIRTH Serge & STENGERS Isabelle, 2016, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons », *Chronique : Théorie de droit, Revue juridique de l'environnement*, vol. 41, n° 1, p. 306-343. Disponible en ligne, https://works.bepress.com/serge_gutwirth/119/ [lien valide en février 2021].
- HARDIN Garrett, 1968, « The tragedy of the commons », *Science*, vol. 162, n° 3859, p. 1243-1248. Disponible en ligne, <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243> [lien valide en février 2021].
- HELFRICH Silke & HAAS Jörg, 2009, « The commons. A new narrative for our times », in HELFRICH Silke (dir.), *Genes, bytes and emissions. To whom does the world belong ?*, Berlin, Heinrich-Böll-Stiftung.
- KELLY Marjorie, 2012, *Owning our future. The emerging ownership revolution*, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers.
- KOSTAKIS Vasilis & BAUWENS Michel, 2014, *Network society and future scenarios for a collaborative economy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, coll. « Palgrave pivot ».
- LATOUR Bruno, 2015, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, La Découverte, coll. « Les empêcheurs de penser en rond ».
- LE ROY Étienne, 2016, « Des communs “à double révolution” », *Droit et société*, n° 94, « L'actualité de la pensée de Georges Gurvitch sur le droit », p. 603-624. Disponible en ligne, <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2016-3-page-603.htm> [lien valide en février 2021].
- LINEBAUGH Peter, 2008, *The Magna Carta manifesto. Liberties and commons for all*, Berkeley, University of California Press.
- LUCARELLI Alberto, 2007, « Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni », *Rassegna di diritto pubblico europeo*, vol. 2, p. 3-10.
- MARELLA Maria Rosaria (dir.), 2012, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*. Vérone, Ombre corte, coll. « Culture ».
- MARINELLI Fabrizio, 2019, « La Corte costituzionale e la tutela degli usi civici e dei domini collettivi », *Giurisprudenza italiana*, n° 6, p. 1303-1309.
- MATTEI Ugo, REVIGLIO Edoardo & RODOTÀ Stefano, 2010, *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile (Roma, 22 aprile 2008)*, Rome, Scienze e Lettere, coll. « Contributi del Centro linceo interdisciplinare Beniamino Segre ».
- MISONNE Delphine, 2018, « La définition juridique des communs environnementaux », *Annales des Mines*, n° 92, « Responsabilité et environnement », p. 5-9. Disponible en ligne, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A198651/datastream/PDF_01/view [lien valide en février 2021].
- MOONS Nico & HUBEAU Bernard, 2018, « De juridische aspecten van de landed commons », in KUHKE Annette, HOLEMANS Dirk & VAN DEN BROECK Pieter, *Op grond van samenwerking. Woning en voedsel en trage wegen als heruitgevonden commons*, Berchem, EPO.
- ORSI Fabienne, 2017, [notice] « Faisceau de droits (bundle of rights) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. « Quadriges », p. 547-551.
- OST François & GUTWIRTH Serge, 1996, *Quel avenir pour le droit de l'environnement ? Actes du colloque organisé par le CEDRE (Centre d'étude du droit de l'environnement-FUSL) et le CIRT*

(Centrum interactie recht en technologie-VUB), Bruxelles, VUB Press, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis ».

OST François, MISONNE Delphine & CLIPPELE Marie-Sophie de, 2015, « Propriété et biens communs », *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 154, p. 131-172.

OST François, 1995, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », série « Écologie et société ».

OSTROM Elinor, 1990, *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Canto classics ».

PARANCE Béatrice & SAINT VICTOR Jacques de, 2014, *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éditions.

PIERACCINI Margerita, 2018, « Taking stock of Italian commons », in XU Ting & CLARKE Alison (dir.), *Legal strategies for the development and protection of communal property*, Oxford, Oxford University Press, coll. « Proceedings of the British Academy », p. 38-57.

POLANYI Karl, 1957 [1945], *Origins of our time. The great transformation*, Boston, Beacon Press.

REMOND-GOUILLOUD Martine, 1989, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit ».

ROCHFELD Judith, 2009, « Entre propriété et accès : la résurgence du commun », in BELLIVIER Florence & NOIVILLE Chrisitne, *La Bioéquité. Batailles autour du partage du vivant*, Paris, Autrement, coll. « Frontières », p. 69-87.

ROCHFELD Judith, 2015, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, tome 28, n° 3, « Repenser la propriété », p. 351-369. Disponible en ligne, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-351.htm> [lien valide en février 2021].

SCHLAGER Edella & OSTROM Elinor, 1992, « Property-rights regimes and natural resources. A conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, n° 3, p. 249-262. Disponible en ligne, https://www.jstor.org/stable/3146375?seq=3#metadata_info_tab_contents [lien valide en février 2021].

STENGERS Isabelle, 2008, *Au temps des catastrophes. Résister à la barbarie qui vient*, Paris, La Découverte / Les empêcheurs de penser en rond.

TANAS Alessia & GUTWIRTH Serge, 2021 [à paraître], « Le pluralisme juridique retrouvé au temps des désordres écologiques. Penser la relation entre le droit et les communs de la terre avec Paolo Grossi », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

TĂNĂSESCU Mihnea, 2020, « Rights of nature, legal personality, and indigenous philosophies », *Transnational environmental law*, vol. 9, n° 3, p. 429-453.

THOMAS Yan, 1978, « Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome », *Archives de philosophie du droit*, vol. 23, p. 93-114.

THOMPSON Edward Palmer, 2015, *Les Usages de la coutume. Traditions et résistances populaires en Angleterre, XVII^e-XIX^e siècle*, Paris, EHESS / Gallimard / Éditions du Seuil, coll. « Hautes études ».

TSING Anna Lowenhaupt, 2017, *Le Champignon de la fin du monde. Sur la possibilité de vie dans les ruines du capitalisme*, Paris, La Découverte, coll. « Les Empêcheurs de penser en rond ».

VANUXEM Sarah, 2018a, *La Propriété de la Terre*, Marseille, Wildproject, coll. « Le monde qui vient ».

VANUXEM Sarah, 2018b, « Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire », in GRIMONPREZ Benoît (dir.), *Le Droit des biens au service de la transition écologique*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », p. 55-71.

VOLANTE Raffaele, 2018, « Un terzo ordinamento civile della proprietà. La L. 20 novembre 2017, n. 168, in materia di domini collettivi », *Le Nuove Leggi civili commentate*, vol. 41, n° 5, p. 1067.

Disponibile en ligne, <https://www.academia.edu/37912238/>

Un_terzo_ordinamento_civile_della_propriet%C3%A0_La_lnovembre_2017_n_168_in_materia_di_domini_collettivi [lien valide en février 2021].

WESTON Burns H. & BOLLIER David, 2013, *Green Governance. Ecological survival, human rights, and the law of the commons*, New York, Cambridge University Press.

NOTES

1. Nous utilisons le terme anglais « *commoning* » car il est mal traduisible. À ce propos, voir Gutwirth & Stengers (2016).
2. Cette définition du *commoning* se réfère tant à des situations matérielles (concernant par exemple les liens à une terre ou à un cours d'eau, comme dans cet article), qu'à des situations immatérielles. À ce sujet, voir Gutwirth (2018).
3. Des initiatives de *commoning* sont par exemple les actions autour de zones à préserver et à défendre en faveur de l'agro-écologie, de l'agroforesterie, de l'agriculture, des jardins et des fermes urbaines, de la récupération de savoirs coutumiers, des cycles biologiques des sols, de la réactivation de semences paysannes, du nettoyage et du réaménagement de friches. Pour d'autres exemples, voir Weston & Bollier (2013), Bollier (2014 : 196), Bollier & Helfrich (2015 : 400).
4. D'autres ressources font aussi partie de la catégorie des biens communs mais elles ne sont pas traitées par cet article. La théorie des *beni comuni* a ses origines dans le travail de la Commission Rodotà, du nom du célèbre juriste italien, et créée en 2007 par le ministère italien de la Justice afin d'élaborer une proposition législative pour la réforme des régimes de propriété publique du Code civil. Bien que le projet de réforme n'ait jamais fait l'objet d'un suivi de la part du gouvernement, il a néanmoins donné une impulsion à un vaste mouvement social en Italie, et inspiré de nombreuses initiatives visant à légitimer les biens communs dans ce pays. Voir *Commissione Rodotà, Per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici* (14 giugno 2007), et Margerita Pieraccini (2018).
5. Comme nous le verrons plus avant dans ce chapitre.
6. C'est l'expression utilisée par Paolo Grossi pour indiquer une action centrée sur la chose, c'est-à-dire un aménagement particulier (« *assetto* » en italien, « *set up* » en anglais) autour du travail collectif de la terre. Sur cet aspect voir aussi Sarah Vanuxem (2018b) ; Grossi (2021 à paraître) ; Tanas & Gutwirth (2021 à paraître).
7. Qui peut aussi être défini comme une capacité, un « *art* » de « *faire attention* » au sens défini par Isabelle Stengers (2008 : 204), mais aussi un « *art of noticing* » au sens donné par Anna Lowenhaupt Tsing (2017 : 416).
8. On pourrait plaider que cette expérience est idéalisée. Mais comme nous le verrons aussi dans les paragraphes suivants de cet article, les usages des communautés « originaires » et « autochtones », sont graduellement devenus synonyme de protection environnementale, par la doctrine comme par la jurisprudence. Voir Maria Rosaria Marella (2012) et Stefano Deliperi (2011).
9. Pour approfondir l'étude de cette dimension « écologique » des communs dans le droit, nous reprendrons le fil d'une pensée qui rejette les grands partages et qui s'inscrit dans la perspective contraire qui voit les humains et les non-humains mélangés, l'histoire humaine et l'histoire

naturelle faisant une, et le sujet et l'objet – qui ne sont guère plus que des catégories de référence – entraînés dans un jeu inéluctable d'interférences, d'interpénétrations et d'interdépendances (Gutwirth 2001).

10. Par exemple la diversité biologique, l'intégrité de certains paysages, la qualité de certains milieux.

11. À ce sujet, voir François Ost (1995).

12. Au sujet de « faisceau de droits », voir Schlager & Ostrom (1992 : 249-262), repris en France par Orsi (2017 : 547-551). Le faisceau inclut les droits suivants dans la ressource : accès, prélèvement, gestion, exclusion et aliénation.

13. La transpropriation conserve donc une dimension d'exclusion, qui relève de la « communauté diffuse ». Voir Ost, Misonne & Clippele (2015 : 157) inspirés par Judith Rochfeld (2015 : 365 et sq.).

14. La notion apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle et la doctrine.

15. Ces usages ont traditionnellement garanti l'économie de subsistance et approvisionnait en bois et charbon. Les produits étaient consommés, mis sur le marché et échangés avec les communes voisines. À la fin du XVIII^e siècle, en Italie du Nord et du Centre, les plus nombreux, étaient gérés collectivement par des groupements de famille, des paroisses, des réseaux de voisins, des associations de citoyens. Voir Gabriella Corona (2003 : 157).

16. Le droit façonné par la Révolution française, qui trouva sa pleine expression en 1804 dans le Code civil napoléonien, avait forgé la vision d'un monde socio-économique fondé sur la propriété privée et étatique.

17. Dans cet article, toute traduction de l'italien au français des textes juridiques a été faite par les auteurs.

18. Extrait de l'art. 1 de la loi du 20 novembre 2017, n° 168 : « *Norme in materia di domini collettivi* » : « *La Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie.* »

19. « *Dotato di capacità di autonormazione, sia per l'amministrazione soggettiva e oggettiva, sia per l'amministrazione vincolata e discrezionale.* »

20. Art. 43 de la Constitution italienne : « Dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originairement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'État, à des personnes publiques ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent. » L'article introduit la possibilité pour une loi ordinaire de transférer certaines entreprises, ou catégories d'entreprises, à des catégories de travailleurs ou d'usagers, à partir de la propriété privée ou publique – mais aussi de leur réserver cette propriété de manière « originarie ». À ce sujet, voir Raffaele Volante (2018).

21. Le régime spécial des usages civiques n'admet les hypothèses de changement de destination d'usage, aliénation, division, que dans des cas exceptionnels. Sont interdits aussi les interruptions de la continuité du patrimoine collectif, qui peuvent compromettre la jouissance. Ces changements ne peuvent avoir lieu que s'ils représentent « un réel bienfait pour la généralité des habitants » et ils doivent être « compatibles » avec les intérêts de « la communauté qui en est titulaire ». Voir à ce propos : art. 3.3 de la loi 168/2017. *Corte Cost., Sent. 113/2018*. Point 6.1 en droit, et l'art. 41 du *regio decreto* n° 332 de 1928. Ces domaines sont considérés comme des « copropriétés intergénérationnelles » (art. 1.c de la loi 168/2017).

22. Art. 3.3 de la loi 168/2017.

23. Voir : *Corte Cost., Sent. 113/2018*. Point 6.1, en droit. À ce sujet, voir Elena Buoso (2018b).

24. Art. 142, lett. h) du d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, Code des biens culturels et du paysage.

25. Voir : *Corte Cost., Sent. 113/2018*. Point 6, en droit; et *Corte Cost., Sent. n. 133/1993*, point 4, en droit. Et aussi Buoso (2018b).

26. Voir : *Corte Cost., Sent. 12/2009*. Point 2.3, en droit.

27. Voir : *Corte Cost.*, *Sent.* 210/1987. Point 4.5, en droit.
28. Voir : *Corte Cost.*, *Sent.* 367/2007. Point 7.1, en droit. Par rapport à l'analyse de ces points jurisprudentiels, voir aussi Buoso (2018b) et Buoso (2018a).
29. Voir : *Corte Cost.*, *Sent.* 113/2018. Point 6, en droit qui reprend *Corte Cost.*, *Sent.* 391/1989 et *Corte Cost.*, *Sent.* 103/2017. Sur ces points voir également Buoso (2018b).
30. Voir : *Corte Cost.*, *Sent.* 210/2014. Point 9.2, en droit.
31. *Ibid.*. Ici la Cour crée une comparaison avec l'institut des Vallées de Pêche, objet de jugement de la *Cour de Cass.*, *S.U. civili*, *sent.* 16 febbraio 2011, n. 3813. Sur ce célèbre jugement, repris par plusieurs jugements concernant les usages civiques de la Cour constitutionnelle (mais aussi d'autres Cours) voir Fulvio Cortese (2011).
32. La « sauvegarde du patrimoine culturel » indique ici une « perception spécifique du territoire », plutôt qu'un témoignage artistique ou archéologique. À ce propos, voir Raffaele Volante (2018).
33. Art. 12 de la loi.
34. « *That supports and sustains.* »
35. Art. 13 de la loi.
36. Voir : *The Whanganui River Report* publié par le Waitangi Tribunal, p. 36-48, § 2.6, « The Maori comprehension of rivers ». Les activités se déroulaient comme suit : « Le printemps était le temps de la plantation, l'été celui de la pêche aux sources de la rivière et l'automne celui de la pêche à l'anguille et à la lamproie, de la récolte, et de la conservation des aliments » (p. 37).
37. Voir : *The Whanganui River Report*, dans la §2.6. *The Maori Comprehension of Rivers*, p. 36: « Le fleuve était aussi le chemin vers la mer, et la route qui reliait les gens tout au long de ses rives en une seule entité. »
38. *Ibid.*, p. 38-39. Dans la définition du tribunal Waitangi : « C'était l'artère aorte, d'un cœur » (p. 38).
39. *Ibid.*, p. 38-39.
40. Suite à l'adoption du *New Zealand Settlements Act* de 1863 et du *Land Confiscations Act* de 1864. Ceci se produit après presque un millénaire de présence des communautés originaires dans le fleuve.
41. Art. 2 du traité. Voir l'important travail de reconstruction et d'élaboration de Victor David (2017, 2015). Pour une lecture fine du contexte historique et politique à l'origine de la législation néo-zélandaise voir également Mihnea Tănăsescu (2020).
42. L'accord est signé plus de cent soixante-dix ans après la signature du traité de Waitangi. Sur tout cela, voir David (2017).
43. Créé en 1975 pour examiner toute revendication par un groupe maori qui aurait été lésé par les lois, règlement, actions, omissions, politiques ou pratiques de la Couronne (David 2017). En 1999, le tribunal émet le *Whanganui River Report*, favorable aux recours des communautés maories.
44. Cf. art. 1.6 et sq. de l'accord dénommé *Tūtohu Whakatupua*.
45. Cf. art. 2.7.1. Il est toutefois important de souligner que ceci ne déroge pas aux droits de propriété privée existants.
46. « *Working collaboratively.* »
47. Art. 13 (d).
48. Art. 7.
49. Exprimée, entre autres, dans leur formule de présentation : « Le Grand Fleuve coule des montagnes vers la mer. Je suis la Rivière et la Rivière, c'est moi » (art. 70.b de la loi).
50. Art. 13.
51. Art. 69.
52. Terme qui peut se traduire, entre autres, par « autorité, pouvoir ».
53. Art. 69. On voit intervenir ici une considération d'intérêt général.

54. Charte mondiale de la nature du 28 octobre 1982 ; Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007 ; Equateur : *Constitución de la República del Ecuador* ; Bolivie : *Ley de Derechos de La Madre Tierra* (numéro de loi 71).
55. L'article établit que « les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ».
56. Au sens de Sarah Vanuxem, exposé plus haut.
57. Au sens développé par François Ost, exposé plus haut.
58. Au sens exposé dans la première partie de cet article.
59. Au sens des espèces qui selon la Cour constitutionnelle italienne vivent dans le bien environnemental.
60. En France, voir les « zadistes » de Notre-Dame-des-Landes et des Lentillères, ainsi que les expériences autogestionnaires du site des Monts Gardés, près de Paris. En Belgique, voir les collectifs du *Tuiniersforum* des jardiniers de Bruxelles, et le réseau Occupons le terrain. Etc.
61. Ainsi, comme nous l'avons vu, la commercialisation des domaines collectifs en Italie ou la division de l'« ensemble vivant » néo-zélandais ne seraient pas compatibles avec la perpétuation d'une certaine manière (généralisée) de penser et d'organiser le territoire, qui représente la raison d'être des communautés concernées.
62. Au sens exposé dans le § 2 de cet article.
63. Au sens que John Dewey (2003) attribue aux personnes concernées.
64. Ici une concession d'usages multiples à une pluralité de titulaires devient plus difficile.
65. Elinor Ostrom (1990 : 280) a bien décrit ce processus selon lequel des communs se donnent et adaptent leur propres règles.
66. Au sens que Sarah Vanuxem attribue à l'art. 542 des Codes civils français et belge.

RÉSUMÉS

De nos jours, de plus en plus de groupes d'habitants s'engagent localement et déploient des pratiques de vie qui sont enracinées dans leurs milieux. Nous nommons ce genre d'agir « commoning ». Il y a commoning quand /1/ des personnes /2/ s'auto-organisent /3/ autour d'une « chose », par exemple une terre ou un cours d'eau, qui les concerne et les responsabilise collectivement, /4/ et poursuivent des activités marquées par leur générativité, plutôt que par l'extraction.

À travers trois cas de figure, l'article met le droit à l'épreuve de ce genre d'agir. Ainsi, il explore d'abord le statut du patrimoine comme « transpropriation » tel qu'il fut réélaboré afin justement d'accommoder le droit au « retour des communs ». Ensuite, le regard est porté sur le statut juridique de « patrimoine collectif » où « civique », tel qu'il prend forme à travers les derniers développements législatifs et jurisprudentiels concernant les *usi civici* en Italie, une forme de communs héritée du passé. Enfin, il s'agit de repenser le terme « milieu » à la lumière d'une récente évolution judiciaire et législative en Nouvelle-Zélande. Ici, le milieu est l'ensemble des rapports à proprement parler « écologiques » qui forment un biotope.

Au bilan, il apparaît que le droit s'ouvre marginalement à la reconnaissance de milieux en tant que réseaux d'interactions et d'interdépendances vivants, tout en amadouant localement la prédominance de sa perspective moderne dans laquelle opèrent encore un nombre d'oppositions et de grands partages entre sujet et objet, nature et culture, humain et non-humain et individu et

collectif. Dans la même veine, le droit semble pouvoir faire place, certes localement aussi, à la reconnaissance du rôle de communautés d'habitants qui prennent part au maintien des conditions de régénération du territoire « dans la durée » et à la transmission intergénérationnelle de la vie et du milieu dont elle dépend, et vice versa.

Compte tenu de ces constats et des possibles qu'ils ouvrent, l'article formule des propositions par rapport à une possible protection juridique du *commoning*, tout en espérant que ce genre d'agir durable et génératif puisse commencer à exister plus que marginalement dans le droit.

Nowadays, more and more groups of inhabitants are increasingly involved in practices rooted into the local lands and territories they inhabit. We call this kind of action: "commoning". There is commoning when /1/ people get involved into /2/ practices of self-organization /3/ around a "thing", such as, for instance, a land or a watercourse, that concerns and makes them collectively responsible, and /4/ pursue activities marked by their generative nature, rather than by extraction.

Through three case studies the article tests the suitability of the law towards this kind of action. It first explores the notion of "transappropriation" to accommodate the "return of the commons" in law, inspired by the features of the "heritage" institute. Then, the focus shifts towards the latest legislative and jurisprudential developments concerning "civic usages" in Italy (i.e. *usi civici*), a form of commons inherited from the past. Finally, the study addresses the notion of "milieu" in the light of judicial and legislative developments that have recently taken place in New Zealand. The sense attributed to the notion of milieu here, has to do with a whole of "ecological" relations that form a biotope.

All in all, it appears that the law modestly and marginally opens itself to the recognition of the networks of interaction and interdependencies among all living beings that inhabit lands, rivers and territories and to see these as living places. In doing so, law starts to mitigate its predominant modern perspective in which a number of oppositions and major divisions still operate between subject and object, nature and culture, human and non-human and individual and collective. In the same vein, law starts to recognize that communities of inhabitants take full and proper part in the conservation, maintenance and regeneration of the conditions of life of a milieu.

Following these observations and the possibilities they open up, the article makes proposals for the possible legal protection of commoning, while hoping that this kind of sustainable and generative action can begin to exist more than marginally in law.

INDEX

Keywords : living collective (human, non-human), commoning, common, diffuse community, law, sustainability, ecology, generativity, legal hermeneutics, interdependence, living habitat, property, care, territory, uses

Mots-clés : collectif vivant (humain, non-humain), commoning (genre d'agir), communs, communauté diffuse, droit, durabilité, écologie, générativité, herméneutique juridique, interdépendance, milieu-habitat vivant, propriété, soin (art de faire attention), territoire, usages

AUTEURS

ALESSIA TANAS

chercheuse en sciences politiques et droit, Vrije Universiteit Brussel (VUB), groupe de recherches Droit, Sciences, Technologies et Société (LSTS)

alessia.tanas@vub.be

SERGE GUTWIRTH

professeur de droits humains et de théorie du droit, Vrije Universiteit Brussel (VUB), groupe de recherches Droit, Sciences, Technologies et Société (LSTS)
serge.gutwirth@vub.be