

*Caroline Guibet Lafaye*

CNRS – Centre Maurice Halbwachs (EHESS – ENS)  
Paris (France)

## QUEL MODÈLE POUR PENSER L'INAPPROPRIABLE?

### Conceptualizing the Inappropriable: Which Pattern?

**Słowa kluczowe:** zasoby niezawłaszczalne, zasoby wspólne, własność intelektualna, niezbywalność, wykluczanie, norma prawna.

**Key words:** inappropriable, commons, intellectual property, inalienability, exclusion, legal norm.

#### Streszczenie

Kwestie dotyczące zasobów niezawłaszczalnych były dotąd spychane na margines prawa. Zasoby te uznawano za uboczną cechę pewnych systemów prawnych odnoszących się do niektórych dóbr, takich jak na przykład zasoby wspólne. Pomimo to, można tym zasobom nadać status formalny. W tym celu ustalono najpierw podstawy do uznania czegoś za zasoby niezawłaszczalne oraz status takiego uznania. Następnie podjęto rozważania nad modelami pozwalającymi na zrozumienie, czym są zasoby niezawłaszczalne, np. niezbywalność oraz zasoby wspólne. Na koniec przeanalizowano uwarunkowania instytucjonalizacji zasobów niezawłaszczalnych, włącznie z gwarancją powszechnej dostępności, zastrzeżeniem niepublicznego wykorzystania oraz zakazem wykluczania. Słowa kluczowe: zasoby niezawłaszczalne, zasoby wspólne, własność intelektualna, niezbywalność, wykluczanie, norma prawna.

#### Abstract

The inappropriable has until now been relegated to the margins of the law. It has been thought of as an accidental property of the legal regime concerning some entities, such as the commons. Nevertheless a positive status can be conferred to it. This paper aims to define this positive status. To this end, we will first identify the requirements for recognizing something as the inappropriable and a status for it. Then, we will consider the models in terms of which the inappropriable can be understood, for example the inalienability and the commons. Finally, we will analyse the conditions for the institutionalization of the inappropriable, including the guarantee of universal usability, the private reservation of utilities and the prohibition of exclusion.

*Classification JEL*: P14, P16, Z10, B10.

Nous avons en d'autres lieux<sup>1</sup> montré que l'inappropriable n'a pas été pensé comme tel mais simplement en se référant à des figures de l'existant – telles que les choses communes – ou par rapport au domaine du sacré (à l'époque romaine) ou encore conformément à des modèles juridiques du passé (tel le droit romain). Pour que l'inappropriable ne demeure pas ainsi impensé, il est requis de trouver une détermination juridique ou un modèle normatif à partir desquels développer une conceptualisation positive de l'inappropriable. Ce statut ne sera fondé ni sur le sacré ni sur la «nature» des choses afin qu'il ne concerne pas que des objets naturels mais également des produits du travail humain et d'autres entités, telles le génome.

D'ores et déjà, l'inappropriable ne signifie pas toujours un régime de non droit ni ne se trouve hors de toute régulation. Ainsi dès 2004 a été rédigé un projet de loi, ayant pour objet de créer, conformément à la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004, un régime de responsabilité applicable aux dommages causés aux biens inappropriables, que sont les ressources naturelles<sup>2</sup>. Cette disposition, eu égard aux mécanismes classiques du droit de la responsabilité, contribue à ce qu'entre, en 2008 dans le droit français, «le principe de réparation du dommage écologique causé aux biens inappropriables, indépendamment de toute atteinte à des biens ou des personnes»<sup>3</sup>. Instituer l'inappropriable suppose de poser des normes et des interdits, susceptibles de tenir à distance l'appropriation, car celle-ci demeure le danger systématiquement mis en exergue pour récuser la non appropriation et lui préférer d'autres régimes, autorisant des droits de propriété<sup>4</sup>.

Cet article aurait pu se donner pour objectif de délimiter le champ des objets (choses et droits) soustraits à l'appropriation. Il visera plutôt à établir un statut de l'inappropriable valide et pertinent pour étendre le champ des entités soustraites à l'appropriation. Cet effort impose indissociablement de penser les règles d'un usage des choses inappropriables car le statut que nous voulons proposer n'implique pas l'interdiction de l'usage, contrairement à ce qui a pu être le cas,

<sup>1</sup> C. Guibet Lafaye, *L'inappropriable, un impensé*, [dans:] M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, Paris 2016.

<sup>2</sup> Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi, adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, relatif à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (n° 916). Voir [online] <[www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r0973.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r0973.pdf)> p. 13–17.

<sup>3</sup> Voir la loi n° 2008-757 du 1<sup>er</sup> août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement.

<sup>4</sup> Ainsi le *copyleft* serait préférable au motif que l'on demeurerait sinon dans un régime consistant à «offrir des ressources gratuites aux systèmes propriétaires» (M. Xifaras, *Le copyleft et la théorie de la propriété*, «Multitudes» 2010, n° 41, p. 13).

lorsque la norme d'inappropriabilité a été invoquée, dans d'autres contextes, par exemple en droit romain<sup>5</sup>.

D'un point de vue conceptuel et spéculatif, il est requis de distinguer ce que le droit confond et associe: ce qui est à tous, d'une part, et ce qui n'est à personne, d'autre part. Si l'on peut, d'un côté, considérer que «ce qui est à tous» n'est à personne individuellement (tels les biens sectionaux), en revanche, «ce qui n'est à personne» n'est pas nécessairement à tous (ex: l'air, la mer, les eaux courantes, l'atmosphère, l'espace hertzien, l'île de Hans<sup>6</sup>). Nous soutiendrons que tel pourrait également être le cas de certaines choses que l'on considère aujourd'hui comme étant communes, telles les œuvres de l'esprit et les inventions tombées dans le domaine commun, les idées et les informations reflétant les données du monde réel. Cette ambition suppose d'affronter les interprétations instituées du droit de propriété.

La détermination du «rapport propriétaire» varie historiquement et géographiquement. Dans la tradition nord-américaine, le droit de propriété est généralement défini comme une relation entre les personnes relativement aux choses<sup>7</sup> alors qu'en Europe, et en particulier en France, il a été institué, après la Révolution française, en un droit absolu d'une personne sur sa chose, dans une fiction du propriétaire-seul-au-monde-avec-sa-chose<sup>8</sup>. Bien qu'il existe une pluralité de théories à partir desquelles appréhender la propriété (telles la théorie libérale et individualiste, la théorie de la propriété fonction-sociale<sup>9</sup>, la théorie socialiste), prévaut – en France au moins – une interprétation souverainiste et exclusiviste<sup>10</sup>. La prévalence de ce paradigme constitue la conception dominante en référence à laquelle «les auteurs [sont] ensuite obligés de décrire comme des exceptions au principe toutes les contraintes sociales et juridiques qui pèsent sur lui»<sup>11</sup>.

Ce modèle commun, qui fait de la propriété le droit réel le plus complet d'une personne sur un objet matériel, domine les débats où des thèses apparemment

<sup>5</sup> En droit romain, les animaux dont la chasse est interdite ne sont pas des choses communes «car la norme d'inappropriabilité, loin de les destiner à l'usage commun, a pour finalité d'en interdire l'usage» (M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, préface de G. Loiseau, LGDJ, Paris 2006, p. 164).

<sup>6</sup> Voir article 714 du Code civil et J.B. Auby, *Propriété et gestion domaniale*, «Droit Administratif», Juillet 2011, n° 7, p. 1.

<sup>7</sup> J.W. Singer et al., *Property Law: Rules Policies & Practices*, Wolters Kluwer Law & Business, 4<sup>ème</sup> ed., New York 2014, p. 2; voir aussi T.W. Merrill, H.E. Smith, *What happened to property in law and economics?*, «The Yale Law Journal» 2001, n° 2, p. 365.

<sup>8</sup> J.-P. Chazal, *La propriété: dogme ou instrument politique? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, «RTD civ.» 2014, p. 763.

<sup>9</sup> L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Alcan, Paris 1908.

<sup>10</sup> M. Xifaras, *Le copyleft...*

<sup>11</sup> J.-P. Chazal, *op. cit.*

contradictoires sur la juste interprétation du droit de propriété semblent s'opposer, qu'il s'agisse des thèses personnaliste de Planiol<sup>12</sup> ou néo-personnaliste de Ginossard, de l'extension de la propriété comme une relation d'exclusivité entre le propriétaire et sa chose aux choses corporelles et aux droits<sup>13</sup> ou de l'interprétation du régime juridique de la propriété à partir de la structure des choses<sup>14</sup>. Ces déterminations de la propriété ont en commun de la définir à partir, d'une part, de prérogatives conférées au propriétaire – et inspirées du code civil de 1804, article 544, en l'occurrence le droit d'user et de jouir de la chose – et, d'autre part, à partir de caractéristiques qui lui seraient essentielles, telles l'exclusivité, la perpétuité, l'absoluité, l'unicité, le droit de disposer. C'est pourtant en référence à ce cadre interprétatif restrictif de la propriété, nourri par le droit romano-germanique et le code civil français, que nous allons tenter de dessiner la possibilité de l'inappropriable<sup>15</sup>.

Interroger le statut de l'inappropriable, en particulier dans sa différence d'avec le commun, pose la question de savoir pourquoi il faut s'appropriier<sup>16</sup>. L'appropriation – à la différence de la consommation ou de l'usage – n'est pas nécessaire au développement de l'être humain<sup>17</sup>. Que risque-t-on à laisser les choses inappropriées? Pourquoi l'appropriation serait-elle préférable à la non appropriation régulée et contrôlée? Craint-on de ne pouvoir organiser la conservation et la gestion rationnelle de la ressource, hors de l'appropriation? Redoute-t-on, face à l'inappropriable, un défaut de responsabilité ou de responsabilisation, l'impossibilité d'une imputation de responsabilité, en cas de dommage ou de préjudice? Nous envisagerons ces questions en identifiant, en premier lieu, les conditions d'une pensée positive de l'inappropriable sortant les entités qu'il con-

<sup>12</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., F. Pichon (éd.), Paris 1908, vol. I, n° 2329. Contre la définition classique du droit réel, faisant de la propriété un rapport direct entre une personne et sa chose, Planiol a suggéré de la définir comme un rapport d'obligation entre des personnes (le propriétaire et le reste de l'humanité).

<sup>13</sup> F. Zenati, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, «RTD. civ.» 1993, p. 305.

<sup>14</sup> W. Dross, *Une approche structurale de la propriété*, «RTD. civ.» 2012, p. 419.

<sup>15</sup> Nous ne considérerons pas ici l'approche anglo-saxonne du droit de propriété.

<sup>16</sup> Si historiquement l'institution de la propriété privée a joué un rôle de médiation dans les conflits entre les prérogatives individuelles ainsi qu'entre ces dernières et les besoins sociaux, nous récusons qu'elle soit la seule modalité de résolution de ce type de conflit, comme le suggèrent les travaux soulignant la fonction de la distribution des accès ou le rôle des usages (J. Rochfeld, *Entre propriété et accès: la résurgence du commun*, «La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant», Autrement, Paris 2009; P. Crétois, *La propriété repensée par l'accès*, «Revue internationale de droit économique», 2014).

<sup>17</sup> G.H. Mead, *L'esprit, le soi et la société*, PUF, Paris 1963; A. Honneth, *La Lutte pour la reconnaissance*, Le Cerf, Paris 2000, p. 114 et sqq.; A. Sen, *Commodities and Capabilities*, North-Holland, Amsterdam 1985; J. Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, [d'après:] A. Sen, t B. Williams (éd.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge 1982, p. 164–165.

cernerait des *res nullius*, c'est-à-dire des choses simplement vacantes. Nous tenterons, dans un second temps, de déterminer le cadre normatif à partir duquel instituer l'inappropriable et identifierons certaines des conditions de sa réalisation.

## 1. Les présupposés d'une pensée de l'inappropriable

### 1.1. Sortir du régime de la valeur

Conférer un statut positif à l'inappropriable suppose de s'extraire de plusieurs présupposés dont le premier concerne l'appréhension d'entités, biens ou choses, à partir de leur valeur économique ou de leur possible usage marchand. Or l'inappropriabilité met en scène la mise à l'écart de certains types de biens hors de toute appropriation: individuelle ou collective. Tracer des limites même étendues de l'inappropriable signifie indissociablement accepter qu'une part, plus ou moins large, du reste des objets du monde demeure dans un régime marchand quoique la question essentielle réside ici dans la possibilité d'en restreindre l'extension. La redéfinition de catégories de biens sous le régime de l'inappropriable n'exclut pas la légitimité de la propriété de certains biens matériels.

Cependant envisager la sphère de l'inappropriable de nos jours, comme ce fut le cas par le passé, exige de sortir du régime de la valeur et de décrire «une enclave de choses interdites d'appropriation»<sup>18</sup>, sans que celles-ci ne s'inscrivent aujourd'hui dans le registre du sacré. Cette ambition ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la valeur, sur sa nature et son origine. N'y a-t-il de valeur qu'économique et productrice de profit ou de capital? L'utilité n'est-elle que matérielle, quantifiable et appréhendable en termes économiques?

La notion de valeur, appréhendée dans une perspective substantialiste<sup>19</sup>, a pris sens *classiquement* soit à partir de la satisfaction qu'un individu tire de l'usage de ce bien soit au regard de l'échange dans lequel l'objet s'inscrit<sup>20</sup>. La première désigne sa valeur d'usage, laquelle dépend à la fois des caractéristiques physiques du bien mais aussi des goûts de l'individu. Elle présente un aspect subjectif. La seconde désigne une propriété objective du bien, laquelle se trouve déterminée socialement, à travers l'échange.

<sup>18</sup> M.-A. Chardeaux, op. cit., p. 58.

<sup>19</sup> Voir A. Orléan, *L'Empire de la Valeur. Refonder l'économie*, Seuil, Paris 2011.

<sup>20</sup> K. Marx, *Le Capital* [1867], Livre I, Gallimard, La Pléiade, Paris 1965, vol. 1, p. 568 et 607.

Dans le cadre de l'économie classique, l'origine de la valeur des biens est liée au travail humain, notamment au temps de travail<sup>21</sup>. La valeur d'échange d'un bien est intrinsèquement liée à sa valeur d'usage. Avec l'économie néoclassique, la théorie de la valeur-travail s'est effacée au profit de la valeur-utilité<sup>22</sup>.

La possibilité d'appréhender ce qui est sans en référer à la valeur, quand bien même il s'agirait de la valeur-utilité, est offerte par deux approches tenant compte soit de la destination des choses pour elles-mêmes soit de finalités humaines fondamentales. Elles reflètent une perspective critique sur le désencastrement de l'économique à l'égard du social et du non marchand<sup>23</sup>. L'un des prérequis d'une pensée positive de l'inappropriable consiste à envisager les entités, auxquelles ce statut sera attribué, *pour elles-mêmes*, indépendamment du rapport à un agent, à une entité extérieure à elles, comme cela a été fait par la constitution de 2008 de l'Équateur concernant la Terre-Mère, Panchamama<sup>24</sup>. Ainsi on peut dessiner une sphère de l'inappropriable, sans s'en remettre à une logique du sacré, fondée sur la prise en compte de la destination des choses, comme c'était le cas en droit romain, ou encore sur la référence à l'accomplissement de besoins humains fondamentaux<sup>25</sup>.

Des perspectives n'émanant pas du champ économique proposent d'autres regards sur la valeur que celles tirées des lectures économiques classique et néoclassique de la valeur. Ainsi l'écocentrisme suggère qu'«une chose est bonne lorsqu'elle tend à préserver l'intégrité, la stabilité et la beauté de la communauté biotique. Elle est mauvaise lorsqu'il en va autrement»<sup>26</sup>. Cette approche récuse que l'être humain soit le point de référence et la source qui confère une valeur aux choses. Celle-ci leur est, au contraire, inhérente, inscrite dans la Na-

<sup>21</sup> Voir A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations* [1776], Gallimard, Paris 1976; D. Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt* [1817, Garnier-Flammarion, Paris 1999.

<sup>22</sup> Nous ne récusons pas que la valeur puisse trouver d'autres interprétations en économie (valeur du capital, la valeur comme rapport social ou norme sociale, la valeur monétaire non marchande, la valeur comme fruit d'un accord social, d'une convention, portant à la fois sur l'instrument de mesure et sur les conditions d'évaluation de cette valeur). Nous rappelons simplement ici les interprétations qui ont *classiquement* marqué l'histoire de la pensée économique sans entrer encore dans la question des biens publics.

<sup>23</sup> Voir K. Polanyi, *La Grande Transformation: Aux origines politiques et économiques de notre temps* [1944], Gallimard, Paris 1983.

<sup>24</sup> Voir aussi R. Lafargue, *Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles: interdépendances et interdisciplinarité*, Colloque «La réparation des atteintes à l'environnement», Cour de Cassation, 24 mai 2007. La notion d'appartenance ontologique de l'homme à la terre constitue une référence sous-jacente à ces déterminations (voir T.C. Mac Luhan, S. Curtis (dir.), *Pieds nus sur la terre sacrée*, Canada 1974, p. 62).

<sup>25</sup> P. Crétois, op. cit.

<sup>26</sup> A. Leopold, *A Sand County Almanac*, Oxford University Press, New York 1966, p. 240.

ture, dans les propriétés naturelles que tend à préserver tout écosystème. La mise en évidence de la valeur intrinsèque des entités procède d'une perspective, non pas économicocentrée, mais holiste et compréhensive, tenant en particulier compte de l'écosphère. L'éthique environnementale promeut également la biodiversité sur le fondement de la pluralisation des acceptions de la notion de valeur<sup>27</sup> voire d'une théorie subjectiviste de la valeur<sup>28</sup>. Ainsi l'écocentrisme confère un point d'appui et une justification à la non appropriation, dans la mesure où il permet de considérer la destination des choses pour elles-mêmes<sup>29</sup>.

Il ne s'agit pas tant de déclarer l'ensemble de la nature inappropriable puisqu'une appropriation partielle est nécessaire aux fonctionnements des sociétés humaines. Néanmoins certaines parts de la nature doivent pouvoir demeurer inappropriables, en particulier lorsque leur usage produit une désutilité avancée. Le droit de propriété et l'inappropriation peuvent alors jouer non pas tant en s'adaptant aux choses sur lesquelles ils portent qu'aux rôles que celles-ci peuvent trouver dans la société, pour l'environnement ainsi qu'à l'égard de l'humanité. Quels motifs justifient l'inappropriation? Deux types de motifs entrent en jeu voire en concurrence: d'une part, un souci de protection des humains et, d'autre part, des raisons intrinsèques relatives aux entités considérées pour elles-mêmes. L'un et l'autre peuvent cependant converger, lorsque la promotion de l'inappropriable et la protection de la nature s'opèrent, en affichant une volonté explicite de mieux protéger, de la sorte, les humains<sup>30</sup>. En somme, les deux finalités n'ont rien d'incompatible. L'inappropriable ou la non appropriation interviennent alors comme des moyens permettant d'assurer que les populations vivent dans un environnement sain.

La défense de l'inappropriable peut, d'autre part, reposer sur la promotion écocentriste exclusive d'un droit de la nature, au nom du seul «intérêt» des milieux environnementaux<sup>31</sup> et du fait de la valeur intrinsèque des milieux natu-

<sup>27</sup> V. Maris, *Philosophie de la biodiversité (Petite éthique pour une nature en péril)*, Buchet-Chastel, Paris 2010; H.-S. Afeissa (dir.), *Éthique de l'environnement. Nature, valeur, respect*, Vrin, Paris 2007; voir aussi F. Ost, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris 1995; P. Viveret, *Le point de vue d'un philosophe*, «Revue Critique d'écologie politique» 2010, n° 38, p. 78–80.

<sup>28</sup> J.B. Callicott, *In Defense of the Land Ethic: Essays in Environmental Philosophy*, SUNY Press, Albany 1989; idem, *Beyond the Land Ethic: More Essays in Environmental Philosophy*, SUNY Press, Albany 1999.

<sup>29</sup> Sur les dispositifs permettant d'envisager une protection de la nature indépendamment de la référence à l'humain et son utilité, voir R. Lafargue, op. cit.

<sup>30</sup> Les régimes juridiques définissant des espaces naturels protégés ou des réserves naturelles participent de cette protection qui se passe pas par un phénomène d'appropriation.

<sup>31</sup> Cette dualité de motifs et de raisons au fondement de la défense de l'inappropriable tient à ce qu'«on distingue deux versions de cette idée de faire de la nature un sujet de droit» (L. Bégin, *La revendication écocentriste d'un droit de la nature*, «Laval théologique et philosophique» 1992, vol. 48, n° 3, p. 398). L'idée de faire de la nature un sujet de droit est moins

rels. Ceux-ci et les vivants qui s'y perpétuent sont protégés en raison de leur valeur propre, indépendamment de toute considération d'utilité pour les humains. Les préjudices causés à la nature ne sont alors pas évalués en fonction des intérêts humains mais en fonction des besoins des objets naturels concernés<sup>32</sup>.

Dans cette double perspective, l'inappropriable – c'est-à-dire un statut réglementé de non appropriation – est susceptible d'intervenir aussi bien comme une finalité que comme un moyen, *i.e.* comme un outil de protection de la nature voire comme un vecteur de promotion d'intérêts humains. L'écocentrisme offre une perspective intéressante, dans la mesure où il permet non seulement de sortir de l'ethnocentrisme et par conséquent d'élargir le champ des motifs pour lesquels une institution réglée de l'inappropriable est requise, laquelle ne reposerait pas simplement sur la promotion et la défense de besoins humains fondamentaux. Cette perspective a le mérite de suggérer un déplacement du regard permettant de considérer que l'être humain n'est plus la source unique du sens ni de la valeur.

## 1.2. S'extraire du naturalisme

### a. N'y a-t-il d'inappropriable que le naturel?

L'ambition de conférer une détermination substantielle et pas simplement par défaut à l'inappropriable ne suppose pas seulement de se tenir à distance du régime de la valeur d'utilité et d'une logique anthropocentrée. Elle exige également de ne pas réifier ce statut et de ne pas considérer que seules des entités naturelles sont inappropriables car cette perspective a pour effet de conduire à la restriction inéluctable du champ de l'inappropriable. La doctrine juridique peut, dans certains cas, s'appuyer sur une certaine «nature des choses», dans la détermination de ses catégories. Or s'agissant de l'inappropriable, elle lui confère un rôle spécifique. Pourtant il n'est pas certain que le droit ait vocation à reproduire dans la sphère normative un simple état de fait ou l'ordre du monde, c'est-à-dire «à reproduire l'ordre de la nature dans les relations sociales» plutôt qu'à «construi[re] sa propre réalité»<sup>33</sup>.

Le droit positif, dans ses formes actuelles, ne permet pas de penser l'inappropriable parce qu'il s'en est largement remis à une détermination naturaliste

---

extravagante qu'il n'y paraît dans la mesure où l'univers juridique comporte nombre de sujets de droit inanimés et fictifs tels les corporations, les trusts et les municipalités (voir C.D. Stone, *Should Trees Have Legal Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, «Southern California Law Review», 1972, n° 45, p. 450-501; M.-A. Hermitte, *La nature, sujet de droit?*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales» 2011, n° 1; R. Lafargue, *op. cit.*).

<sup>32</sup> Voir C.D. Stone, *op. cit.*, p. 450-501.

<sup>33</sup> M.-A. Chardeaux, *op. cit.*, p. 107.

de ce dernier, fondée sur la dite nature des choses<sup>34</sup>. Or ce présupposé est un écueil et conduit inévitablement à une impasse, en particulier à l'inéluctable restriction du champ des choses inappropriables.

En effet, la doctrine juridique «considère très majoritairement que le critère des choses communes réside dans leur inappropriabilité “par nature”»<sup>35</sup>. Un recouvrement existe entre la création de la catégorie juridique de choses communes et celle d'inappropriable, d'une part, et la nature des entités, d'autre part<sup>36</sup>, ce recouvrement donnant lieu à une occultation dans laquelle la spécificité de l'inappropriable se dissout<sup>37</sup>. Les entités figurant aujourd'hui sur la liste des choses communes mettent en évidence ce parti pris naturaliste. Ainsi on considère d'ordinaire que la référence à l'inappropriabilité peut être pertinente pour certains biens (air, la haute mer) mais pas pour des biens de consommation. La catégorie de choses communes, dans ses déterminations actuelles, ne permet pas de faire précisément le départ entre inappropriable et biens communs. L'environnement, par exemple «bien que qualifié de “patrimoine commun de l'humanité”»<sup>38</sup>, reste une chose *commune*, inappropriée et inappropriable, au sens de l'article 714 du code civil<sup>39</sup>, dénuée de personnalité juridique»<sup>40</sup>.

L'interprétation de l'inappropriable à partir de l'existant – *i.e.* de ce qui, *aujourd'hui*, est non approprié en particulier dans le domaine naturel – conduit à une impasse car, d'une part, elle laisserait penser que seules des entités naturelles pourraient relever du registre de l'inappropriable<sup>41</sup>. D'autre part, elle repose sur un présupposé normatif vidant de toute substance la notion d'inappropriable. En effet, dans son interprétation actuelle l'impossibilité d'enclorre, d'être enfermé dans le domaine exclusif d'une personne ou réservé<sup>42</sup>, serait le fondement ultime de l'inappropriable et la raison essentielle de l'inappropriabilité. Cependant ne se trouve alors formulé qu'un critère *par défaut* de l'inappropria-

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>37</sup> C. Guibet Lafaye, *L'inappropriable, un impensé...*

<sup>38</sup> Selon le préambule de la Charte de l'environnement de 2004, «l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains».

<sup>39</sup> L'article 714 du code civil prévoit qu'«il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous».

<sup>40</sup> Proposition de loi n° 546 rectifiée bis (2011–2012), déposée sur le bureau du Sénat par M. Bruno Retailleau et plusieurs de ses collègues, le 23 mai 2012, visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le code civil » (voir <http://www.senat.fr/rap/112-519/112-5191.html>).

<sup>41</sup> Une exception récente à cette perspective est toutefois apportée par la dernière version de loi sur le numérique (en cours de discussion) qui qualifie les biens immatériels non appropriés de choses communes et donne un statut juridique positif au domaine public immatériel.

<sup>42</sup> Lorsque le bien a une valeur dématérialisée (voir J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris 2013.. L'enclosure prend d'autres formes, lorsque les biens n'ont plus la réalité matérielle d'immeubles.

ble, en ce que *serait inappropriable ce qui ne peut être approprié*. Il s'agit pourtant de penser un critère positif de l'inappropriable, au sens où certaines entités ne doivent pas être appropriées. Dans l'appréhension par défaut de l'inappropriable, celui-ci n'aurait d'autre fondement que *factuel*. Cependant cette approche a des conséquences normatives car, à ce plan, le champ de l'inappropriabilité se décrirait, par défaut, à partir du droit de clore consacré par l'article 647 du code civil français. L'impossibilité factuelle a des effets normatifs comme le statut de l'information le montre: «en raison de son ubiquité, le propre de l'information serait donc de se dérober au “caractère exclusif de l'appropriation”»<sup>43</sup>. Néanmoins l'analyse des doctrines juridiques montre qu'un critère fondé sur l'impossibilité factuelle de l'appropriation, de même qu'un critère assis sur la nature des choses, ne sont pas pertinents ni suffisants pour fonder l'inappropriable.

#### **b. Sortir des logiques naturalistes sous-jacentes à la promotion de l'inappropriable**

Il y a en effet une impasse à conditionner l'inappropriable par un fondement naturaliste car celui-là ne se réduit pas à des entités naturelles (ou naturalisées), comme le suggère la considération de certains biens informationnels, culturels ainsi que le génome humain<sup>44</sup>. Réciproquement, tout ce qui est naturel n'a pas, par soi-même vocation, à rentrer dans le registre de l'inappropriabilité. L'ambition est donc de conférer une substance à la notion d'inappropriable sans naturaliser cette catégorie. Pourtant cet effort ne peut s'appuyer sur les développements économiques et philosophiques récents, les plus innovants, en matière de droit de la propriété, car certains d'entre eux demeurent traversés par des logiques naturalistes. Ce naturalisme est rémanent dans l'approche d'E. Ostrom<sup>45</sup> qui fonde la privatisation ou la communalisation des ressources, c'est-à-dire un mode de gestion privé, public ou commun de celles-ci, sur leur nature<sup>46</sup>. Cette logique naturaliste persiste dans les promotions contemporaines les plus explicites du principe d'inappropriabilité. En l'occurrence, la responsabilité à l'égard de la nature et la justification de la non appropriation procèderaient du constat d'une appartenance des vivants à la terre, d'un «lien pré-originaire [qui] est l'appartenance à la Terre préalable à toute perception, toute pensée et toute action, et en

<sup>43</sup> M.-A. Chardeaux, op. cit., p. 114.

<sup>44</sup> Sur l'institution des races animales comme patrimoines communs, voir J.Labatut, F. Aggeri, G. Allaire, *Étudier les biens communs par les changements institutionnels*, «Revue de la régulation», Autumn 2013, n° 14, [online] <<http://regulation.revues.org/10529>>.

<sup>45</sup> E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 1990.

<sup>46</sup> Le terme de «nature» ne s'entend pas ici en un sens métaphysique mais exprime le fait que des ressources naturelles sont concernées.

même temps condition de la perception et de l'action. Or cette appartenance veut dire que ce n'est pas la terre qui nous appartient, c'est nous qui lui appartenons: elle est à ce niveau hors de toute appropriation, en somme inappropriable. L'inappropriabilité de la Terre engage à penser la substitution d'une relation d'appartenance à celle d'appropriation»<sup>47</sup>. Nous verrons ultérieurement que ce présupposé naturalisant est sous-jacent à la détermination du patrimoine commun de l'humanité.

Contre ces logiques naturalisantes et essentialistes, le droit constitue le principal instrument normatif d'institution de l'inappropriable. La «nature des choses» est un fondement non suffisant à la fois intrinsèquement mais aussi du fait des évolutions technologiques (voir les biens informationnels, le génome humain) pour fonder l'inappropriabilité d'entités. Le droit et les qualifications qu'il autorise et a autorisées – comme ce fut le cas en droit romain<sup>48</sup> – permet seul de s'extraire de ces logiques naturalistes. Inappropriabilité, indisponibilité, inaliénabilité sont des régimes juridiques fondés sur des opérations de *qualifications du droit*<sup>49</sup>. Ce n'est aucunement de la nature de la chose que se déduit sa qualité d'inappropriabilité<sup>50</sup>. Le droit joue ici un rôle majeur du fait de sa capacité à soustraire des entités du commerce, de la sphère du marché et de la valeur d'usage (*i.e.* de tout ce qui peut être considéré comme monnayable). Toutefois c'est la fonction normative du droit plutôt que les outils offerts par le droit positif qui peuvent être utiles dans cette démarche. De façon complémentaire, cette perspective suppose d'admettre que la propriété puisse être envisagée comme un instrument politique<sup>51</sup>, dans la mesure où, d'une part, elle structure les relations entre les personnes dans la cité et, d'autre part, contribue à une régulation économique (par le jeu de la répartition des richesses) ainsi qu'à celle des rapports politiques du fait des choix d'organisation des pouvoirs qu'elle reflète.

<sup>47</sup> Y.C. Zarka, *L'inappropriabilité de la Terre*, A. Colin, Paris 2013. Cette conception n'a rien d'original car elle décrit le rapport à la terre de société non occidentale, kanak par exemple, pour laquelle la terre est un élément de l'identité de l'homme kanak (voir F. Trolue, *Le Kanak, le clan et la terre*, «La Terre» – actes du 6<sup>ème</sup> colloque C.O.R.A.I.L. Nouméa 27 au 29 octobre 1993, CORAIL BP 2448 Nouméa).

<sup>48</sup> Voir Y. Thomas, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales» 2002, 57<sup>ème</sup> année, n° 6, p. 1440.

<sup>49</sup> La qualification juridique consiste à dire un phénomène en termes juridiques.

<sup>50</sup> Voir aussi M.-A. Chardeaux, *op. cit.*

<sup>51</sup> Voir C. Guibet Lafaye, *Philosophiques*, «Revue de la Société de Philosophie du Québec», Montréal (Canada), printemps 2014; J.-P. Chazal, *op. cit.*, p. 763.

### 1.3. Sortir du régime du droit positif contemporain

Envisager l'inappropriable indépendamment du sacré et de la nature des choses suppose de s'écarter de la division des choses en patrimoniales et extrapatrimoniales ainsi que d'une tradition juridique reposant sur la distinction entre droit divin et droit humain, telle qu'elle existait en droit romain<sup>52</sup>. Cette dernière n'est plus d'actualité. Néanmoins elle réserve une place à des «choses publiques qui sont soustraites à l'aire d'appropriation *par un acte du droit public* afin que leur usage soit commun à tous»<sup>53</sup>. «Les choses de droit divin et les choses publiques ont cela en commun d'être inappropriables et, par là même, indisponibles et inévaluables»<sup>54</sup>. Cette tradition met en évidence la fonction du droit dans l'institution des limites – *i.e.* du champ d'extension – de l'inappropriable puisque l'inappropriabilité des choses communes, par exemple, a été organisée par le droit afin de garantir l'usage commun à tous<sup>55</sup>. D'ores et déjà, le droit a constitué un instrument pour garantir une jouissance commune de certaines choses hors du ressort de la propriété. C'est dans cette perspective que la catégorie de l'inappropriable a un rôle à jouer et que le droit entre en jeu.

Le droit et, plus précisément, la qualification juridique interviennent comme des processus susceptibles de dissocier ce qui est inappropriable *de fait* – ce qui signifie inapproprié de fait (ce sont alors les choses sans maître) – de ce qui est inappropriable *en droit*. L'opération de qualification juridique est tout à la fois fondamentale et fondatrice<sup>56</sup>, puisqu'elle seule permet que certaines entités soient devenues des choses communes ou deviennent inappropriables. L'espace hertzien et l'espace extra-atmosphérique en offrent une illustration. La qualification juridique est fondamentale car elle institue l'usage ou la (les) fonction(s) reconnue(s) à l'entité considérée. Elle peut intervenir dans l'identification de frontières renouvelées de l'inappropriable voire dans le renouvellement de son sens et de sa substance, pour autant qu'il doit être envisagé, comme nous le verrons, indépendamment de la référence au commun. Ce processus de qualification est à même de constituer un outil décisif permettant de tracer le champ des entités susceptibles d'être soustraites à l'appropriation. Néanmoins assumer ce rôle suppose de reconnaître que la vocation du droit n'est pas de reproduire, dans la sphère normative, un simple état de fait ou l'ordre du monde, c'est-à-dire de « reproduire l'ordre de la nature dans les relations sociales »<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Y. Thomas, *op. cit.*, p. 1433.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 58; nous soulignons.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>55</sup> Voir *ibidem*, *passim*.

<sup>56</sup> Voir M.-A. Hermitte, *Le droit est un autre monde*, «Enquête» 1999, n° 7, [online] <<http://enquete.revues.org/1553>> (mis en ligne: 2.02.2009).

<sup>57</sup> M.-A. Chardeaux, *op. cit.*, p. 107.

#### 1.4. Sortir du régime de la propriété et de la logique de l'exclusivité

Instituer l'inappropriable suppose ultimement de sortir du régime de la propriété, c'est-à-dire du régime des choses appropriées et appropriables mais également de ne pas le résorber dans le statut du commun. Il ne s'agit pas de défendre l'idée que tous les objets ou entités devraient être inappropriables mais que ce statut doit être étendu à certaines d'entre elles. Cette ambition suppose notamment de penser un type de rapport au *bien* qui maintienne la chose hors du rapport d'appropriation<sup>58</sup> et dont l'inaliénabilité constitue une première étape, un premier modèle. Des formes minimales d'usage – permettant la survie et la reproduction vitale – ne constituent pas un problème en soi. En revanche, l'extension indéfinie de l'appropriation privative est problématique.

La sortie hors du régime de la propriété de certains types de biens est parfois évoquée par des juristes demandant: «pourquoi est-il indispensable de concevoir les biens publics comme des objets de propriété?»<sup>59</sup>. Les arguments allégués pour récuser cette possibilité sont insuffisants. Le premier veut que si les biens publics étaient inappropriables, ils ne se distingueraient pas des biens privés, ce qui aurait pour effet la disparition du champ des biens publics. Cet argument est pourtant erroné car l'inappropriable ne constituerait alors qu'une propriété accidentelle des biens publics, déclarés inaliénables et non appropriables. La confusion tient, une nouvelle fois, au présupposé identifiant ce qui est non approprié à ce qui est vacant ou toujours en voie d'appropriation, toujours disponible pour ou susceptible d'appropriation mais c'est une erreur interprétative, une erreur du jugement<sup>60</sup>.

Une seconde critique soulève la question de la gestion de biens non appropriés et de son efficacité. Le régime de l'inappropriable que nous voulons esquisser n'est pas antinomique de la gestion. Bien au contraire, il appelle une réglementation stricte sur laquelle nous reviendrons ultérieurement. La question essentielle consiste à identifier les instances assumant cette responsabilité qu'elles soient publiques ou communautaires. Il convient donc d'envisager une gestion et une responsabilité pour l'inappropriable dont le régime ne soit pas celui des choses sans maître, laissées vacantes et soustraites à toute législation.

<sup>58</sup> S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus*, «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 2010, n° 1, vol. 64, p. 123-182.

<sup>59</sup> J.B. Auby, op. cit., p. 1.

<sup>60</sup> Les «fardeaux du jugement» (J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993) relèvent, en premier lieu, de l'usage même de la raison théorique et concernent, par exemple, des erreurs dans l'administration de la preuve. De même, des erreurs du jugement peuvent se nicher dans la diversité des interprétations suscitées par ces démonstrations. Bien évidemment les erreurs de logique ou de raisonnement ne sont pas les seules sources des conflits d'opinions.

## 2. Quel modèle pour l'inappropriable?

### 2.1. L'inaliénabilité, modèle de l'inappropriable?

La détermination positive de l'inappropriable – irréductible au statut de *res nullius*, choses vacantes ou simplement sans maître – peut être recherchée en suivant plusieurs pistes. Notre ambition est à la fois d'identifier une détermination positive de l'inappropriable, qui ne soit ni la vacance ni le commun, et d'esquisser les linéaments d'un régime adéquat pour ces entités<sup>61</sup>. La première, pour ce faire, se trouverait du côté du Code civil. L'inaliénabilité s'offrirait comme un modèle alternatif. On pourrait penser que cette catégorie introduit un autre type de rapport au bien maintenant la chose hors du rapport d'appropriation. Un bien matériel est inaliénable, lorsqu'il ne peut être aliéné, c'est-à-dire ni cédé, tant à titre gratuit qu'onéreux, ni grevé de droits réels. Le terme est utilisé, au figuré, pour désigner ce qui ne peut être retiré ou ôté, ce qui appartient de manière intangible à quelqu'un, à quelque chose. Ainsi la notion d'appropriation est présupposée par le terme car ce qui est inaliénable est ce dont on ne peut *perdre la propriété*. Sont par exemple inaliénables le droit moral<sup>62</sup>, les domaines de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics<sup>63</sup>. Les collections publiques nationales sont inaliénables en Espagne. Tel est également le cas en Italie, où le code civil pose le principe de l'inaliénabilité des collections publiques appartenant à l'État ou aux collectivités territoriales. L'inaliénabilité ne concerne que des choses hors commerce mais placées en la possession d'une entité. Elle ne peut donc constituer un modèle de l'inappropriable qu'à condition de repenser le postulat de départ, c'est-à-dire que la chose ne doit pas être appropriée.

En revanche, le principe de non patrimonialité qui s'incarne dans l'indisponibilité du corps humain est plus adapté pour penser l'inappropriable. Il en constitue un *proxy*. Le Code civil établit la non patrimonialité du corps humain, de ses éléments et produits: «Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial» (art. 16-1, al. 3); ou encore: «Les con-

<sup>61</sup> Statut juridique ne se réduisant pas à des dispositions protégeant les biens inappropriables d'éventuelles appropriations privatives, en conférant par exemple à des parties, ayant intérêt à agir, le droit de revendiquer contre ces appropriations.

<sup>62</sup> L'article L.121-1 du Code de la propriété intellectuelle énumère les différents caractères du droit moral qui est un droit «attaché à la personne». Il dispose que le droit moral «est perpétuel, inaliénable et imprescriptible». En outre, le droit moral est insaisissable. Il constitue un principe d'ordre public par conséquent il ne peut être aliéné par convention. *L'insaisissabilité* du droit moral est une conséquence directe de son inaliénabilité.

<sup>63</sup> La reconnaissance du droit coutumier, via la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 18 admet que «Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables» – JORF, 21 mars 1999, p. 4197 *sqq.*

ventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles» (art. 16-6, 16-7 *et sqq.*). Contrevenir à ce principe expose à des sanctions pénales (voir Code pénal, art. 511-2, art. 511-4).

## 2.2. Le commun, un modèle pour penser l'inappropriable?

L'inappropriable semble également pouvoir être précisé à la lumière de ce que sont les choses communes et de ce que le droit des choses communes – ou, en droit romain, des choses publiques – nous apprend, en particulier du point de vue de leur usage.

Ainsi la détermination du patrimoine commun de l'humanité – et les objets qui entrent dans son champ<sup>64</sup> – pourraient *a priori* constituer un modèle pour penser, de façon renouvelée, l'inappropriable. Pourtant trois raisons au moins expliquent qu'elle n'ait pas cette vocation: d'une part, du fait du présupposé naturaliste qui est à son fondement; d'autre part, en raison de la notion de «patrimoine», qui lui est inhérente et qui n'a rien d'anodin; enfin parce que l'application de la catégorie de «patrimoine commun» a été étendue vers des ressources *appropriées* et sous souveraineté nationale, ce qui a eu pour effet que des ressources, incluses dans ces patrimoines, peuvent aujourd'hui être non appropriées mais aussi appropriées par une collectivité, voire laissées aux mains d'un propriétaire privé ce qui conduit à faire basculer l'inappropriable vers de l'approprié.

L'inappropriable, dans la détermination du «patrimoine commun de l'humanité» demeure un accident – au sens où la métaphysique le distingue de la substance<sup>65</sup> – *i.e.* une caractéristique accidentelle de l'entité considérée. Ce n'est donc pas encore du côté de cette notion qu'il faut chercher un modèle de l'inappropriable car elle s'inscrit, de façon persistante, dans le registre de la patrimonialité<sup>66</sup>. Comme nous l'avons vu, envisager l'inappropriable suppose de s'écarter de la division des choses en patrimoniales et extrapatrimoniales. Il ne s'agit pas seulement, comme dans la jurisprudence de l'époque impériale, de penser des «choses relevant d'un patrimoine qui n'appartient à personne», ce que le droit romain désignait sous l'expression de *res nullius in bonis* et qui se distinguent spécifiquement des choses communes à tous, *i.e.* des *res communes*, mais d'ad-

<sup>64</sup> «Le “patrimoine commun de l'humanité” ne s'applique et ne protège explicitement que la lune et les corps célestes, les fonds marins et les sites du Patrimoine mondial, la haute mer, l'espace extra-atmosphérique, l'Antarctique, le spectre des fréquences radioélectriques, le patrimoine culturel (archéologique et artistique) et le patrimoine naturel (espaces et espèces sauvages)» – N. Belaidi, A. Euzen, *De la chose commune au patrimoine commun*, «Mondes en développement», 2009, n° 145, p. 55–72.

<sup>65</sup> R. Descartes, *Méditations métaphysiques* [1641], Garnier-Flammarion, Paris 2009, VI.

<sup>66</sup> Voir F. Ost, *op. cit.*

mettre que certaines choses puissent n'entrer dans les limites décrites par aucun patrimoine.

Du point de vue des entités susceptibles d'échapper à cette patrimonialité, on ne compterait pas simplement des *items* naturels mais aussi des biens culturels, dont certains sont déjà inscrits dans ce «patrimoine commun de l'humanité» et placés sous gestion publique car ces biens relèvent d'intérêts communs à la communauté voire à l'humanité.

Toutefois les outils d'interprétation et d'institution de l'inappropriable sont moins à chercher du côté des *objets* et entités aujourd'hui inscrits dans le patrimoine commun de l'humanité et de la législation qui les régit, que du côté de la conception renouvelée des droits de propriété, associée à l'analyse des communs, *i.e.* en référence au paradigme des «faisceaux de droits» (*bundle of rights*)<sup>67</sup>. Ce schéma interprétatif est fructueux en ce qu'il suppose d'envisager la propriété – et le rapport à l'existant – non plus comme le rapport d'un individu à une chose, mais comme un rapport entre individus concernés par cette dernière. Ce faisceau est constitué de droits et d'obligations, attribués à des individus. Ceux-ci règlent les relations interindividuelles concernant l'usage et la gestion des biens matériels ou immatériels<sup>68</sup>. Ces droits statuent également sur les conditions d'accès et d'usage de la ressource, sur la possibilité de s'en approprier les résultats et d'en tirer des revenus, sur la possibilité de la gérer individuellement ou de participer à sa gestion collective. Ils anticipent enfin les possibilités de cession entre individus de ces droits.

Cependant cette première étape ne suffit pas pour instituer l'inappropriable. Pour que le commun constitue le modèle à partir duquel appréhender ce dernier, il faut encore pouvoir extraire les biens communs de la problématique de l'appropriation<sup>69</sup>. En effet, le commun se distingue de l'inappropriable en ce que celui-ci

---

<sup>67</sup> «Property is, therefore, not a single absolute right, but a bundle of rights. The different rights which compose it may be distributed among individuals and society – some are public and some private, some definite, and there is one that is indefinite. [...] It is merely a definite restriction upon the unlimited control which belongs to the individual» – J.R. Commons, *The Distribution of Wealth*, Macmillan and Co, Londres 1893, p. 92.

<sup>68</sup> Sur la question des communs, voir *Autour d'Ostrom: communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique* «Revue de la régulation» 2013, n° 14, 2<sup>e</sup> sem., [online] <<http://regulation.revues.org.gate3.inist.fr/10287>>.

<sup>69</sup> Les défenseurs du commun estimeront que l'usage introduit un nouveau rapport à l'appropriation. Il demeure que celui-là implique des communautés auxquelles l'usage demeure réservé: «un groupe d'individus est considéré comme partageant des droits de propriété commune lorsque ces individus ont au moins formé des droits collectifs de gestion *et d'exclusion* en relation avec un système de ressource définie et des unités de ressources produites par ce système» (E. Ostrom, *Private and common property rights*, [dans:] *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II: B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), *Civil Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham (GB) 2000, p. 332–379, p. 342, nous soulignons).

ne doit permettre aucune appropriation exclusive fut-elle fragmentaire<sup>70</sup>. De même, ce que l'on désigne aujourd'hui par «les communs» relève encore du registre de la patrimonialité<sup>71</sup>. Dans les faits, les *commoners* restent dans une logique propriétaire<sup>72</sup> et se trouvent à gérer, au sein du ou des communs, des problématiques analogues à celles qu'imposent les relations entre propriétaires privés, notamment des enjeux d'exclusion, d'appropriation limitée de la ressource<sup>73</sup>.

Au plan conceptuel, on a récemment voulu effacer la différence (la frontière) entre le commun et l'inappropriable, en considérant qu'«il institue quelque chose d'appropriable comme inappropriable, au sens où le droit absolu d'un individu est interdit: si le commun est à instituer, il ne peut l'être que comme inappropriable, en aucun cas comme l'objet d'un droit de propriété»<sup>74</sup>. Cette inappropriabilité activement entretenue n'est pas à comprendre sur le modèle de l'usufruit. En effet, celui-ci suppose un «nu-propriétaire»: il n'y a d'usufruit que concédé par un propriétaire à un usufruitier<sup>75</sup>. Or ici il n'y a pas de propriétaire du tout.

Le commun ne peut être un modèle pour penser l'inappropriable, si ce n'est comme barrage à l'appropriation privative individuelle. L'identification évoquée ne confère pas encore le contenu substantif positif à l'inappropriable que nous recherchons<sup>76</sup> car, dans le commun ainsi conçu, l'appropriation est possible, mais suspendue à la réciprocité<sup>77</sup>, tenue pour fondamentale, et conditionne l'usage, qui est premier. Il n'est pas absolu, ni public, ni privé, mais dépendant de l'usage qui est fait, eu égard au contexte et aux résultats auxquels la réciprocité aboutit. «S'approprier» renvoie donc ici plutôt à «rendre propre à» un certain usage<sup>78</sup>, plutôt que soustraire une chose à l'ensemble de celles qui sont vacantes. L'usage est ordonné aux autres usages, il est communisé<sup>79</sup>. On trouve en droit romain un statut relativement proche, un «public» qui n'est pas pour autant de propriété étatique.

<sup>70</sup> C. Guibet Lafaye, *L'inappropriable, un impensé...* Les biens informationnels constituent des «quasi choses communes» puisqu'ils empruntent à la chose commune l'élément caractéristique de leur régime (*i.e.* l'usage commun), alors même qu'ils ne satisfont pas à un critère essentiel de la notion d'inappropriabilité – voir M.-A. Chardeaux, *op. cit.*, p. 405.

<sup>71</sup> Voir E. Ostrom, *Governing the Commons...*

<sup>72</sup> Voir M. Xifaras, *Le copyleft...*

<sup>73</sup> Voir *infra* 2.3.

<sup>74</sup> P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, La Découverte, Paris 2014, p. 233. La position assumée par ces auteurs peut être contestée du fait qu'elle présuppose une conception très étroite de la propriété comme droit absolu or la réalité et le droit démontrent le contraire (voir J.-P. Chazal, *op. cit.*).

<sup>75</sup> P. Dardot, C. Laval, *op. cit.*, p. 245.

<sup>76</sup> Voir C. Guibet Lafaye, *L'inappropriable, un impensé...*

<sup>77</sup> P. Dardot, C. Laval, *op. cit.*, p. 258.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 581.

Néanmoins, dans ces approches, le statut de l'inappropriable demeure à chaque fois dissout dans celui d'autres entités, communes ou publiques, et ultimement dans l'approprié. La catégorie du commun pour autant qu'elle laisse une place à la possibilité de l'appropriation privative ou collective est donc insuffisante. Les frontières et les modalités de l'appropriation, abordées en référence au paradigme de la propriété privée, doivent donc être repensées et c'est à cette fonction que la catégorie d'inappropriable peut être convoquée.

### 2.3. Conditions d'institution de l'inappropriable

#### a. Garantir l'usage de tous

Lorsque l'inappropriable est pensé sur le modèle des choses publiques dont le statut, en droit romain, est tel qu'elles sont affectées à l'usage commun, la question essentielle se résume à la garantie d'un usage commun des entités considérées demandant simplement à être réglementé. Jusqu'ici l'inappropriable a été institué juridiquement en vue de fonder l'accès pour tous et l'usage de tous. Notre objectif est d'envisager la catégorie de l'inappropriable, indépendamment de cette perspective, c'est-à-dire de façon *non instrumentale*, ou qui ne soit ni anthropologiquement ni économiquement centrée<sup>80</sup>. Un statut d'inappropriabilité se justifie, lorsque sont notamment pris en considération des principes de satisfaction égale des besoins fondamentaux ou encore des possibilités augmentées de satisfaction de ces derniers, d'accomplissement humain, d'accès de tous à un environnement sain, de préservation des externalités liées à l'usage des biens<sup>81</sup>, d'utilité commune ou publique<sup>82</sup>, et une plus grande prise en compte des intérêts des générations futures et de l'environnement. L'appropriation privée de ressources mettant en jeu «l'intérêt d'une collectivité de personnes» «pose explicitement la question du maintien sans nuance du paradigme de l'appropriation privée qui aboutit en effet à une privatisation de ressources pouvant être regardées comme vitales ou nécessaires à la subsistance d'un groupe d'individus»<sup>83</sup>.

Incontestablement, la référence à «l'usage» et la création de droits qui lui sont relatifs permettent d'aborder sous un nouveau jour les rapports d'appropriation et les droits de jouissance. En ce sens, l'accès, l'ouverture à tous des accès aux choses<sup>84</sup> constituerait une étape préliminaire, une modalité d'institution de l'inap-

<sup>80</sup> Le droit, réinvesti de façon normative (cf. supra), constitue alors un outil indispensable.

<sup>81</sup> *I.e.* ce qui suppose que l'on ne puisse user ni s'approprier une entité en négligeant les droits des autres, les externalités négatives sur autrui.

<sup>82</sup> La logique de l'utilité publique, présidant à l'usage des biens publics, est l'un des termes de référence devant être considéré dans l'institution de l'inappropriable, le public devant toutefois s'entendre au-delà des frontières nationales et des personnes désignées comme publiques.

<sup>83</sup> J. Rochfeld, *Entre propriété et accès...*, p. 71.

<sup>84</sup> P. Crétois, *op. cit.*

propriable mais elle n'en épuise pas la substance<sup>85</sup>. Elle constitue cependant une piste intéressante dans la mesure où le rapport à l'entité inappropriable pourrait être pensé sur le mode de l'accès ou de l'usage sans appropriation possible. L'accès ne représente qu'une condition de possibilité, d'implémentation ou de réalisation d'une logique de l'inappropriable, au même titre que la réservation exclusive temporaire des utilités ainsi que nous allons le voir. Pas plus qu'il ne s'épuise dans le commun, l'inappropriable ne se résout dans l'accès. Ce dispositif est toutefois pertinent pour les ressources immatérielles et culturelles car l'accès peut être autorisé, sans que ne soient délivrés de titres de propriété et indépendamment de tout droit de propriété, en mobilisant des finalités non économiques, des motifs concernant des besoins fondamentaux ou d'accomplissement humain, des raisons d'utilité collective ou sociale, des principes d'équité et de justice (*equity, fairness*) plutôt que d'efficacité dans l'allocation des ressources<sup>86</sup>. Tous les hommes – y compris les générations futures – ayant un droit sur les ressources, devraient avoir droit à la part des ressources nécessaires à leur activité car il est illégitime que le droit des uns entrave celui des autres de s'accomplir. Deux principes s'associent: l'interdiction d'empêcher ou de rendre impossible l'accomplissement d'autrui et un droit créance de tous aux ressources, sans lesquelles ils se trouveraient dans l'impossibilité totale de s'accomplir.

L'institution de l'inappropriable, pour autant qu'elle n'implique pas de récusation de l'usage, présuppose une finalité spécifique ainsi qu'une gestion particulière<sup>87</sup>. Cette finalité implique de prendre en considération des objectifs d'usage et des bénéfices partagés mais également la conservation des ressources pour les générations futures. Elle actualise une responsabilité intergénérationnelle<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> En effet, les utilités, les accès sont ce qui reste disponible de la chose, lorsqu'elle n'est pas appropriable. En outre, la notion d'accès permet d'élargir le spectre des ressources concernées par les déclinaisons de l'inappropriable. Enfin la perspective ouverte par le souci des accès permet d'éviter le naturalisme (ex: éducation, culture, etc.) inhérent à la référence à l'usage. En Afrique de l'Ouest, on distingue deux niveaux de «maîtrise» de la ressource foncière: la «maîtrise de l'usage» (de la terre) et la «maîtrise du contrôle» (de l'usage de la terre) – J. Bouju, *La malédiction, l'honneur et la spéculation*, «Bulletin de l'APAD», [online] <<http://apad.revues.org/4006>> (mis en ligne: 15.06.2009). La seconde s'articule dans «l'accès à la ressource» et dans «le prélèvement de la ressource» (conféré par l'appartenance lignagère). La «maîtrise du contrôle de l'accès à la ressource» se décompose encore en deux maîtrises: la «gestion de la ressource» (la capacité d'autoriser et d'organiser l'accès et le prélèvement) et enfin «le pouvoir d'exclure», détenu par des «maîtres de la terre» ou des «chefs de terre».

<sup>86</sup> O.R. Young, *The politics of international regime formation: managing natural resources and the environment*, «International Organization» Summer 1989, n° 43(3), p. 368; C. Albin, *Negotiating International Cooperation: Global Public Goods and Fairness*, ECPR Pan-European International Relations Conference, The University of Kent, September 2001.

<sup>87</sup> Comme c'est déjà le cas avec le régime d'affectation que désigne le terme de «patrimoine».

<sup>88</sup> Voir H. Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, Paris 1979.

La prise en compte de «finalités» et de «bénéfices ou de bénéficiaires», dans une perspective de non appropriation, impose que ces bénéfices concernent les générations présentes et futures, c'est-à-dire «tous les individus nés et à naître». La gestion des ressources non appropriables doit donc s'effectuer en faveur des intérêts de la communauté intéressée et, plus largement, en faveur de l'humanité – aussi difficile soit-il de cerner les bénéfices dont celle-ci puisse jouir. Elle peut s'opérer «sous l'égide d'une entité impartiale qui représente cette dernière (et non d'un État en particulier)»<sup>89</sup>.

Cette perspective pourrait s'appuyer sur des dispositifs juridiques associant des termes systématiquement pensés en corrélation, tels les couples droits/ devoirs, possibilité (*privilege*)/ non-droit, pouvoir/ responsabilité (*liability*), immunité/ incapacité<sup>90</sup>. Dans ce cadre, se dessine un réseau complexe d'attributions et de devoirs entre les individus au sujet des choses, susceptible d'être adapté aux situations, de sorte que la fonction de la propriété et de la non appropriation permettent à la fois de satisfaire les intérêts des titulaires de droit de propriété, de conférer une réalité au souci du bien commun, et de permettre un arbitrage politique entre ces entités<sup>91</sup>. Propriété et non appropriation ne sont plus à penser dans la logique d'un droit réel complet d'un individu sur une chose mais comme des constructions politiques, usant d'une technique juridique de distribution des droits, des devoirs, des possibilités, des responsabilités et des immunités entre les entités concernées ou les parties prenantes.

Cette distribution des droits, des possibilités d'usage ou d'accès s'appuierait avec profit sur la classification des règles proposée par E. Ostrom<sup>92</sup>. Dans ce modèle à sept entrées figurent des règles de «position» (*position rules*) définissant les différentes positions ainsi que les actions qui leur sont attribuées. Les règles d'entrée/sortie (*boundary rules*) précisent l'éligibilité à ces positions et les conditions dans lesquelles un individu peut accéder et quitter (par choix ou obligation) une position. Les règles de choix spécifient, dans le cours du processus

<sup>89</sup> J. Rochfeld, *Penser autrement la propriété: la propriété s'oppose-t-elle aux «communs»?», RIDE 2014.*

<sup>90</sup> W. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, «23 Yale Law Journal» 1913, n°16, p. 30. Lorsque propriété il y a, celle-ci suppose que le propriétaire, en tant que titulaire d'une fonction, est indissociablement investi de responsabilités, liées à l'exercice de cette dernière et variant selon les circonstances.

<sup>91</sup> Voir J.-P. Chazal, op. cit., p. 763.

<sup>92</sup> Cette classification en sept types de règles (E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2005, chap. 7) présente une vertu heuristique, permettant d'élucider les interactions entre acteurs, occupant des positions distinctes dans le processus décisionnel, et ayant des capacités d'action variables, s'ancrant dans des formes de contrôle et s'appuyant sur des informations données. Ces capacités d'action dépendent également du contrôle des conséquences vraisemblables de leur agir ainsi que de leurs coûts et des bénéfices qui en sont attendus (voir E. Ostrom, X. Basurto, *Crafting analytical tools to study institutional change*, «Journal of Institutional Economics» 2011, n° 7, p. 323).

décisionnel, les actions possibles, imposées ou interdites, et liées à chaque position. Les règles d'attribution du contrôle (*agrégation rules*) définissent le niveau de contrôle des individus sur les actions ou la mise en œuvre d'une activité. Les règles d'information agissent sur le niveau d'informations disponibles concernant les actions des parties prenantes et les liens entre actions et résultats. Les règles de paiement, ou règles de contribution et de rétribution (*payoff rules*), affectent les coûts et les bénéfices en fonction des actions des agents et des résultats. Les règles de cadrage – ou règles de ciblage des usages des ressources (*scope rules*) – définissent les conséquences et leur acceptabilité. Cette approche analytique permet d'envisager des combinaisons et des configurations institutionnelles appropriées<sup>93</sup>, au sein desquelles des allocations de droits et d'obligations (et des coûts et bénéfices) s'opèrent entre les parties prenantes.

Lorsque les finalités précédemment évoquées (en particulier de préservation des intérêts des communautés ainsi que des générations présentes et futures) sont assurées et que l'usage commun est garanti et réglé d'une façon s'imposant à tous, l'appropriation est inutile. Contrastant avec la représentation apparemment figée du rapport entre l'individu et l'objet du modèle souverainiste, les règles susceptibles de régir l'usage se révèlent d'une extrême richesse et complexité. La réglementation des usages assure l'inutilité de l'appropriation. Le passage à cette dernière n'a rien d'inéluctable puisqu'inappropriable ne signifie pas inutilisable et que des choses inappropriables ont été utilisées ou sont utilisées, comme l'air, l'espace hertzien, et antérieurement les temples et les espaces sacrés, du forum ou de la basilique à l'époque romaine. Autrement dit, le statut d'inappropriabilité n'interdit pas l'usage ni l'usage collectif. Ils ne sont aucunement incompatibles.

L'environnement et certains milieux naturels pourraient aujourd'hui aussi bien se comprendre sous la modalité de l'inappropriable qu'à partir de la considération d'un usage commun. La chose commune se caractérise par l'usage commun qui l'entoure et l'impossibilité de son appropriation privative. Rien n'empêcherait, en effet, de mobiliser la catégorie de l'inappropriable pour appréhender ces entités, sauf à croire que l'on ne puisse s'opposer à l'appropriation privative qu'en instituant une propriété collective ou commune. Toutefois notre ambition n'est pas de soutenir que tout ce qui est commun pourrait être déclaré inappropriable mais de montrer que, *pour certaines entités*, l'appropriation et le statut de la chose commune sont inutiles. Pour les logiciels libres, nous verrons que le statut aménagé d'appropriation est même contre-productif, puisque l'usage et l'exploitation individuelle des dérivés ou des modifications de ces lo-

---

<sup>93</sup> Voir O. Weinstein, *Comment comprendre les "communs": Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle*, «Revue de la régulation» 2013, n° 14, [online] <<http://regulation.revues.org/10452>>.

giciels ont conduit à des dérives, *i.e.* à des appropriations privatives abusives. Les déclarer inappropriables privativement, par des particuliers quand bien même ils auraient contribué à la création, aurait évité ces écueils.

## b. La réservation privative des utilités

Certaines innovations juridiques offrent des pistes pour penser des droits qui seraient attachés à des entités déclarées inappropriables. Elles dessinent des modalités d'usage et d'accès à des entités soustraites à la sphère de l'échange. Le *copyleft* sans constituer un modèle interprétatif de l'inappropriable en tant que tel, propose des orientations à la fois pour sortir de l'exclusivisme propriétaire et pour envisager des statuts, autorisant un usage de l'inappropriable et donc des outils susceptibles de lui conférer réalité et crédibilité. L'inappropriable signifie l'exclusion de l'appropriation, c'est-à-dire pas seulement des tiers mais de tous ou de toute forme d'appropriation.

Dans cette perspective, la propriété intellectuelle, le modèle réservataire de la propriété<sup>94</sup> ou encore le bénéfice de jouissance spéciale d'un bien<sup>95</sup> méritent d'être explorés<sup>96</sup>. La réservation privative des utilités d'un bien ou encore l'interprétation de la propriété comme un privilège temporaire (conformément à ce qu'elle a pu être, dans certains cas, durant l'Ancien Régime) interviennent comme des outils permettant de dissocier l'appropriation de l'usage<sup>97</sup> et, ce faisant, de concevoir une utilité, un usage de choses qui par ailleurs seraient déclarées inappropriables. L'inappropriable pourrait s'incarner dans une juridiction minimum, consistant en une clause de non appropriation, la question étant ensuite de réglementer l'usage – ce point ayant été abordé supra en 2.3.a. Les logiciels libres pourraient être déclarés non susceptibles d'appropriation, toute appropriation pouvant faire l'objet de sanctions judiciaires. La question anthropologique et philosophique serait ensuite de savoir si les gens y travailleraient de façon comparable, s'ils ne pouvaient se les approprier. Le contester revient à récuser le prin-

<sup>94</sup> Voir R. Stallman, J. Gay (dir.), *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, Free Software Foundation 2002; M. Xifaras, *Le copyleft...*, p. 3

<sup>95</sup> Voir arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, 3<sup>ème</sup> Audience publique du 31 octobre 2012.

<sup>96</sup> R.-J. Pothier (*Traité du droit de domaine de propriété*, Debure-Orléans, Rouzeau-Montaut, 2<sup>ème</sup> éd., Paris 1766, vol. I, n° 5) suggérait déjà que les prérogatives du propriétaire pouvaient varier suivant les choses et les situations.

<sup>97</sup> La fiducie ouvre des perspectives comparables (voir Code civil, article 2011, titre XIV). Elle amende le modèle exclusiviste tout en s'actualisant dans le champ de l'approprié et d'un rapport spécifique entre constituants et fiduciaires, les premiers étant détenteurs du privilège du transfert des biens, des droits ou des sûretés à des tiers et de leur institution en tant que fiduciaires.

cipe aristotélicien d'accomplissement de soi<sup>98</sup> et à considérer que l'égoïsme rationnel est le seul principe anthropologique que même la théorie économique standard délaisse partiellement aujourd'hui<sup>99</sup>.

Cette forme de propriété se distingue de la propriété des biens matériels conçue comme un droit «intrinsèque» (absolu et perpétuel) des travailleurs à la jouissance exclusive des fruits de leur travail, c'est-à-dire comme un droit propre à chacun, opposable même en l'absence de titre, ou encore du droit de propriété comme d'«un droit socialement mis en œuvre de choisir les usages d'un bien économique»<sup>100</sup>. Le régime des droits de propriété intellectuelle autorise une interprétation qui en fait non pas des droits naturels, ayant un caractère perpétuel et absolu, ni des droits *sui generis* (i.e. spéciaux, temporaires, sans droit de suite, etc.) mais un privilège exclusif, en ce sens que «les objets immatériels (discours, idées etc.) ne sont pas appropriables, les créateurs n'étant pas propriétaires de droit naturel<sup>101</sup>. La société leur alloue des monopoles temporaires d'exploitation, en rémunération de l'utilité de leurs œuvres et inventions. Ce sont des privilèges, pas des droits<sup>102</sup>. L'inappropriable n'est aucunement incompatible avec l'octroi de tels privilèges. Ceux-ci permettent d'introduire un régime de l'inappropriable qui n'exclut pas totalement le régime de la propriété<sup>103</sup>.

La distinction de l'objet et de ses utilités, tout de même que la réservation privative des utilités d'un bien ou encore l'interprétation de la propriété comme un privilège temporaire (conformément à ce qu'elle a pu être durant l'Ancien Régime) constituent autant d'outils pour donner une réalité à l'inappropriable et

<sup>98</sup> «Le principe aristotélicien se formule de la manière suivante: toutes choses égales par ailleurs, les êtres humains aiment exercer leurs talents (qu'ils soient acquis ou innés), et plus ces talents se développent, plus ils sont complexes, plus grande est la satisfaction qu'ils procurent. L'idée intuitive ici est que les êtres humains prennent d'autant plus de plaisir à une activité qu'ils y deviennent plus compétents et, entre deux activités qu'ils exercent également bien, ils préfèrent celle qui fait appel à une plus vaste gamme de jugements plus complexes et plus subtils» – J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris 1987, p. 466–467.

<sup>99</sup> C. Laval, *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, Paris 2007.

<sup>100</sup> «Property right is a socially enforced right to select uses of an economic good» – A.A. Alchian, *Property rights*, [dans:] J. Eatwell et al. (dir.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, The MacMillan Press Limited, New York 1987, p. 1031.

<sup>101</sup> Le droit de jouissance exclusif a été reconnu par la Cour de Cassation dans le cadre de la copropriété (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 déc. 2009: JurisData n° 2009-050590). Il s'agit d'un droit réel qui, sans être un droit de propriété – puisqu'il constitue simplement un usage privatif attaché à la personne du copropriétaire – ne peut être révoqué.

<sup>102</sup> M. Xifaras, *Le copyleft...*, p. 1.

<sup>103</sup> Le droit de propriété, dans l'Ancien régime, était caractérisé par des superpositions d'utilités sur un même bien, selon les usages exercés, au sein de propriétés «simultanées» – voir A.M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris 1989, spéc. n° 28, p. 37 et sqq. et p. 42–43.

proposer des modalités selon lesquelles il puisse se rendre compatible avec un usage des entités soustraites à l'appropriation. Sur certaines entités non appropriables pourraient être octroyée une garantie légale d'exclusivité, *i.e.* la réservation privative des utilités d'un bien. L'entité reste inappropriable pendant que les utilités constituent des supports de privilèges exclusifs.

La garantie légale d'une exclusivité ou réservation privative des utilités d'un bien constituerait donc un modèle pour penser l'inappropriable et le concrétiser. Il serait d'autant plus utile que sont en jeu des biens produits en commun. L'instauration de l'inappropriable irait de pair avec l'ouverture de privilèges temporaires (ou plutôt de droits d'exploitation) sur certaines utilités voire sur certaines entités. Ce faisant, un contrôle par des tiers serait possible et envisageable, en l'occurrence pour des biens naturels, en particulier un contrôle par des organismes nationaux, internationaux ou non gouvernementaux; pour les biens informationnels, un contrôle des parties prenantes de la création; pour les biens culturels, un contrôle public, de l'État ou d'organisations non étatiques. Cependant l'attribution d'exclusivité doit se faire de façon nuancée car si elle signifie l'exclusion des tiers, on se voit reconduit à une conception de la propriété comme exclusion, quand bien même seules les utilités seraient concernées.

## 2.4. Un concept positif de l'inappropriable: exclure l'exclusion?

Au-delà des usages des entités inappropriées que rendrait possible la réservation privative des utilités, la propriété intellectuelle et le *copyleft*<sup>104</sup>, en particulier, offriraient-ils des moyens de conférer une substance positive à l'inappropriable, du fait notamment de la prise de distance qu'il implique à l'égard de la propriété comme maîtrise absolue et exclusive du bien ou de l'entité considéré(e)?

La licence *copyleft* permet d'user, d'étudier, de distribuer, de modifier un logiciel mais pas d'exclure les tiers des modifications dont on est l'auteur. Elle repose, de façon essentielle, sur le principe excluant la possibilité de l'exclusion. Cette modalité présente, dans notre perspective, un intérêt qu'écartait la conception du *bundle of rights* (BoR), cette dernière étant fondée sur l'articulation des

---

<sup>104</sup> Le *copyleft* est un «concept général» qui désigne un ensemble de principes régissant certaines licences de distribution. Ces principes consistent dans le respect de quatre libertés (*freedom to run, study, distribute and improve the source code*) et d'une interdiction. 1. *Run* offre la liberté d'exécuter le programme pour tous les usages. 2. *Study* permet le libre accès au code source. 3. *Distribute* garantit la liberté de donner ou de vendre des copies. 4. *Improve* confère la liberté de modifier le programme, ce qui suppose là encore l'accès au code source. 5. *L'interdiction* est celle de ne pas laisser «libre» les modifications (voir M. Xifaras, *Le copyleft...*, p. 6).

cinq droits d'accès, de prélèvement, de gestion, d'exclusion<sup>105</sup>, d'aliénation<sup>106</sup>. Y demeure, parmi les quatre types de détenteurs de droits de propriété, une catégorie de propriétaires (*owners*), seule détentrice de l'ensemble du faisceau de droits. L'approche du BoR, bien qu'offrant la possibilité de penser la propriété comme relative et partagée entre plusieurs acteurs, réaffirme le principe d'exclusion, quand bien même il ne constituerait plus la composante dominante du faisceau de droits ni même l'attribut central du gouvernement des communs<sup>107</sup>.

Avec le *copyleft* en revanche, se trouve interdite toute appropriation exclusive des fruits du travail collectif<sup>108</sup>. De ce fait, un espace semble s'ouvrir pour l'inappropriable. Le «libre» implique la possibilité d'élargir les droits d'inclusion. Toutefois une nuance distingue celui-ci de l'inappropriable, dans la mesure où ce dernier pourrait être pensé comme une inclusion, de droit, de tous, sans possibilité d'appropriation<sup>109</sup>. L'inclusion signifie la possibilité de l'usage non appropriatif et une responsabilité, *i.e.* le fait d'être concerné par l'entité et sa préservation ou par les modalités de son exploitation.

Plusieurs aspects distinguent le «libre» de l'inappropriable. D'une part, «les auteurs de logiciel libre n'abandonnent pas toutes leurs prérogatives de propriétaires (sauf le nom), puisqu'ils imposent aux futurs utilisateurs des clauses assez strictes de distribution (les quatre libertés et l'interdiction)»<sup>110</sup>. D'autre part, le libre pose toujours la question de la limite, de qui est inclus et qui n'est pas inclus, de ceux qui sont légitimes pour imposer à d'autres des obligations et des restrictions, de qui appartient à la communauté et de qui n'en fait pas partie<sup>111</sup>. Demeure la question – que l'on retrouve toutefois pour l'inappropriable – de savoir qui gère les accès et l'ouverture des accès, sachant que cette responsabilité incombe, dans le «libre», aux auteurs de logiciel et que cette responsabilité participe de leurs prérogatives de propriétaires: *c'est parce qu'il est propriétaire de ses créations* que le créateur a la liberté d'user librement de son bien, jusqu'à décider de ses conditions de distribution. Le «libre» demeure inscrit dans une

<sup>105</sup> Le droit d'exclure permet l'identification du bénéficiaire du droit d'accès et stipule la façon dont le droit à l'accès peut (ou non) être transféré.

<sup>106</sup> E. Schlager, E. Ostrom, *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, «Land Economics», 1992, n° 68(3), University of Wisconsin Press, p. 249–262; E. Ostrom, *Private and common property rights...*, p. 332–379.

<sup>107</sup> F. Orsi, *Réhabiliter la propriété comme bundle of rights: des origines à Elinor Ostrom, et au-delà?*, «Revue Internationale de Droit Économique» 2014, p. 384.

<sup>108</sup> Voir P. Dardot, C. Laval, p. 168.

<sup>109</sup> L'inappropriable constituerait l'extrémité d'un *continuum* dont le *copyleft* représenterait l'un des degrés. Il demeure que cette image ne fait pas totalement droit aux réévaluations interprétatives du concept de propriété que suppose le passage d'une forme d'appropriation à une autre.

<sup>110</sup> M. Xifaras, *Le copyleft...*, p. 7.

<sup>111</sup> P. Dardot, C. Laval, *op. cit.*, p. 175–176.

logique de droits de propriété<sup>112</sup>. Enfin, lorsque l'on appréhende l'inappropriable sur le modèle du *copyleft* et de l'ouverture aux accès qu'il présuppose, on s'enquiert de la gestion des accès, tout en demeurant ancré dans une logique de l'appropriation, certes quelque peu revisitée.

Avec le *copyleft*, le «droit d'inclure» passe certes au premier plan – et prévaut sur le droit d'exclure – puisque le propriétaire originaire a toujours la possibilité de *choisir le partage*. Cette possibilité d'inclusion est essentielle, pour une détermination des usages de l'inappropriable, mais elle ne doit pas être, s'agissant de ce dernier, inféodée à un droit de propriété antécédent.

Bien qu'ouvrant des pistes pour instituer l'inappropriable, le *copyleft* ne permet pas d'en achever la détermination. Cette forme de propriété des biens immatériels, comme privilège exclusif alloué aux créateurs sous forme d'un monopole temporaire d'exploitation de leurs créations, reste fondée – comme dans le modèle souverainiste de la propriété – sur un droit d'exclure les tiers. Certains sont investis du droit et du pouvoir d'exclure des tiers, certains tiers, en l'occurrence ceux qui n'ont pas contribué ou participé. L'effort pour penser un statut de l'inappropriable dont le modèle ne soit pas le commun ou le régime de biens immatériels suppose de se départir de la référence à l'exclusion des tiers, le statut de chaque individu face à l'entité considérée devant être identique. Penser l'inappropriable requiert donc de s'écarter des modèles fournis par les biens informationnels ou par les choses communes car l'un et l'autre demeurent des biens appropriés<sup>113</sup>. L'inappropriable appelle un principe d'égalité dont on verra qu'il s'agit d'un égal respect de l'autre et de l'entité concernée.

L'inappropriable requiert de penser l'impossibilité de toute clôture comme mode de rapport aux entités considérées. La question n'est pas tant celle de l'utilisation et de la réutilisation (ce que permet *wikipédia* ainsi que des logiciels *open source*), dans la mesure où ces biens ne sont pas rivaux, que celle de la récusation de toute exclusivité, de toute «clôture» concernant quelque chose qui est à tous ou qui n'appartient à personne. L'inappropriable supposerait que le droit d'inclure soit attribué, non pas à un propriétaire originaire, mais aux instances ou aux institutions en charge de la gestion des entités, sans titre de propriété. La gestion peut être envisagée soit de façon horizontale et décentralisée, comme pour des communs, soit de façon verticale comme c'est aujourd'hui le cas pour

<sup>112</sup> Or l'attribution de droits exclusifs (*copyright*, brevet) repose sur la reconnaissance d'un rapport fondamental d'appartenance des créations à leur créateur, que ce rapport soit réputé «intrinsèquement» juridique, ou ne devienne juridique que par la médiation de statuts législatifs. C'est sur ce rapport originaire d'appartenance de la création à son créateur que reposent aussi bien le *copyright* que le *copyleft*. Voir M. Xifaras, *Le copyleft...*, p. 9.

<sup>113</sup> «Selon Stallman le *copyright* et le brevet sont chacun dans leur genre des droits de propriété (au sens d'exclusivité), dont l'allocation aux auteurs et inventeurs organise un système propriétaire (*proprietary operating system*)» – M. Xifaras, *Le copyleft...*, p. 3.

certains biens publics et comme cela a été envisagé pour des biens inscrits au patrimoine commun de l'humanité.

Une forme de rivalité pourrait intervenir entre les statuts du *copyleft* et de l'inappropriable en tant que respectivement droit d'inclusion subordonné à l'existence d'un statut de propriétaire et d'un titre de propriété, d'une part, et, d'autre part, l'inappropriable défendant une non appropriation et une inclusion *a priori* de tous, subordonné à la condition d'un usage non appropriatif. *A priori*, l'inclusion est celle de tous – fondée sur des principes de continuité, de libre accès de chacun, et d'égalité – mais le problème est celui des droits d'usage, quand il s'agit de ressources naturelles épuisables voire rares (ce qui n'est pas le cas de l'immatériel), c'est-à-dire quand l'usage suppose la destruction de la ressource. L'inappropriable interviendrait comme une «neutralisation des effets jugés politiquement et moralement délétères de l'exclusivisme»<sup>114</sup> mais en s'appuyant et en procédant en outre à une *subversion* de la propriété. La catégorie du commun comme la réservation exclusive des utilités pour autant qu'elles laissent une place à la possibilité de l'appropriation privative sont insuffisantes. Les frontières et les modalités de l'appropriation, abordées en référence au paradigme de la propriété privée, doivent donc être repensées et c'est à cette fonction que la catégorie d'inappropriable peut être convoquée.

Rien n'interdit à l'inverse, de considérer que l'inappropriable (le non appropriable) régisse le champ des biens communs informationnels. Cette hypothèse trouve des partisans plaçant pour la «reconnaissance de la légitimité inconditionnelle des biens communs informationnels et de leur protection contre l'appropriation (clauses de *copyleft*)»<sup>115</sup>. Cette reconnaissance «suppose un énoncé clair soulignant que les biens communs ne relèvent pas d'un contrat entre parties, mais que chacun est libre d'y verser ce qu'il crée, et que leur statut s'applique à ce que la nature et les générations antérieures ont accumulé. Chacun est libre d'y puiser, pour peu qu'il en respecte le caractère inappropriable»<sup>116</sup>.

Nous défendons donc l'idée que le statut d'inappropriabilité n'a pas à être développé pour «garantir l'usage commun à tous» mais pour prévenir l'appropriation et l'usage abusif, soit dans un intérêt de préservation écologique (préservation des espaces et des ressources naturelles, laquelle peut se justifier par elle-

<sup>114</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>115</sup> Ph. Aigrain, *Cause commune. L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, Paris 2005, p. 233. La doctrine juridique française proposait déjà au XIXe siècle les «droits de police domaniale», désignant un régime applicable au domaine public, celui-ci étant alors réputé n'appartenir à personne (supprimer: en l'occurrence «appartenir au public») mais faisant l'objet de «droits de garde» ou encore de «droits de police» exercés par les autorités publiques pour sa conservation. Parmi ces droits, s'inscrivait celui de s'opposer à l'appropriation privative. Cependant ces droits ont disparu avec la propriété publique du domaine public (nous remercions un lecteur anonyme de ce texte pour cette indication).

<sup>116</sup> Ph. Aigrain, op. cit., p. 233.

même) ainsi que de souci des intérêts collectifs des générations précédentes et à venir, soit par respect du travail collectif et de la non appropriation unilatérale de biens produits en commun. Le principal argument traditionnellement opposé à l'inappropriable est celui des biens laissés vacants, c'est-à-dire celui de la possibilité de l'appropriation privative. Cette crainte motive la défense d'un régime d'appropriation, fut-il aménagé sur le modèle du *copyleft*, pour écarter cette possibilité<sup>117</sup>. Cette inquiétude s'enracine dans l'illusion selon laquelle le non approprié constitue un régime de non droit et se tient hors de toute règle, ce qui n'est pas le cas car l'inappropriable est aujourd'hui régi par des lois et des réglementations (voir le statut de l'Antarctique<sup>118</sup> ou des terres non appropriées et non appropriables). Nous avons voulu montrer que la *terra nullius* ou les *res nullius* n'épuisent pas à eux seuls le statut de l'inappropriable. La question est plutôt celle des mécanismes susceptibles d'être institués pour mettre un frein, concernant certaines entités, à la logique de l'appropriation, à la logique propriétaire ou propriétaire. Elle est aussi celle de leur gestion ainsi que de leur contrôle. Or ces mécanismes seront nécessairement de nature juridique.

## Conclusion

Sans récuser qu'un domaine de choses appropriées et qu'une sphère marchande puissent exister, nous avons voulu montrer qu'il demeurerait possible de réserver un espace à des choses à la fois non appropriées et non appropriables, sans que celles-ci ne tombent ni *de facto* ni *de jure* sous la qualification des choses vacantes. Pour cerner ce statut des choses résolument non appropriables, nous avons exploré plusieurs pistes vers lesquelles nous pensions trouver des modèles interprétatifs d'une non appropriation juridiquement fondée. Plusieurs de ces pistes se sont révélées être des impasses, telles l'inaliénabilité, les choses communes; d'autres sont apparues plus fructueuses, comme la réservation privative des utilités des choses, l'interdiction de l'exclusion des tiers, non soumise à un titre de propriété. Nous n'avons volontairement pas tracé de limites plus larges au domaine de l'inappropriable car son extension dépend des valeurs socialement reconnues et défendues ainsi que, concernant les entités naturelles, de la vision que la société a de son environnement. Cependant nous pensons avoir mis en évidence à la fois les conditions (s'extraire du régime de la valeur, du naturalisme, des perspectives véhiculées par le droit positif contemporain, de l'exclusi-

<sup>117</sup> Le *copyleft* serait préférable pour ne pas demeurer dans un régime consistant à «offrir des ressources gratuites aux systèmes propriétaires» (M. Xifaras, *Le copyleft...*, p. 13).

<sup>118</sup> Voir l'article 4 du Traité sur l'Antarctique qui gèle les prétentions territoriales des États le concernant.

visme de la propriété privée et, positivement, s'appuyer sur la valeur normative du droit) et les éléments normatifs requis pour envisager un concept positif de l'inappropriable non réductible à celui des choses vacantes/sans maître, toujours en devenir d'appropriation.

## Références

- Afeissa H.-S. (dir.), *Éthique de l'environnement. Nature, valeur, respect*, Vrin, Paris 2007.
- Aigrain Ph., *Cause commune. L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, Paris 2005.
- Albin C., *Negotiating International Cooperation: Global Public Goods and Fairness*, ECPR Pan-European International Relations Conference, The University of Kent, September 2001.
- Alchian A.A., *Property rights*, [dans:] J. Eatwell et al. (dir.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, The MacMillan Press Limited, New York 1987.
- Auby J.B., *Propriété et gestion domaniale*, «Droit Administratif», Juillet 2011, n° 7.
- Autour d'Ostrom: communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique* «Revue de la régulation» 2013, n° 14, 2<sup>e</sup> sem., [online] <<http://regulation.revues.org.gate3.inist.fr/10287>>.
- Bégin L., *La revendication écocentriste d'un droit de la nature*, «Laval théologique et philosophique» 1992, vol. 48, n° 3, p. 397–413.
- Belaidi N., Euzen A., *De la chose commune au patrimoine commun*, «Mondes en développement», 2009, n° 145, p. 55–72.
- Bouju J., *La malédiction, l'honneur et la spéculation*, «Bulletin de l'APAD», [online] <<http://apad.revues.org/4006>> (mis en ligne: 15.06.2009).
- Callicott J.B., *In Defense of the Land Ethic: Essays in Environmental Philosophy*, SUNY Press, Albany 1989.
- Callicott J.B., *Beyond the Land Ethic: More Essays in Environmental Philosophy*, SUNY Press, Albany 1999.
- Chardeaux M.-A., *Les choses communes*, préface de G. Loiseau, LGDJ, Paris 2006.
- Chazal J.-P., *La propriété: dogme ou instrument politique? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, «RTD civ.» 2014, p. 763.
- Commons J.R., *The Distribution of Wealth*, Macmillan and Co, Londres 1893.
- Crétois P., *La propriété repensée par l'accès*, «Revue internationale de droit économique», 2014.
- Dardot P., Laval C., *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, La Découverte, Paris 2014.
- Descartes R., *Méditations métaphysiques* 1641], Garnier-Flammarion, Paris 2009.
- Dross W., *Une approche structurale de la propriété*, «RTD. civ.», 2012, p. 419.
- Duguit L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Alcan, Paris 1908.
- Guibet Lafaye C., *Philosophiques*, «Revue de la Société de Philosophie du Québec», Montréal (Canada), printemps 2014.
- Guibet Lafaye C., *L'inappropriable, un impensé*, [dans:] M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, Paris 2016.
- Hermitte M.-A., *Le droit est un autre monde*, «Enquête» 1999, n° 7, [online] <<http://enquete.revues.org/1553>> (mis en ligne: 2.02.2009).

- Hermitte M.-A., *La nature, sujet de droit?*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales» 2011, n° 1.
- Hohfeld W., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, «23 Yale Law Journal» 1913, n°16.
- Honneth A., *La Lutte pour la reconnaissance*, Le Cerf, Paris 2000.
- Jonas H., *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, Paris 1979.
- Lafargue R., *Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles: interdépendances et interdisciplinarité*, Colloque «La réparation des atteintes à l'environnement», Cour de Cassation, 24 mai 2007.
- Laval C., *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, Paris 2007.
- Leopold A., *A Sand County Almanac*, Oxford University Press, New York 1966.
- Mac Luhan T.C., Curtis S. (dir.), *Pieds nus sur la terre sacrée*, Canada 1974.
- Maris V., *Philosophie de la biodiversité (Petite éthique pour une nature en péril)*, Buchet-Chastel, Paris 2010.
- Marx K., *Le Capital* [1867], Livre I, Gallimard, La Pléiade, Paris 1965, vol. 1.
- Mead G.H., *L'esprit, le soi et la société*, PUF, Paris 1963.
- Merrill T.W., Smith H.E., *What happened to property in law and economics?*, «The Yale Law Journal» 2001, n° 2, p. 357–398.
- Orléan A., *L'Empire de la Valeur. Refonder l'économie*, Seuil, Paris 2011.
- Orsi F., *Elinor Ostrom et les faisceaux de droits: l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune*, «Revue de la régulation», Automne 2013, n° 14, [online] <<http://regulation.revues.org/10471>>.
- Orsi F., *Réhabiliter la propriété comme bundle of rights: des origines à Elinor Ostrom, et au-delà?*, «Revue Internationale de Droit Économique» 2014, p. 371–385.
- Ost F., *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris 1995.
- Ostrom E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 1990.
- Ostrom E., *Private and common property rights*, [dans:] *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II: B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), *Civil Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham (GB) 2000, p. 332–379.
- Ostrom E., *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, Princeton – Oxford 2005.
- Ostrom E., Basurto X., *Crafting analytical tools to study institutional change*, «Journal of Institutional Economics» 2011, n° 7, p. 317–343.
- Patault A.M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris 1989, spéc. n° 28.
- Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., F. Pichon (éd.), Paris 1908, vol. I, n° 2329.
- Polanyi K., *La Grande Transformation: Aux origines politiques et économiques de notre temps* [1944], Gallimard, Paris 1983.
- Pothier R.-J., *Traité du droit de domaine de propriété*, Debure-Orléans, Rouzeau-Montaut, 2<sup>e</sup>ème éd., Paris 1766, vol. I, n° 5.
- Rawls J., *Théorie de la justice* [1971], Seuil, Paris 1987.
- Rawls J., *Social Unity and Primary Goods*, [dans:] A. Sen, et B. Williams (éd.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge 1982, p. 164–165.
- Rawls J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993.
- Ricardo D., *Des principes de l'économie politique et de l'impôt* [1817], Garnier-Flammarion, Paris 1999.

- Rochfeld J., *Entre propriété et accès: la résurgence du commun*, «La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant», Autrement, Paris 2009.
- Schlager E., Ostrom E., *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, «Land Economics», 1992, n° 68(3), University of Wisconsin Press, p. 249–262.
- Sen A., *Commodities and Capabilities*, North-Holland, Amsterdam 1985.
- Singer J.W. et al., *Property Law: Rules Policies & Practices*, Wolters Kluwer Law & Business, 4<sup>ème</sup> ed., New York 2014.
- Smith A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations* [1776], Gallimard, Paris 1976.
- Stallman R., Gay J. (dir.), *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, Free Software Foundation 2002.
- Stone C.D., *Should Trees Have Legal Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, «Southern California Law Review», 1972, n° 45, p. 450–501.
- Thomas Y., *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales» 2002, 57<sup>ème</sup> année, n° 6, p. 1431–1462.
- Trolue F., *Le Kanak, le clan et la terre*, «La Terre» – actes du 6<sup>ème</sup> colloque C.O.R.A.I.L. Nouméa 27 au 29 octobre 1993 (CORAIL BP 2448 Nouméa).
- Vanuxem S., *Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus*, «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 2010, n° 1, vol. 64, p. 123–182.
- Viveret P., *Le point de vue d'un philosophe*, «Revue Critique d'écologie politique» 2010, n° 38, p. 78–80.
- Weinstein O., *Comment comprendre les "communs": Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle*, «Revue de la régulation» 2013, n° 14, [online] <<http://regulation.revues.org/10452>>.
- Xifaras M., *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, Paris 2004.
- Xifaras M., *Le copyleft et la théorie de la propriété*, «Multitudes» 2010, n° 41.
- Young O.R., *The politics of international regime formation: managing natural resources and the environment*, «International Organization» Summer 1989, n° 43(3), p. 349–375.
- Zarka Y.C., *L'inappropriabilité de la Terre*, A. Colin, Paris 2013.
- Zenati F., *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, «RTD. civ.» 1993, p. 305.