





L'Encyclopédie des communautés

Éditeur



L'Encyclopédie des communautés





~~Editrice :~~

~~Mise en pages :~~

Cet ouvrage a été réalisé avec Métopes, méthodes et outils pour l'édition structurée XML-TEI développés par le pôle Document numérique de la MRSB de Caen.

~~ISSN~~

ISBN

© ~~éditeur~~, 2024

Adresse

~~Distribution :~~



~~Diffusion :~~



~~Mentions légales ?~~



Sommaire



Avant-propos

Mélanie CLÉMENT-FONTAINE

Professeure de droit privé, Université de Versailles Saint Quentin-en-Yvelines
(Université Paris-Saclay)

Gaële GIDROL-MISTRAL

Professeuse de droit privé, Université du Québec à Montréal (UQAM)

La présente *Encyclopédie des communautés et pratiques communautaires*, extraits choisis, porte sur des phénomènes et des problématiques dont l'importance ne cesse de croître dans tous les aspects de la vie en société.

À titre d'illustration, on note que le savoir trouve parfois sa source dans des objets communautaires tels que l'encyclopédie Wikipédia, que le logement est mutualisé sous la forme d'habitats participatifs, ou encore que l'organisation communautaire s'émancipe des formes habituelles de représentation. Ainsi, le mouvement des Gilets jaunes, apparu en France en 2018, s'est déployé hors des structures syndicales officielles et la société civile, face à l'inaction climatique des États, s'est saisie de questions environnementales, notamment par le truchement de contentieux stratégiques. Les exemples sont légion et témoignent de la place grandissante prises par les pratiques communautaires. S'inscrivant dans l'engouement actuel pour les « communs » et la défiance envers l'action étatique, cette croissance des formes organisationnelles décentralisées s'explique également par l'environnement numérique et les formes inédites d'organisation mutualisée qu'il rend possible.

Toutes ces organisations rencontrent des défis similaires quant à la mise en partage équitable des ressources, la prise de décisions collaboratives et le maintien de la pérennité du projet. C'est pourquoi, il est aujourd'hui utile de recenser ces pratiques communautaires et d'en proposer l'analyse afin de non seulement mieux comprendre leur fonctionnement mais aussi d'offrir une synthèse à même d'inspirer de nouveaux projets.

La publication de l'*Encyclopédie des communautés et pratiques communautaires*, extraits choisis, préfigure la publication d'une version enrichie sur la plateforme d'édition en accès ouvert de l'Université Paris-Saclay.

La démarche adoptée a pour vocation de répondre aux attentes des pouvoirs publics qui s'interrogent sur ces diverses pratiques collaboratives, des acteurs du milieu communautaire qui cherchent à parfaire leur fonctionnement, et du milieu académique en quête d'une référence synthétique du domaine.

L'originalité de ce travail collectif tient à la fois à la méthodologie retenue, à son caractère pluridisciplinaire et à son organisation encyclopédique :

La méthodologie adoptée consiste à conceptualiser la notion de communauté. La définition et les critères retenus au terme de ce processus sont proposés aux auteurs et autrices¹ comme un postulat qu'il convient de discuter à l'aune des pratiques et des théories, des cultures et du droit, d'ici et d'ailleurs, d'hier, d'aujourd'hui et de demain.

L'approche pluridisciplinaire révèle combien les organisations communautaires sont une composante inhérente à la vie en société dans tous ses aspects essentiels, que ce soit à propos de l'habitat, du partage des ressources, de l'écologie, du travail, de l'éducation... dont rendent compte les études en sociologie, économie, gestion ou encore en technologie. Dans ce contexte, le droit n'est qu'un outil parmi d'autres dont l'objet devrait rendre possible et pérenne ces formes d'organisation sociale.

Le choix de la forme encyclopédique est motivé par le souhait d'offrir un corpus doctrinal contenant à la fois des analyses savantes mais aussi des réponses pratiques sur les communautés et les pratiques communautaires.

En somme, l'*Encyclopédie des communautés et pratiques communautaires, extraits choisis*, repose sur l'étude d'organisations qui se fédèrent autour d'un intérêt communautaire ou d'une ressource en renversant la perspective des « communs » afin de proposer une approche organique, technique mais aussi théorique. Si les communautés et pratiques communautaires intéressent particulièrement le droit, les enjeux soulevés appellent également une approche transdisciplinaire et interculturelle qui seule permet de nourrir pleinement les débats sur la crise de la représentation sociale.

1. Voir la notice « La notion de communauté : postulat de départ à l'épreuve de la critique ».



La notion de Communauté : postulat de départ à l'épreuve de la critique

Mélanie CLÉMENT-FONTAINE

Professeure de droit privé, Université de Versailles Saint Quentin-en-Yvelines
(Université Paris-Saclay)

Gaële GIDROL-MISTRAL

Professeure de droit privé, Université du Québec à Montréal (UQAM)

Au terme d'un processus de conceptualisation de la notion de Communauté, une définition et des critères ont été retenus. Ils sont proposés aux auteurs et autrices du présent ouvrage comme un postulat de départ qu'il convient de discuter à l'aune des pratiques et des théories, des cultures et du droit, d'ici et d'ailleurs, d'hier, d'aujourd'hui et de demain.

Mots clés : Communauté d'intérêt(s), Communauté de chose, Intérêt collectif, Intérêt communautaire, Propriété collective, Propriété individuelle, Sentiment d'appartenance

Le projet de recherche sur les communautés et les pratiques communautaires¹ est né de la conviction que les communautés construisent de nouveaux rapports sociaux marqués par le partage des jouissances et la solidarité intergénérationnelle en vue de poursuivre un intérêt collectif, et jouent un rôle enclin à se développer à la fois dans et hors de l'économie de marché et du droit positif.

Les communautés ont évolué dans l'histoire. Elles résultent sans doute actuellement autant d'une nécessité sociale que de volontés individuelles qui se rencontrent et s'unissent dans un même but, telle la préservation d'un écosystème, la défense d'un patrimoine culturel ou la protection de l'environnement pour les générations futures. Ainsi, les communautés

1. Nous reprenons dans ces lignes en partie notre « Introduction au numéro spécial », de la *Revue de Droit de l'université de Sherbrooke (RDUS)*. Alexandra POPOVICI, Mélanie CLÉMENT-FONTAINE & Gaële GIDROL-MISTRAL, *RDUS*, 2020-2021, vol. 50, n° 1-2-3, p. 23-25. DOI : 10.7202/1088126ar



villageoises ou les confréries de métiers d’hier ne sont plus l’apanage des communautés et pratiques communautaires d’aujourd’hui. Ces dernières, à la différence des premières, regroupent fréquemment des personnes aux horizons variés² décidées à mener collectivement une action en marge ou en collaboration avec les institutions, qu’elles soient publiques (État, collectivités territoriales...) ou privées (associations, fondations, voire entreprises).

Pour s’adapter aux enjeux et aux impératifs de l’économie libérale et mener à bien la poursuite de leur objectif, les communautés recourent à des outils juridiques éclectiques, parfois de manière inattendue³. Constatant que les pratiques communautaires étaient innombrables, nous nous sommes interrogées sur l’intérêt d’un tel phénomène. Sous le prisme juridique⁴, une telle interrogation conduit inexorablement à se demander si la communauté⁵ correspond à une notion émergente à laquelle nous pouvions attacher des effets juridiques particuliers.

La Communauté, telle que nous l’entendons, *est constituée d’un groupe de personnes qui partagent un but, un intérêt et parfois un bien commun et qui établissent des relations sociales privilégiées entre elles, reposant sur des règles propres et évolutives sans avoir recours à la création d’une personne juridique.*

Cette définition de la communauté met en exergue plusieurs critères qui permettent de la distinguer d’autres formes d’organisations sociales :

1. la communauté repose sur une démarche privée qui coexiste avec, voire concurrence, les organisations publiques ;
2. la communauté ne se définit pas de manière organique par ses membres⁶, mais par sa fonction qui consiste à poursuivre un intérêt déterminé ;

2. La diversité des profils est sociale, culturelle, générationnelle ou encore économique.

3. À titre d’illustration, voir : *Autogestion, l’encyclopédie internationale*, Syllepse, 2014 (téléchargement libre et gratuit disponible sur le site Internet de l’éditeur).

4. Bien que cette notion s’illustre aussi d’un point de vue économique, sociologique ou écologique, le présent dossier se concentre principalement sur les questions juridiques.

5. La méthode retenue consiste à poser une définition de la communauté à partir des éléments d’observation que nous avons identifiés et qui nous sert d’hypothèse de travail. Nous utilisons le singulier lorsqu’il s’agit de la notion de « communauté » ainsi décrite et le pluriel lorsque, suivant une démarche empirique, nous observons des pratiques communautaires.

6. Pour un développement consacré aux caractères poreux et d’extranéité de la communauté, voir : CLÉMENT-FONTAINE Mélanie, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », *Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA)*, 2013, vol. 1, n° 235, p. 112.

3. chaque communauté poursuit un seul intérêt que nous qualifions d'intérêt collectif⁷ ;
4. l'intérêt collectif, extériorisé par une finalité communautaire, permet d'identifier la communauté sans qu'il soit besoin de recourir, comme c'est le cas pour les personnes morales, à la technique de la personnalité juridique ;
5. les règles de fonctionnement de la communauté servent la poursuite de l'intérêt collectif. Il s'agit de règles *ad hoc* et non d'un cadre institutionnel prédéfini à l'instar d'une entreprise ou d'une association.

Si les communautés interpellent le droit dans sa technicité, c'est parce qu'elles sont des espaces de solidarité, de partage et de création de richesses qui évoluent hors du cadre de la personnalité juridique et du droit subjectif qui y sont attachés. Bousculant les frontières de certains concepts ou dogmes du droit civil, elles entrent frontalement en opposition avec l'ensemble des notions fondamentales que sont la personne, le patrimoine et la responsabilité, armature technique de la tradition civiliste.

Bien que la communauté échappe, au moins en partie, au cadre juridique positif, il semble possible d'affirmer qu'une communauté est

7. Pour une définition de l'intérêt collectif comme intérêt autonome de l'intérêt commun, envisagé en tant que somme des intérêts individuels, voir : GIDROL-MISTRAL Gaële, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du *Code civil du Québec* », *Revue Générale du Droit*, 2016, vol. 46, n° 1, p. 106. DOI : 10.7202/1036575ar. (Lire en particulier la note 6 et p. 124-125 et 136-137.) Alors que la somme de plusieurs intérêts individuels converge vers un intérêt commun, la communauté, au contraire, opère une transmutation des intérêts individuels en un intérêt autonome, générant un véritable intérêt collectif. Voir également : VAN DE KERCHOVE Michel, « L'intérêt de la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal », in François Ost, Michel Van de Kerchove & Philippe Gérard, (dir.), *Droit et intérêt : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, vol. 3, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 97 ; FRANCK Jérôme, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in Liber Amicorum & Jean Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz-Sirey, 2004, p. 410 ; ZENATI-CASTAING Frédéric & REVET Thierry, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2008, p. 519-520 ; GIDROL-MISTRAL Gaële, *Entre communauté et indivision : relire la clause d'accroissement*, Institut de Recherche Juridique Sorbonne, Coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, tome 122, 2023, préface Frédéric Zenati-Castaing. Pour une autre définition de l'intérêt collectif, voir : ROCHFELD Judith, CORNU Marie & MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche n° 17-34, avril 2021, spéc. p. 337 et 338. [En ligne, consulté le 1^{er} juillet 2024] www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/Rapport-17-34-final-Juin-2021.pdf

nécessairement un phénomène juridique dans le sens où ses règles de fonctionnement reposent sur l'approbation d'un groupe social. Pour autant, une telle constatation laisse en suspens la portée juridique de la communauté à l'égard des personnes qui n'en sont pas membres. Autrement dit, la difficulté n'est pas tant la réglementation interne de la communauté – bien au contraire, c'est leur auto-organisation qui aiguise l'intérêt de l'étude –, mais leur interaction avec l'extérieur. L'intérêt collectif poursuivi par la communauté doit, en effet, pouvoir se manifester auprès des tiers, soit qu'il suscite leur adhésion, soit à défaut qu'il faille le défendre contre ces tiers.

En somme, notre démarche est de situer les communautés dans un état de droit plutôt que de les cantonner à des choix individuels. Autrement dit, l'intuition qui préside cette étude repose sur l'hypothèse qu'une communauté est un phénomène dont l'existence est déterminée par la société (détermination objective) et non uniquement par l'individu (détermination subjective)⁸ alors même qu'il a pour genèse la rencontre de volontés individuelles pour élaborer des règles qui dépassent les institutions définies en droit positif, voire pour s'y soustraire. S'il paraît utile d'insister sur ce point, c'est précisément parce que les communautés contemporaines s'inscrivent dans le débat de la distinction du droit et du non-droit théorisée par Jean Carbonnier⁹ et depuis repensée. Selon la théorie de Jean Carbonnier, « le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent¹⁰ », étant précisé par l'auteur que « les phénomènes de non-droit sont les mécanismes par lesquels le droit se retire¹¹ » et qu'il lui semble que « le non-droit est tantôt objectivement donné par la société, tantôt subjectivement choisi par l'individu¹² ». Suivant ce raisonnement, les communautés qui sont l'objet de notre étude soulèvent la question qui consiste à se

8. Cette distinction est empruntée de l'étude de Ricci Roland, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non droit » in Raymond Verdier (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 145-165. DOI : 10.4000/books.pupo.2588.

9. CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001.

10. *Ibid.*, p. 25-26.

11. *Ibid.*, p. 27.

12. *Ibid.*, p. 28.

demander si elles doivent être rangées dans la sphère juridique ou non juridique. En effet, les démarches communautaires sont parfois teintées d'une idéologie politique que l'on pourrait résumer à des inspirations anarchiques¹³ ou libertaires¹⁴ et, dans une moindre mesure, elles éclosent pour pallier l'inadéquation de la réponse économique ou politique aux problèmes culturels ou environnementaux par exemple. La méthodologie scientifique qui conduisit Jean Carbonnier au concept de non-droit a été contestée, notamment par Roland Ricci¹⁵ qui, s'appuyant sur une conception différente du phénomène juridique, explique « de manière un peu provocante [...] que, dans tous les cas, le non-droit n'existe qu'à l'intérieur des espaces juridiques, c'est-à-dire du "droit étatique"¹⁶ ». Or, même en introduisant cette nuance, l'hypothèse du non-droit constitue une méthode d'analyse des communautés pertinente pour repenser le droit positif, car elle conduit à s'extraire de l'emprise dogmatique des concepts juridiques qui constituent l'architecture du droit civil¹⁷.

Notre conception de la communauté nous a conduit à nous détacher d'une approche simplificatrice de l'emprise individuelle de la personne sur les choses qui caractérise la lecture monolithique de la propriété au sens du Code civil¹⁸. Le lien d'appropriation n'est plus nécessairement un lien entre une personne et une chose¹⁹, mais un pouvoir qui engendre des

13. Voir à titre d'illustration : PERRON Richard, *Militantisme libertaire et action communautaire dans le quartier Pointe-Saint-Charles à Montréal : le cas du Collectif 7 à nous (2009-2012)*, Mémoire de maîtrise en sociologie, Université du Québec à Montréal, 2016. [En ligne, consulté le 1^{er} juillet 2024.] URL : archipel.uqam.ca/9391/1/M14628.pdf

14. Qui seront évoqués dans nos exemples.

15. RICCI Roland, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non droit », *op. cit.*

16. *Ibid.* § 64.

17. *Ibid.* § 65 : « L'hypothèse du non-droit, telle que définie par Jean Carbonnier, même si elle doit être réexaminée à la lumière des éléments qu'apporte la théorie du droit, demeure un instrument de connaissance des systèmes normatifs juridiques. Elle permet notamment d'échapper à l'illusion positiviste qui nous propose une vision réductrice du phénomène juridique et renonce à l'expérimentation en tant qu'acte de connaissance des objets juridiques. »

18. CLÉMENT FONTAINE Mélanie & GIDROL-MISTRAL Gaële, « La propriété, vice versa (Propos introductifs) », in Mélanie Clément-Fontaine et Gaële Gidrol-Mistral (dir.), *La propriété en droit civil in or out ?*, Actes du colloque Versailles 06-2022, Lex Electronica, 2024, vol. 29, n° 2, p. 4-11, spéc. § 3 et suiv. [En ligne, consulté le 1^{er} juillet 2024.] URL : www.lex-electronica.org/en/s/3024.

19. GIDROL-MISTRAL Gaële (dir.), « Quel avenir pour les droits subjectifs », *Revue Communitas*, 2022, vol. 3, n° sp. 2.

devoirs vis-à-vis d'autrui et de la chose²⁰. La propriété se charge d'une fonction communautaire et peut s'appréhender sous de nouvelles formes telle l'appropriation collective. Ce cheminement nous permet de conclure qu'aborder la question sous l'angle de l'absence de propriété et de communs (ou de biens communs)²¹ est insuffisant à rendre la communauté effective, c'est-à-dire lui reconnaître des moyens juridiques de défendre ce pourquoi elle existe, à savoir un intérêt collectif. Devant les difficultés à appréhender la notion protéiforme de propriété collective²², il était nécessaire que la doctrine se saisisse de la question de l'appropriation communautaire, car elle met en œuvre un imaginaire juridique étranger à la logique propriétaire du Code civil et se heurte à de fortes résistances qui proviennent tant de l'attachement à la propriété individuelle construite autour du dogme subjectiviste que d'une perception figée de la propriété collective²³. Or, les réflexions menées sur la propriété collective comme celles menées sur les communs peinent à donner à la communauté une assise juridique en dehors du schème conceptuel de l'intérêt individuel et de la responsabilité personnelle. Aussi, même si « la muraille²⁴ » de la propriété individuelle se fissure, le régime juridique de ce modèle communautaire reste encore à inventer. Pour parvenir à s'extraire de cette impasse, il fallait quitter un temps le terrain de l'avoir (propriété et bien

20. GIDROL-MISTRAL Gaële & POPOVICI Alexandra, « Duguit Appropriated: The Case of Trusts and Collective Ownership in Québec », in Paul Babie & Jessica Viven-Wilksch (dir.), *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property*, Singapour, Springer, 2019, p. 311-327.

21. Il serait vain d'être exhaustive sur la somme des travaux relatifs aux communs et aux biens communs tant ils sont nombreux. Voir notamment, parmi les plus récents : Clément-Fontaine Mélanie, Dulong de Rosnay Mélanie, Jullien Nicolas & Zimmermann Jean-Benoît (dir.), « Communs numériques : une nouvelle forme d'action collective ? », *terminal*, 2021, n°130. DOI : 10.4000/terminal.7484 ; Rochfeld Judith, Cornu-Volatron Marie & Orsi Fabienne (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, Quadrige, 2e éd., 2021 ; Dulong de Rosnay Mélanie & Stalder Felix, « Digital Commons », *Internet Policy Review*, 2020, vol. 9, n° 4. DOI : 10.14763/2020.4.1530 ; Zimmermann Jean-Benoît, *Les communs : Des jardins partagés à Wikipedia*, Paris, Libre et Solidaire, 2020.

22. En rupture avec une doctrine majoritaire présentant l'indivision comme une forme de propriété collective voir : Zenati-Castaing Frédéric, « La propriété collective existe-t-elle ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 607 ; Gidrol-Mistral Gaële, *Entre communauté et indivision : relire la clause d'accroissement*, op. cit. ; Clément-Fontaine Mélanie, *L'œuvre libre*, préface Michel Vivant, Bruxelles, Larcier, 2014.

23. GIDROL-MISTRAL Gaële, *Entre communauté et indivision : relire la clause d'accroissement*, op. cit. ; Clément-Fontaine Mélanie, *L'œuvre libre*, op. cit.

24. ZENATI Frédéric, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 et suiv.

commun) pour se concentrer sur celui de l'intérêt, ce qui revient, pour le dire simplement, à approfondir la notion de communauté et d'intérêt communautaire.

La Communauté qui, rappelons-le, n'est ni dotée de la personnalité juridique ni titulaire de droits subjectifs, soulève de nombreuses questions d'ordre conceptuel autant que technique, juridique autant que politique. Comment organiser les prises de décisions au sein de la communauté ? Le droit étant collectif, qui est responsable des dettes de la communauté ? Sans personnalité juridique, qui peut agir en justice pour défendre l'intérêt de la communauté ? Quelle est la légitimité de la communauté pour défendre tel ou tel intérêt²⁵ ? Cette relecture de la communauté ne peut en effet faire l'économie de sa confrontation aux trois notions qui sont les piliers de notre droit civil : la personne, la propriété et la responsabilité.

La définition de la communauté proposée ainsi que les critères retenus nous ont permis de poser une première distinction entre deux catégories de communautés, celles qui s'érigent autour d'un intérêt, que nous appelons les « communautés d'intérêt » et celles qui s'organisent pour gérer ou produire un objet (bien, chose, territoire physique), que nous appelons les « communautés de chose(s) ». Cette distinction pour présenter la diversité des pratiques communautaires n'a pas pour effet de morceler la notion de communauté qui, à ce stade de notre réflexion, se définit par *un et un seul intérêt*. Il en découle plusieurs conséquences que nous avons voulu vérifier lors des deux colloques organisés respectivement les 11 juin et 11 octobre 2019 à Paris et à Montréal²⁶.

Tout d'abord, les exemples de communautés ou de pratiques communautaires présentés durant ces deux colloques montrent que les communautés ont un *objectif unique*, telle la préservation d'un espace, d'un bien écologique, agricole ou culturel ou la production de connaissances. Autrement dit, ce qui définit la communauté, ce ne sont pas les personnes qui la composent mais l'intérêt collectif mis en œuvre, de sorte qu'un individu

25. Cette liste de questions n'est, bien entendu, pas exhaustive.

26. Certaines conférences ont donné lieu à publication, voir : POPOVICI Alexandra, CLÉMENT-FONTAINE Mélanie & GIDROL-MISTRAL Gaële, « Communautés et pratiques communautaires », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke – RDUS*, 2022, vol. 50, n° spé. 1-2-3, p. 3-21. DOI : 10.7202/1088126ar

peut faire partie de plusieurs communautés et que toute communauté est donc nécessairement une communauté d'intérêt. En somme, l'intérêt fédérateur est celui qui permet d'identifier chaque communauté et de les distinguer les unes des autres, puisqu'il est propre à chacune d'elle. Dès lors que l'intérêt collectif fait communauté, il met en œuvre un intérêt unique que nous qualifions d'intérêt communautaire. Comme tout intérêt collectif²⁷, l'intérêt communautaire est supérieur à la somme des intérêts individuels qu'il transcende pour constituer un intérêt autonome. Sa particularité est d'être propre à une communauté.

La détermination de l'intérêt communautaire structure la communauté dont les règles d'organisation convergent vers cet intérêt et évoluent afin de le servir²⁸. Dans la mesure où l'*affectio communio* réside dans l'adhésion à cet intérêt, l'appartenance communautaire dépend du positionnement vis-à-vis de ce dernier, de sorte que toute personne attachée à cet intérêt peut se déclarer membre de la communauté et, inversement, en sort lorsqu'elle se détache de cet intérêt. La communauté est donc poreuse et teintée d'extranéité, ce qui est gage de dynamisme et, si l'équilibre est trouvé, de pérennité.

La communauté d'intérêt est nécessairement une communauté d'intérêt au singulier. Ainsi, lorsqu'une personne fait partie de plusieurs communautés dont les intérêts s'excluent, la force de l'intérêt communautaire doit la conduire à choisir et à se retirer des communautés qui sont étrangères à l'intérêt défendu.

La communauté de chose(s) constitue une sous-catégorie très fréquente de la communauté d'intérêt. Elle a pour particularité de placer une chose, matérielle ou immatérielle, au centre de l'intérêt collectif. Dans cette hypothèse, l'intérêt communautaire, qui peut consister à partager, préserver, collecter ou produire à des fins culturelles, sociales et écologiques, porte sur une chose commune. Pour autant, la singularité de la communauté ne réside pas dans cette chose mais dans l'intérêt communautaire, si bien qu'une même chose peut être au cœur de plusieurs communautés. Les

27. Voir *supra*.

28. À titre d'exemple, voir : Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », *op.cit.*

communs numériques, voire fonciers (ressources naturelles, habitats), peuvent ainsi être l'objet de l'intérêt collectif de plusieurs communautés.

Suivant une telle approche, puisque l'ensemble des membres converge vers un intérêt unique, il ne peut y avoir de conflit d'intérêts au sein d'une même communauté; en revanche, des conflits d'intérêts ne sont pas à exclure entre la communauté et les tiers, parmi lesquels on compte d'autres communautés. Bien sûr, ces réflexions sur la notion de communauté soulèvent les questions de leur légitimité et de leur responsabilité, au cœur d'enjeux sociétaux importants auxquelles il nous faudra répondre.

Dans le cadre de notre recherche sur les communautés, il nous est apparu essentiel de recenser au sein de cette étude, et plus largement d'une encyclopédie²⁹, les diverses pratiques communautaires, c'est-à-dire les formes de gouvernance des communautés qui trouvent leur source dans des usages, des traditions ou encore des textes de natures diverses, qui favorisent l'émergence d'un métissage culturel des organisations. L'objectif est de révéler la force créative des communautés afin de renforcer leur légitimité et de répondre adéquatement à leur responsabilité, de sortir d'une vision juridique dogmatique, d'accompagner et de favoriser le dynamisme social qu'elles portent.

Bibliographie indicative

CLÉMENT-FONTAINE Mélanie, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 2013/1, 2013. [En ligne, consulté le 22/07/2024.]. URL : hal.uvsq.fr/hal-01840698

— *L'œuvre libre*, préface Michel Vivant, Bruxelles, Larcier, 2014.

Clément-Fontaine Mélanie, Dulong de Rosnay Mélanie, Jullien Nicolas & Zimmermann Jean-Benoît (dir.), « Communs numériques : une nouvelle forme d'action collective ? », *terminal*, 2021, n° 130. DOI : 10.4000/terminal.7484

CLÉMENT-FONTAINE Mélanie & GIDROL-MISTRAL Gaële, « La propriété, vice versa (Propos introductifs) », in Mélanie Clément-Fontaine et Gaële Gidrol-Mistral (dir.), *La propriété en droit civil in or out ?*, vol. 29, n° 2, Lex Electronica, p. 4-11.

Dulong de Rosnay Mélanie & Stalder Felix, « Digital Commons », *Internet Policy Review*, 2020, vol. 9, n° 4. DOI : 10.14763/2020.4.1530

29. Cette publication d'extraits choisis préfigure l'encyclopédie *Les pratiques communautaires et les communautés* sous notre direction, à paraître en ligne.

GIDROL-MISTRAL Gaële, *Entre communauté et indivision : relire la clause d'accroissement*, Institut de Recherche Juridique Sorbonne, coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, tome 122, 2023, préface Frédéric Zenati-Castaing.

—, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du *Code civil du Québec* », *Revue Générale du Droit*, 2016, vol. 46, n° 1, p. 106. DOI : 10.7202/1036575ar.

GIDROL-MISTRAL Gaële (dir.), « Quel avenir pour les droits subjectifs », *Revue Communitas*, 2022, vol. 3, n° sp. 2.

GIDROL-MISTRAL Gaële & POPOVICI Alexandra, « Duguit Appropriated: The Case of Trusts and Collective Ownership in Québec », in Paul Babie & Jessica Viven-Wilksch (dir.), *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property*, Singapur, Springer, 2019, p. 311-327.

FRANCK Jérôme, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in Liber Amicorum & Jean Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz-Sirey, 2004.

POPOVICI Alexandra, CLÉMENT-FONTAINE Mélanie & GIDROL-MISTRAL Gaële, « Communautés et pratiques communautaires », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke – RDUS*, 2022, vol. 50, n° spé. 1-2-3, p. 3-21. DOI : 10.7202/1088126ar

Rochfeld Judith, Cornu-Volatron Marie & Orsi Fabienne (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, Quadrige, 2e éd., 2021.

VAN DE KERCHOVE Michel, « L'intérêt de la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal », in François Ost, Michel Van de Kerchove & Philippe Gérard, (dir.), *Droit et intérêt : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, vol. 3, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1990.

ZENATI-CASTAING Frédéric, « La propriété collective existe-t-elle ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Gobeaux*, Paris, Dalloz-LGDJ, 2009.

ZIMMERMANN Jean-Benoît, *Les communs : Des jardins partagés à Wikipedia*, Paris, Libre et Solidaire, 2020.

La communauté génératrice de droit social dans la pensée de Georges Gurvitch

Garance NAVARRO-UGÉ
Docteure en droit public

L'autrice nous présente la pensée de Gurvitch relative aux communautés et aux pratiques communautaires qui sont à l'origine d'un droit spécifique sans domination et une alternative au droit individuel : pour Gurvitch, le droit social est la forme de droit adaptée à l'organisation juridique interne des communautés. Ses travaux, menés dans la première moitié du xx^e siècle, raisonnent avec la notion de communauté telle qu'elle a été définie comme postulat de départ au présent ouvrage et qui présidera *l'Encyclopédie Communautés et pratiques communautaires*.

Mots clés : Communs, Démocratie, Droit individuel, Droit social, Propriété fédéraliste, Propriété individuelle, Transpersonnalisme

Au sein des sciences sociales, Gurvitch est un météore difficile à saisir. De par son approche interdisciplinaire, il ne s'en remet pas au paradigme d'un champ de recherche spécifique et opère toujours un balancement entre les disciplines : le droit, la philosophie et la sociologie forment chez lui le « tripode d'une réflexion pluridisciplinaire¹ ». Dans cet entrelacs, le concept de droit social est un fil conducteur, traversant ses œuvres depuis ses écrits de jeunesse² au *Traité de sociologie*³. Toutefois, les œuvres portant expressément sur les conceptions relatives à la théorie générale du droit social se concentrent entre 1931 et 1935 – *Le temps présent et l'idée du droit social*; *L'idée du droit social*; *L'expérience juridique et la philosophie*

1. LE GOFF Jacques, *Georges Gurvitch le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, coll. Le Bien commun, 2004, p. 13.

2. GURVITCH Georges, *Écrits Allemands, tomes I, II, III*, trad. et éd. Christian Papilloud et Cécile Rol, Paris, L'Harmattan, 2005-2006 ; *id.*, *Écrits russes, Écrits de jeunesse*, trad. et éd. Cécile Rol et Mikhaïl Antonov, Paris, L'Harmattan, 2006.

3. GURVITCH Georges (dir.), *Traité de sociologie, tomes I & II*, Paris, PUF, 1958-1960.

*pluraliste du droit*⁴. Il faut en sus ajouter *La Déclaration des droits sociaux*⁵ initialement publiée en 1944 à New York.

Gurvitch, né en 1894 dans l'Empire russe et mort en 1965 en France, a été le témoin des révolutions sociales qui traversent l'Europe de son temps. Il fut un acteur de la révolution soviétique, un observateur attentif de la République de Weimar, des soubresauts d'une démocratie industrielle française du début des années 1930 et du *New Deal* de Roosevelt⁶. Plusieurs fois contraint à l'exil, entre l'URSS et la France à la suite de ses critiques du pouvoir bolchevique, puis entre la France et les  tats-Unis en 1940, menacé par le régime de Vichy, il se méfie de l'état et de son droit et conserve cette position critique dans ses travaux théoriques. Le droit social est un concept central chez Gurvitch, il ne peut être analysé sans prendre en compte ces aspects biographiques.

En effet, dès 1918, Gurvitch participe au *soviet* de l'usine de locomotives de Putilov   Saint-Pétersbourg. A posteriori, il souligne qu'avant l'avènement au pouvoir des communistes, « ceux qui [...] organisaient [les soviets] étaient pénétrés [...] des idées proudhoniennes⁷ ». En tout cas, l'influence de Proudhon sur Gurvitch est majeure et il embrasse son idéal autogestionnaire. Son engouement pour les expérimentations démocratiques dans les usines est clair, si bien qu'il désire « Tout le pouvoir pour les soviets ! » et l'exprime dans un article en russe⁸. Son expérience de la société russe révolutionnaire marque la spécificité de Georges Gurvitch dans toutes les périodes de son œuvre, ce qui fera dire à Claude Lévi-Strauss :

4. GURVITCH Georges, *L'idée du droit social, notion et système du droit social histoire doctrinale depuis le xvii  siècle jusqu'à la fin du xix  siècle*, Aalen, Scientia Verlag, 1972 [Paris, Sirey, 1932] ; *id.*, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932 ; *Id.*, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935.

5. Voir *Id.*, *La Déclaration des droits sociaux*, New York,  ditions de la Maison française, 1944.

6. *Id.*, « Libéralisme et Communisme : une réponse à M. Ramón Fernández », *Esprit*, vol. 2, né 21, 1934, p. 448-452. [En ligne.] URL : www.jstor.org/stable/24560342

7. DUVIGNAUD Jean, « Georges Gurvitch : une théorie sociologique de l'autogestion », *Autogestion*, né 1, 1966, p. 5-12. DOI : 10.3406/autog.1966.884

8. GURVITCH Georges, « Vse Vlast Sovetam » (Tout le pouvoir aux soviets !), *Sbornik statei po proletarskoi revoliutsii i pravu* (Recueil d'articles sur la révolution prolétarienne et le droit), Petrograd, 1918, p. 1-21 [en russe], repris dans ANTONOV Mikha l, « La théorie du droit de Georges Gurvitch et ses origines philosophiques russes », *Droit et société*, vol. 3, né 94, 2016, p. 503-512. DOI : 10.3917/drs.094.0503

C'est dans cette confrontation entre une position philosophique franchement avouée et une expérience concrète vécue que Gurvitch découvre une possibilité de surmonter le conflit traditionnel de la pensée sociologique. On est autorisé de croire que cette expérience concrète représente le véritable fondement de sa contribution, et qu'il lui donne sa valeur originale, en même temps que sa profonde signification⁹.

Dès le début des années 1930, Gurvitch se consacre pleinement à l'analyse du droit social tant dans l'histoire des idées que dans les pratiques communautaires. Gurvitch n'est l'inventeur ni du terme ni du concept : l'objectif de ses thèses de 1931 et 1932 est de systématiser les conceptions relatives à un droit naissant dans la société et de restituer la genèse historique d'un concept développé depuis l'humanisme de Hugo Grotius (1583-1645), jusqu'à la période contemporaine. Dans *Le temps présent et l'idée du droit social*, il propose une analyse des phénomènes sociaux issus des mondes ouvriers français, allemand et anglais entre 1920 et le début des années 1930. Il apporte une contribution intellectuelle personnelle en reliant l'analyse d'un certain type de communauté humaine à la génération d'une forme de droit spécifique naissant spontanément dans la société et traduisant des valeurs différentes de celles du droit fixé d'avance provenant des organes de l'État.

Le droit social est un droit spécifique qui entre en contradiction avec les catégories établies du droit positif de source étatique (celui principalement étudié dans les facultés de droit) et avec l'individualisme juridique comme unique fonction du droit. En s'appuyant sur l'exemple des communautés traduisant l'autogestion ouvrière (les conventions collectives nées spontanément, les conseils d'usine, les règlements d'atelier, les conseils nationaux économiques, etc.¹⁰), Gurvitch observe des formes juridiques traduisant des rapports de coordination entre les individus et de convergence

9. LÉVI-STRAUSS Claude, « La sociologie française », in Georges Gurvitch (dir.), *La sociologie au xx^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 1947, p. 541.

10. Il s'intéresse aussi à la communauté de travail allemande en tant qu'« union permanente entre les syndicats ouvriers et patronaux pour régler d'un commun accord la direction de l'industrie en pleine indépendance de l'État ». Cette union a existé de 1918 à 1924. Voir GURVITCH Georges, *Le temps présent et l'idée du droit social*, op. cit., p. 14 ; id., « Première Section. Les tendances actuelles de la doctrine du droit ouvrier et l'idée du droit social », *Le temps présent et l'idée du droit social*, op. cit., voir notes p. 55-65 et 84-99.

d'intérêts qui ne correspondent pas aux relations contractuelles ou, plus généralement, aux canons du droit individuel. Ces rapports juridiques fondés sur des liens de solidarité permettent de penser un droit où la liberté de l'individu « est conciliable avec l'intérêt du groupe social¹¹ ». Il s'agit bien ici de l'objectif principal de Gurvitch qui cherche à revoir l'organisation générale du droit au regard de ces rapports collectifs hors domination, un droit spont n  qui aménage la relation entre les individus et un groupe.

Ce point de vue se résume dans le transpersonnalisme, une conception éthique particulière ouvrant une troisième voie entre l'universalisme – recherchant une vérité, ou une idée universelle qui lierait l'humanité et l'individualisme – pensant la société et le droit formés par et pour les individus. Le transpersonnalisme conçoit dans le même mouvement l'individu et le groupe : l'individu est pénétré par le groupe et inversement, ils jouissent d'une égale dignité.

Ainsi, les pratiques communautaires sont analysées par Gurvitch comme les fondements d'un droit spécifique, alternatif au droit individuel, qu'est le droit social. Pour le saisir, il faut nécessairement observer une communauté de personnes qui cherche à faire vivre une activité en commun, penser simultanément le groupe et les individus en tant que des sujets de droit, avec un objectif général d'endigement de la domination de l'homme par l'homme¹². Le droit qui s'applique à l'intérieur de chaque communauté peut ainsi permettre l'autogestion, au sens qu'en donne Proudhon¹³. Ainsi, la *communauté active* représente l'infrastructure du droit social (I.), et le rapport permanent entre communauté réelle et construction juridique permet un droit sans domination (II.).

Le droit social tel que systématisé par Gurvitch présente des lacunes et des limites¹⁴ qui peuvent être pour partie éclaircies par une analyse croisée

11. RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2  éd., 1955, p. 57.

12. GURVITCH Georges, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, op. cit., p. 266.

13. Voir PROUDHON Pierre-Joseph, *La Révolution sociale démontrée par le coup d'état du 2 décembre*, Paris, Garnier Frères, 1852 ; WINOCK Michel, « 8. Joseph Proudhon, père de l'anarchisme », in Michel Winock (dir.), *Les figures de proue de la gauche depuis 1789*, Paris, Perrin, 2019, p. 109-119.

14. Les exemples formant la catégorie du droit social pur et indépendant sont largement contestés, le rôle dévolu à l'état quant à la protection des travailleurs est flou, le rôle des juges est imprécis et certains écueils méthodologiques ne sont pas franchis, tel le passage de l'analyse empirique à la prospectivit .

avec la pensée contemporaine des communs, notamment concernant le droit de propriété (III.).

LA COMMUNAUTÉ ACTIVE, FONDEMENT DU DROIT SOCIAL

Gurvitch analyse les différentes manières d'être ensemble en fonction du degré de participation des membres dans un groupe. Il caractérise le degré de fusion en fonction du rapport des membres à ce qu'il nomme le « nous », terme désignant l'activité commune au groupe. Schématiquement, il distingue trois grandes catégories de groupe : la *masse*, la *communauté* et la *communion*¹⁵. La masse représente le degré le moins fort de participation à l'activité d'un groupe : chaque membre peut y être remplacé, sans nuire à l'identité ni à l'existence du groupe. La communion représente le degré le plus intense de participation à l'activité du groupe qui peut aller jusqu'à une certaine forme de sectarisme dans les cas les plus poussés. Catégorie intermédiaire, la communauté est formée par un rassemblement d'individus autour de valeurs et d'activités communes : on peut y observer une volonté collective et des intérêts communs. C'est à ce degré de participation que se situe le droit social. Autrement dit, le droit social est la forme de droit adaptée à l'organisation juridique interne des communautés.

Lorsqu'une communauté est *active*, une œuvre à accomplir en commun justifie l'union des membres¹⁶. Pour Gurvitch l'activité créatrice devient la source primaire du droit social, autrement dit, l'infrastructure du droit social. Le droit et la communauté, par un seul et même acte, s'engendrent mutuellement ; ils fondent leur existence l'un sur l'autre. Ni l'un, ni l'autre ne préexiste, ils sont « inséparables dans leur existence et leur validité¹⁷ ». Pour désigner ce rapport constant entre communauté active et droit, Gurvitch a recours au concept de « fait normatif ». Il s'agit d'une réalité

15. Cependant, il ne faut pas voir entre ces trois formes de groupes un jugement de valeur qui identifierait des formes bonnes ou mauvaises de regroupements. En tant qu'individus, nous sommes amenés à nous retrouver tant dans des masses que dans des communautés ou des communions.

16. En cela, certaines communautés ne sont pas des faits normatifs ; elles sont stériles au droit, comme les communautés d'amour, d'amitié ou encore d'adoration. Georges GURVITCH, *L'idée du droit social*, op. cit., p. 118.

17. GURVITCH Georges, *ibid.*, p. 119.

sociale active ( l ment factuel) légitimée par les valeurs juridiques qu'elle incarne et qu'elle rend efficientes ( l ment normatif).

Si le fait normatif matérialise des rapports d'union, c'est-à-dire des liens de solidarité, le rassemblement des volontés individuelles vers le même objectif (ou idée d' uvre¹⁸), Gurvitch parle plus spécifiquement de « fait normatif d'union », fondement spécifique de la force obligatoire du droit social¹⁹. La communauté représente pour ses membres une autorité qualifiée et impersonnelle parce qu'elle incarne des valeurs positives, autrement dit parce qu'elle réalise une certaine définition de la justice partagée par tous les membres. L'autorité doit être réellement efficiente dans le sens où les membres d'un groupe s'inclinent devant une valeur, sans nécessairement y être contraints²⁰.

C'est à partir de ce type de rassemblement spontané d'individus autour d'une œuvre commune que le droit social se forme et qu'il permet une organisation juridique sans domination d'un individu sur un groupe ou d'un groupe d'individus sur un autre groupe.

LE DROIT SOCIAL, UN DROIT SANS DOMINATION

Gurvitch se fonde sur des exemples concrets traduisant la spontanéité inhérente au droit social, notamment les manifestations de la démocratie industrielle. Ainsi, la convention collective prend une place majeure dans ses  uvres. Il y voit l'expression d'un ordre juridique spontané et indépendant de celui de l'état, car, les conventions collectives naissent à l'origine « hors de toute norme légale fixant le cadre de la négociation ou gouvernant son r sultat²¹ ». En France, dès la fin du XIX^e siècle, et souvent à la suite d'un conflit de travail, des conventions sont conclues, engageant à la fois les travailleurs et le patronat. Elles reposent d'abord sur un groupe social de travailleurs ayant une œuvre commune à accomplir, négociant avec le patronat et engageant les parties, mais aussi, individuellement, tous

18. Il reprend ce terme de la pensée de Maurice Hauriou.

19. TOULEMONT René, *Sociologie et pluralisme dialectique*, Louvain-Paris, Nauwelaerts, 1955, p. 71.

20. GURVITCH Georges, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, op. cit., p. 122.

21. TEYSSI  Bernard, *Droit du travail. Relations collectives*, Paris, Lexis Nexis, 11^e éd., 2018, p. 862.

Gurvitch s'intéresse aux conventions collectives avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 mars 1919 qui les consacrent.

les membres du groupe et, encore, les tiers. Il y voit une forme de droit social organisant le droit interne d'une usine, fondé sur une communauté active détenant un pouvoir collectif qui n'a pas été conféré par le droit de l'État (avant 1919).

Le droit social est une forme de droit dont la fonction est d'intégrer objectivement des individus dans une communauté. En d'autres termes, il s'agit d'organiser juridiquement la vie commune des membres d'un groupe, en ayant recours à un droit spontané pétri par des valeurs de justice reconnaissant une valeur juridique égale au groupe et à chacun de ses membres. En droit, ces valeurs transpersonnelles se matérialisent en ce que des droits subjectifs sont garantis aux membres, tout autant que le pouvoir est social et donc immanent à la communauté.

C'est en cela que le droit social se distingue nettement du droit individuel dans le sens où il ne repose pas sur des relations hiérarchiques, mais sur la solidarité et la collaboration. Sont exclus du champ du droit social les groupes régis par un principe de domination, refusant l'intégration objective des membres et représentant un organisme hiérarchiquement supérieur aux membres. Ces derniers s'intègrent dans le groupe de manière *objective* : l'intégration n'est pas le fait d'une volonté commandante et personnifiée, elle provient directement de l'autorité du fait normatif, c'est-à-dire de l'action d'union. L'objectif étant d'endiguer la domination induite par le droit, le droit social ne peut pas fonctionner dans le cadre d'une organisation transcendante et supérieure à ses membres.

Pour saisir pleinement ce qu'est le droit social, plusieurs éléments forment sa définition :

- Le droit émis par le groupe doit avoir pour fonction l'intégration des individus dans la communauté, c'est-à-dire l'organisation des modalités de participation de chacun et chacune à une œuvre commune.
- Le droit émis par le groupe est considéré comme positif : il tire son efficence et sa force contraignante (même si la contrainte demeure conditionnée, v. *infra*) du groupement lui-même et non d'un individu qui lui serait supérieur et qui agirait par autorité. L'autorité est immanente au groupe.

- Le droit émis par le groupe ne peut avoir pour *objet* que la règle-
mentation de la vie intérieure du groupe. Il ne peut porter que sur
les modalités de la gestion commune et ne peut donc s’étendre à des
règles touchant l’intimité de l’individu ou réglant ses comportements
n’ayant aucun rapport avec l’œuvre commune à accomplir.
- Le pouvoir est immanent et ne peut être personnifié par un indivi-
du ou régi par le droit individuel. *La contrainte est donc conditionnée* :
un membre peut toujours s’extraire du groupe pour s’y soustraire.
Les libertés individuelles reconnues aux membres sont essentielles
pour contrebalancer le pouvoir social du groupe.

Les sujets du droit social sont des communautés fonctionnant en tant que
personnes collectives complexes²² : les membres du groupe conservent
leur personnalité partielle et des compétences individuelles ne pouvant
s’exercer que collectivement, en collaboration. Il existe un droit social
subjectif dont les individus sont le sujet, même si ces droits n’existent que
dans le cadre de leurs rapports juridiques concernant la vie intérieure du
groupe : règles régissant la répartition des compétences dans le groupe,
la détermination des organes, des rangs, des compétences, un droit à la
participation, à l’adhésion, un droit de sortie du groupe²³.

Concernant les modalités concrètes d’organisations internes de la
communauté, Gurvitch estime que le principe démocratique est essentiel :
« Le droit social ne peut avoir d’autres réalisations que la d mocratie²⁴. »
Somme toute, la démocratie est le droit social dans son organisation ; la
souveraineté du droit social est la démocratie. Les membres des groupes
sont invités à participer à la détermination des normes qui s’appliquent
  eux, à être la source de leur droit. Ces éléments permettent d’étendre
le recours aux procédés démocratiques pour l’organisation économique
et, pourquoi pas, dans une dimension contemporaine impensée par Gur-
vitch, à d’autres secteurs de la vie humaine : démocratie culturelle, sociale,
 cologique, etc.

22. Georges Gurvitch reprend cette formulation des écrits d’Otto von Gierke.

23. GURVITCH Georges, *L’idée du droit social*, op. cit., p. 49.

24. Id., « Le principe démocratique et la démocratie future », *Revue de métaphysique et de morale*,
vol. 36, né 3, juillet-septembre 1929, p. 403-431. [En ligne.] URL : <https://www.jstor.org/stable/40897569>

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que le droit social naît, certes, spontanément dans la société, mais que toutes les formes spontanées de communautés ne correspondent pas aux valeurs transpersonnelles. Aussi, la démocratie à l'intérieur des groupes sociaux, notamment économiques, est une lutte, une revendication, voire un idéal. Dans le contexte du sortir de la Seconde Guerre mondiale, la lutte est, selon Gurvitch, celle qui refuse le féodalisme économique, l'oligarchie financière des banques, le développement du technocratie. Gurvitch y voit autant de blocages à l'instauration d'un transpersonnalisme à base démocratique et à l'autonomie collective²⁵. L'analyse du fonctionnement interne des groupes sociaux sujets de droit social est aussi un plaidoyer pour un renouveau démocratique, qui a connu ses limites et qui explique aussi que la pensée de Gurvitch soit progressivement tombée en désuétude. Toutefois, le thème des communs, refaisant surface dans les sciences humaines, permet de relire le concept de droit social dans une optique contemporaine. Le droit social est un droit particulièrement adapté pour la gestion d'un bien en commun, notamment grâce au concept de propriété sociale, ou propriété fédéraliste, directement dérivé du droit social.

LE DROIT SOCIAL, UN DROIT POUR LES COMMUNS

Aujourd'hui, les communs ne sont non plus pensés selon la seule définition des biens accessibles à tous, car il s'agit plutôt de *ce qui fait l'objet d'une mise en commun* par le biais de la production de règles spécifiques collectives pour les prendre en charge et les affecter à un but commun. Il est avant tout affaire d'institution dans le sens où il s'agit « d'un espace institutionnel délimité par des règles pratiques élaborées collectivement²⁶ ». Ainsi, le principe démocratique est inhérent aux communs, dans le sens d'une coparticipation de tous les membres d'une communauté à leur propre gestion. Le fonctionnement démocratique n'est pas « une exigence abstraite, mais une condition de possibilité des communs²⁷ ».

25. *Id.*, *La Déclaration des droits sociaux*, *op. cit.*, p. 49.

26. DARDOT Pierre & LAVAL Christian, « Commun », *in* Marie Cornu, Fabienne Orsi & Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, 2^e éd., p. 1085.

27. *Ibidem*, p. 898.

La question sous-jacente est celle d'une institution en commun qui ne reproduirait pas la domination du groupe sur les individus ou bien d'un individu sur le groupe. En s'appuyant sur les concepts de Gurvitch, la notion de transpersonnalisme permet de sortir de ces oppositions. L'institution d'une démocratie transpersonnelle est rendue possible par un recours au droit social. Les pistes pour une mise en commun à base démocratique impliquent de revoir l'idée même de droit, qui ne doit plus être pensé uniquement comme un ordre de subordination et de limitation extérieure des libertés, mais plutôt comme un moyen juridique de construction collective. En cela, le concept de droit social correspond directement aux besoins d'une gestion en commun.

Aussi, les recherches de Gurvitch sont animées par un questionnement : comment modifier intrinsèquement le droit de propriété pour endiguer la domination qu'il engendre ? À son sens, il s'agit de désindividualiser la propriété en attribuant ce droit à un sujet collectif dans le but qu'il soit contrôlé par les groupes et les individus, ce qui lui confère un caractère fédératif. Le droit de propriété est donc limité par les décisions collectives.

La propriété fédéraliste est le pendant économique de la question politique de la gestion interne d'un groupe, répondant du droit social. La logique générale est assez simple puisqu'il s'agit d'asseoir le pouvoir et la propriété sur des sujets non-individuels, contrairement à un individu simple ou une personne morale agissant comme un individu agrandi. Ainsi, les titulaires du pouvoir et du droit de propriété doivent être pluralisés pour répondre au besoin des communs.

Bien que Gurvitch soit un auteur du « monde d'avant²⁸ » et que sa pensée connaît des limites²⁹, ses concepts semblent bien être des incontournables de la pensée contemporaine portant sur les communautés, le droit de la société et l'organisation en commun. Ils donnent des outils théoriques permettant une critique du droit positif et des conceptions qui

28. Mort en 1965, il n'a pas connu les événements de Mai 1968 et les importantes transformations qu'ils ont induits dans la société et dans les sciences sociales.

29. Voir NAVARRO-UGÉ Garance, *L'idée du droit social. La société comme source de droit*, Thèse de doctorat Université Paris1/EHESS, 2021, p. 295 et s., [En ligne.] URL : tel.archives-ouvertes.fr/tel-03652073/document

le sous-tendent, tel l'individualisme juridique. Ils sont aussi des outils pratiques à destination des communautés désireuses de s'organiser pour une gestion en commun. Ainsi, relier droit, communauté et gestion commune ouvre la possibilité de penser le droit comme une ressource elle-même commune.

Bibliographie indicative

CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2^e éd, 2021.

DUVIGNAUD J., « Georges Gurvitch : une théorie sociologique de l'autogestion », *Autogestion*, n° 1, p. 5-12, 1966.

LE GOFF Jacques, *Georges Gurvitch : le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, 2004.

GURVITCH Georges, *L'idée du droit social, notion et système du droit social histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Aalen, Scientia Verlag, 1972 [1932].

—, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931.

—, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935.

—, *La Déclaration des droits sociaux*, New York, éditions de la Maison française, 1944.

NAVARRO-UGÉ Garance, *L'idée du droit social. La société comme source de droit*, Thèse de doctorat, Université Paris 1/EHESS, 2021. [En ligne.] URL : tel.archives-ouvertes.fr/tel-03652073/document

TOULEMONT René, *Sociologie et pluralisme dialectique*, Louvain-Paris, Éditions Nauwelaerts, 1955.



Copropriété et communalisation

Marie-Pierre LEFEUVRE

Professeure, Université de Tours, UFR ASH3

La copropriété, parfois qualifiée de propriété collective, est une variante de la propriété individuelle dont la particularité est d'être associée nécessairement à des parties communes à l'ensemble des copropriétaires. Pour autant, au-delà des relations « individualisantes » qui président à la copropriété, la cohabitation crée des relations de voisinage. L'autrice, à partir d'études de terrain, propose de répondre à la question suivante : la copropriété peut-elle faire naître une communauté d'intérêt(s) ? Afin d'y répondre, elle articule les mécanismes que sont la communalisation et la sociation.

Mots clés : Copropriété, Communalisation, Sociation, Communauté d'intérêt(s)

Divers sociologues s'accordent pour montrer que la notion de communauté apparaît peu contournable lorsqu'on aborde la question des communs. Selon Christian Laval, le « mouvement des communs » conduit à revisiter le sens que « la tradition sociologique a généralement donné au terme de "communauté"¹ ». Cette tradition fait immanquablement référence à Ferdinand Tönnies : « Le rapport [consistant à s'aider, à s'épauler et à se rendre des services réciproques] et, par conséquent, l'association, peuvent être compris soit comme vie réelle et organique – nous avons affaire alors à l'essence de la *communauté* – soit comme construction idéelle et mécanique – c'est alors le concept de la *société* qui permet de la nommer. [...] La communauté est la vie commune durable et authentique, alors que la société est éphémère et superficielle. Par conséquent, la communauté est comprise comme organisme vivant, et la société comme agrégat mécanique et comme artefact². » Depuis cette théorisation

1. LAVAL Christian, « "Commun" et "communauté" : un essai de clarification sociologique », *SociologieS*, 2016, p. 6. DOI : 10.4000/sociologies.5677

2. TÖNNIES Ferdinand, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, traduit de l'allemand par Niall Bond et Sylvie Mesure, Paris, PUF, 2010 [1887], p. 5-6.

originelle, le terme peine à s'affranchir de l'arrière-plan évolutionniste et des connotations normatives qu'il charrie. Si l'on parvient à en actualiser le sens, le concept nous expose à un autre piège, celui de l'essentialisme, qui surgit notamment lorsqu'on étudie des collectifs qui se définissent eux-mêmes comme des communautés. La question peut alors consister à se demander si les groupes qui revendiquent cette appellation le font à tort ou à raison. Jan Fernback et Brad Thompson, par exemple, s'interrogent pour savoir si les communautés virtuelles correspondent à cette définition : « Social relationships forged in cyberspace through repeated contact within a specified boundary or place that is symbolically delineated by topic of interest³. » Les critères retenus (l'existence de contacts répétés et de frontières déterminées) ramènent à la définition initiale de la notion de communauté et laissent croire que certains groupes y correspondent tandis que d'autres l'usurpent. La réalité sociale n'est jamais aussi simple et figée. Didier Demazière, François Horn et Marc Zune choisissent quant à eux d'esquiver le débat terminologique et le piège qu'il contient. À la question « l'application du mot "communauté" aux collectifs de développement de logiciels libres suffit-il à renseigner "sur les fonctionnements, sur les mécanismes de socialisation ou sur les processus d'intégration qui les caractérisent" ? », ils apportent une réponse tranchée : le problème est moins de déterminer si le terme est adéquat « que de découvrir quels modes de fonctionnement assurent leur cohésion et permettent leur survie⁴ ».

En abordant les « mondes sociaux de la copropriété⁵ » à travers le prisme de la notion de communauté (que nous délaïsserons au profit de

3. FERNBACK Jan & THOMPSON Brad, « Virtual Communities: Abort, Retry, Failure? », *The WELL* [en ligne], 1995. URL : people.well.com/user/hlr/texts/VCCivil.html (consulté le 28/08/2024).

4. DEMAZIÈRE Didier, HORN François & ZUNE Marc, « La socialisation dans les "communautés" de développement de logiciels libres », *Sociologie et sociétés*, 2009, vol. 41, n° 1, p. 217-238 : 219. DOI : 10.7202/037914ar

5. Ce terme vient souligner que notre approche de la copropriété est sociologique. Au travers de l'expression « monde social » Howard Becker propose une approche interactionniste du milieu de travail des artistes : un ensemble d'acteurs « stabilisent des activités conjointes, régulent des processus de coordination, les encadrent par des conventions de coopération et de compétition ; ils assurent et contrôlent la répartition de droits et d'obligations, la division du travail et la distribution du pouvoir » (Becker Howard, *Les mondes de l'art*, Paris, Flammarion, 1988). Ce terme souligne la grande variabilité des modes de régulation observables d'un immeuble à l'autre. Ce constat procède des travaux de recherche que nous avons menés sur de nombreux terrains, situés principalement en France, depuis une vingtaine d'années (voir LEFEUVRE Marie-Pierre, *La copropriété en difficulté*,

celui de « communalisation », *infra*), nous nous situons dans une perspective différente de celles des auteurs précédemment cités. Si notre ambition n'est pas de revisiter le concept de communauté, nous n'écarterons pas pour autant le débat théorique que le terme soulève. La recherche du cadre conceptuel adéquat est nécessaire à la compréhension des « modes de fonctionnement [qui] assurent [la] cohésion et permettent [la] survie⁶ » des collectifs qui nous intéressent ici.

Dans les copropriétés, les tendances individualisantes semblent prévaloir. Le titre d'un chapitre du livre que Cornelius Van der Merwe a dirigé sur la copropriété en Europe évoque une revendication qui serait largement partagée : « Mon appartement est mon château : Laissez-moi tranquille!⁷ ». Hors de l'habitat participatif⁸, éventuellement placé, en France, sous le régime de la copropriété⁹, les notions de « commun » et de « communauté » apparaissent étrangères à cet univers. Les tendances individualisantes, inscrites dans le droit (au moins en France), continuent *a priori* de prévaloir. Pourtant la notion de commun n'est pas étrangère à la copropriété, dès lors qu'on admet qu'il s'agit d'une propriété collective et que celle-ci implique une « communauté d'intérêts¹⁰ ». Comment expliquer ce paradoxe ?

Nicole Haumont, Bernard Haumont et Henri Raymond, les premiers sociologues à s'être intéressés, en France, à la copropriété, l'ont décrite

faillite d'une structure de confiance, La Défense, Éditions PUCA, 2023 [1999] ; *id.*, « Confiance et rationalité de la méconnaissance du risque dans la (co) propriété », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 114, 2003, p. 73-92. DOI : 10.3917/cis.114.0073 ; LEFEUVRE Marie-Pierre, CHANTEPIE Gaël, FRANÇOIS Camille et al., *Vivre en copropriété. L'indivision en pratiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2023). Ces travaux alimentent le présent article.

6. DEMAZIÈRE Didier, HORN François & ZUNE Marc, « La socialisation dans les "communautés" de développement de logiciels libres », *op.cit.*

7. VAN DER MERWE Cornelius (dir.), *European Condominium Law*, Cambridge (RU), Cambridge University Press, 2015.

8. Beurthey Rolande & Costes Laurence, « Vers une ville plus "convivialiste" : la voie de l'habitat participatif ? », *Revue du MAUSS*, vol. 54, n° 2, 2019, p. 215-228. DOI : 10.3917/rdm.054.0215

9. La loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (loi ALUR) prévoit deux cadres pour les projets de cette nature : la coopérative d'habitants et la société d'attribution et d'autopromotion. Le second débouche souvent sur la création d'immeubles en copropriété.

10. CHAIGNEAU Aurore, « Propriété collective », in Marie Cornu, Fabienne Orsi & Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017. La « communauté d'intérêts » liée à la copropriété ne va pas de soi. Elle se construit (voir *infra*). On peut considérer qu'elle procède d'une « communauté de chose », selon la terminologie proposée par les directrices de l'ouvrage.

comme un système double. Les organes de la copropriété constituent un « système juridique¹¹ » (que nous préférons nommer « système de décision¹² ») mais sont assortis d'un « système de voisinage » que le droit ignore. Ces expressions sont utiles car elles soulignent la non-coïncidence des deux collectifs et principes de relation. Même s'ils sont au minimum sécants, les deux systèmes ne sont pas constitués exactement par les mêmes acteurs : le syndicat des copropriétaires, personne morale juridiquement responsable de la gestion de la copropriété, exclut une partie des habitants (les locataires) et inclut les bailleurs, non habitants. Surtout, les relations à l'intérieur de ces deux systèmes diffèrent : d'un côté, la gestion d'un bien en copropriété place des individus en situation de codécision ; de l'autre, ce bien, qui est aussi une habitation, implique des relations découlant de la proximité spatiale. Ces deux systèmes, imbriqués, dédoublent le copropriétaire/habitant, en lui imposant deux champs de relations différents mais non distincts.

À la question de savoir si et si oui pourquoi les tendances individualisantes empêchent qu'un collectif se structure autour d'un intérêt partagé, la reconnaissance du système de voisinage vient-il apporter une réponse ? Max Weber offre un cadre théorique pour penser cette question, qui permet de dépasser les apories attachées au terme de communauté. Il distingue deux types de relation : la « sociation », qui « se fonde sur un compromis d'intérêts motivés rationnellement ou sur une coordination d'intérêts motivés de la même manière » et la « communalisation », qui « repose sur le sentiment subjectif (traditionnel ou affectif) des participants d'appartenir à une même communauté¹³ ». Précisons que, pour Max Weber, « la proximité géographique des domiciles ou des lieux de séjour » est l'un des ressorts possibles de la communalisation¹⁴. *A priori*, le système de voisinage pourrait ressortir à la seconde catégorie de relation, tandis que le système de décision serait, par hypothèse, le lieu où doivent s'accorder les intérêts « motivés rationnellement ». Les travaux empiriques

11. HAUMONT Nicole, HAUMONT Henri & RAYMOND Henri, *La Copropriété*, Paris, CRU, 1971.

12. LEFEUVRE Marie-Pierre, *La copropriété en difficulté, faillite d'une structure de confiance*, op. cit.

13. WEBER Max, *Économie et société*, tome 1, « Les catégories de la sociologie », Paris, Plon, 1995 [1956], p. 78.

14. *Id.*, *Économie et société*, tome 2, « L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie », Paris, Plon, 1995 [1956], p. 85.

que nous avons menés sur des copropriétés modestes ou moyennes¹⁵, où coexistent des propriétaires bailleurs et occupants, montrent pourtant que la sociation ne va pas de soi, que l'existence d'une « communauté d'intérêt » n'amène pas nécessairement les copropriétaires à s'associer. Si des cas où les relations de voisinage viennent au secours de la sociation s'en dégagent, d'autres mettent en évidence des interférences plus complexes entre les deux types de relation.

LA COPROPRIÉTÉ, UNE SOCIATION IMPOSSIBLE ?

La copropriété, selon le droit français, se définit comme une « modalité du droit de propriété découlant de la pluralité des droits sur la chose d'où il résulte que le droit de propriété de chacun est ramené à une quote-part dont le copropriétaire peut librement disposer, tandis que la gestion du bien indivis lui-même [concrètement, les parties communes] est soumise à l'accord de tous¹⁶ ». Le syndicat de copropriétaires a la personnalité morale mais n'est pas détenteur du patrimoine. À l'inverse de la société, la copropriété est censée assurer une indépendance parfaite entre ceux qu'elle coalise mais n'associe pas. Elle ne vise ni au partage des bénéfices ni au partage des pertes ; elle ne fonde pas les copropriétaires à se considérer comme parties prenantes d'une même entreprise. Elle vise à assurer une « paix bourgeoise¹⁷ » entre des individus qui doivent être assurés qu'ils ne dépendent pas les uns des autres¹⁸. Elle constitue une sorte de garde-fou à la notion de propriété collective et garantit le caractère fondamentalement individualiste du droit de propriété¹⁹.

15. Il est important de le souligner car la rationalité économique, « l'esprit de calcul » ne s'est pas uniformément répandu (BOURDIEU Pierre, *Les structures sociales de l'économie*, Paris, Seuil, 2000).

16. GUINGHARD Serge & MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 1995 (10^e éd.), p. 165.

17. Selon l'expression d'un analyste du Code civil, A.-J. Arnaud, cité par REYNAUD Paul, *La copropriété dans les grands ensembles*, Paris, La Documentation Française, CREDOC, 1978, p. 35.

18. En cela, la subtile notion de quote-part de partie commune s'oppose à celle de part sociale.

19. Des spécialistes du droit de la copropriété ont montré que cela révèle l'influence individualiste du Code civil. Notre propre travail sur certaines évolutions actuelles de ce droit montre que ces tendances sont encore à l'œuvre (LEFEUVRE Marie-Pierre, « Structuration d'un champ d'action publique : la copropriété en difficulté », *Sociologie du travail*, vol. 52, n° 1, 2010, p. 87-103. DOI : 10.4000/sdt.13125).

Dans la plupart des cas que nous avons étudiés, les copropriétaires ne sont pas assurés de la valeur de leur bien. La conscience du risque, lié au sentiment que les copropriétaires ont d'être *de facto* associés à d'autres, prend le pas sur l'idée de « communauté d'intérêt ». Citons l'exemple de ce copropriétaire soucieux de valoriser son patrimoine dans une copropriété de moyenne gamme en Île-de-France :

On est condamné à mourir, si on reste tel que l'on est. S'il n'y a pas des travaux d'embellissement, on va se paupériser. Moi, quand je vois l'état de la voirie, cela ne me donne pas envie d'acheter. En plus, la préemption nous menace partout ici. Il y a un investisseur institutionnel qui possède un patrimoine important et s'il se met à vendre, nous nous méfions de l'esprit des gens qu'on nous enverrait. La copropriété n'est jamais définitivement sûre. On a une épée de Damoclès au-dessus de la tête²⁰.

L'interdépendance forcée, à l'égard de partenaires qui entrent et sortent du jeu, est perçue comme un frein à l'action collective et à la cohésion du système de voisinage.

Dans le syndicat auquel appartient cet enquêté, comme dans beaucoup d'autres, la conformité aux règles de droit, « règles octroyées », selon l'expression de Weber, empêche d'envisager le risque et d'y faire face collectivement²¹. La confiance à l'égard du syndic entretient la croyance dans la vertu protectrice de la règle. Celui-ci fait partie du « champ des acteurs de la loi de 1965 », qui encadre la copropriété. Autour de cette loi et de l'activité juridique qu'elle n'a cessé de susciter, s'est formé un milieu de spécialistes, doté de leur langage propre ; un « clergé » constitué d'administrateurs de biens, de magistrats, d'avocats spécialisés, de géomètres, d'universitaires... Ces acteurs participent à la production des règles et entretiennent leur « validité » (au sens de Weber). Leur activité explique la vigueur persistante du système de règles issu de la loi de 1965 et, tout particulièrement, du principe individualisant qui le sous-tend²².

20. Entretien effectué par l'auteur en 2002.

21. Rappelons que, selon Max Weber, les règles octroyées s'opposent à celles qui sont originellement le fruit d'un accord entre les personnes participant à une activité communautaire.

22. LEFEUVRE Marie-Pierre, « Structuration d'un champ d'action publique : la copropriété en difficulté », *Sociologie du travail*, *op.cit.*

La défense du statut ou du règlement amène souvent les gestionnaires locaux à faire du risque un tabou, au sens d'interdiction non motivée censée soustraire le groupe à des dangers invisibles. Un exemple permettra d'illustrer cette situation. Au cours d'une assemblée générale, dans une copropriété de niveau socio-économique moyen, une femme interroge le syndic sur la manière dont il traite le cas d'un « mauvais payeur ». « Chaque mois, répond-il, je fais un point sur les encaissements. En principe, je relance dans un délai de trente jours. S'il n'y a pas d'effet, c'est la mise en demeure. [...] Si le débit est important, le dossier est immédiatement transmis à un avocat et si le débiteur n'est pas solvable, c'est la mise en vente. » Mais cette réponse ne contente pas l'interpellatrice, qui rappelle que le contentieux dure depuis un an. « L'affaire est toujours chez un avocat qui défend vos intérêts, rétorque le gestionnaire, et dans l'hypothèse où ça se termine par une vente, vous êtes prioritaire. » Un autre copropriétaire prend le relais : « On paye pour lui ? » Le syndic se veut encore une fois rassurant : « Non, jamais. Dans ce genre d'affaire, ça se termine toujours bien. La loi est bien faite. » « Et les frais de justice ? », rétorque le même. Le syndic, irrité, clôt sèchement la discussion : « C'est le débiteur qui paye. Pas de commentaire, ça ne pourrait être qu'à votre détriment. » Que vient masquer cette parole d'autorité ? L'une des fragilités de la loi de 1965, qui est aussi sa pierre angulaire : son caractère (faussement) individualisant, puisqu'en réalité la solidarité financière forcée entre copropriétaires existe. Elle vient aussi entretenir la croyance dans la règle de droit et, du même coup, la validité du principe qui sous-tend la copropriété.

Ainsi s'explique que, dans un grand nombre de cas, la conscience que les membres d'un syndicat peuvent avoir de leur solidarité soit étouffée.

LA COMMUNALISATION AU SECOURS DE LA SOCIATION ?

Toutefois, il arrive que des copropriétaires s'associent pour prendre possession de « leurs » parties communes et mutualiser les risques qu'ils encourent collectivement. Ces acteurs « dégagent [alors] de la propriété », selon l'expression de Christian Atias²³, mais de la propriété collective.

23. « Les personnes, par leur position à l'égard des choses, dégagent de la propriété ; la qualité du régime juridique qui est plaqué sur cette réalité ne se mesure pas à la solennité de ses proclamations

Paradoxalement, ils agissent ainsi sans ignorer le droit mais en inventant leurs propres règles, que celles-ci concernent la mise en place d'un dispositif de gestion des parkings, la redéfinition de la limite entre parties communes et domaine public, la lutte contre les impayés de charges... Ces règles découlent-elles d'une activité sociétisée, c'est-à-dire reposant sur un compromis ou une coordination d'intérêts « motivés rationnellement » ?

De tels processus vont souvent de pair avec des projets mobilisant l'ensemble du syndicat. Cette activité finalisée s'accompagne d'un processus de régulation autonome : les copropriétaires et leurs organes de gestion ne se contentent pas d'invoquer les règles formelles comme des principes intangibles. Ils fondent leur accord sur « l'intercompréhension pratique des normes juridiques²⁴ ». L'appropriation collective (des « parties communes » et au-delà) ressortit alors, effectivement, à la sociation.

Citons l'exemple d'un ensemble de cent dix logements, construit dans les années 1980, victime de graves malfaçons. En dépit de sa fragilité financière, le syndicat a décidé le ravalement des bâtiments et la réfection de l'ensemble des parties communes. Ce projet, longuement mûri, est le fruit d'un accord consensuel, conditionné à un certain degré de solidarité financière : « La copropriété a opté pour une mutualisation du risque d'impayés supplémentaires liés aux travaux », explique le président du conseil syndical. Le projet, conçu par une petite élite sociale au pouvoir (présente ou représentée au conseil syndical), a résulté d'un long processus. La cause commune qu'a constitué le combat judiciaire contre les malfaçons a débouché sur une volonté de transformation profonde, compatible avec le maintien en place de la population, au nom de « l'entraide » entre voisins. Sur plusieurs de nos terrains d'étude, la solidarité de voisinage est ainsi invoquée et bat en brèche le tabou de l'interdépendance forcée. Celle-ci est assumée au nom de la proximité socio-économique liant entre

de bonnes intentions, mais à l'influence qu'il exerce sur les choix individuels [...] » et collectifs, ajoutons-nous (ATIAS Christian, « La propriété foncière : une tradition libérale à inventer », in ADEF (coll.), *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, actes du colloque des 13 et 14 novembre 1989 tenu à Paris, Paris, ADEF, 1989, p. 119-126 : 126).

24. PHARO Patrick, « Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil », in François Chazel & Jacques Commaille, *Normes juridiques et régulation sociales*, Paris, LGDJ, coll. Droit & Société, 1991, p. 249.

eux les membres du syndicat, qu'ils soient, ou pas, habitants (d'anciens voisins devenus bailleurs n'en sont pas exclus).

Le voisinage est aussi le socle sur lequel se construit la « communauté d'intérêt ». Un choix s'impose comme « majoritaire » dans les cages d'escalier avant d'obtenir la majorité en assemblée générale. Le groupe dominant ou l'accord consensuel est construit avant le vote, notamment grâce à l'effort de minorités actives, qui préparent les décisions. Nicolas Golovtchenko analyse ainsi les méthodes de travail d'un conseil syndical : « La dynamique de l'interaction [...] permet de saisir plus rapidement les oppositions et, surtout, elle autorise des réponses, ce que ne permet pas toujours le grand groupe où le temps de parole est plus compté²⁵. » La proximité spatiale permet de procéder au règlement de litiges en face-à-face. Elle trahit le train de vie du « mauvais payeur » et permet de le confondre puis de le convaincre. Elle donne aux membres de conseils syndicaux la possibilité de multiplier les interactions en petits cercles, pour convaincre leurs partenaires. La décision se forme ainsi très subtilement, de proche en proche.

Les relations de voisinage contribuent-elles nécessairement à fluidifier les processus de décision ? Au-delà de l'interdépendance forcée, la gestion des copropriétés met en jeu des sujets dont il est difficile de parler : les modes d'habiter, les usages familiaux de l'argent, le rapport à la propriété... Non seulement ces sujets sont peu propices à l'échange de points de vue argumentés, mais ils sont potentiellement sources de différends indicibles et peinent à s'inscrire dans le registre de la rationalité instrumentale. Ils paraissent davantage relever de motivations « affectives » ou « traditionnelles », selon les catégories de Max Weber. Le registre relationnel propre au système de décision ne leur est pas favorable. En revanche, le voisinage peut être propice à une « entente » relative aux manières d'habiter et d'être propriétaire. Selon Weber, « l'entente est [...] en premier lieu une simple *soumission* au familier parce qu'il est familier » ; « une soumission à ce qui est habituel [...] et qui se répète toujours²⁶ » et ce « malgré l'absence de

25. GOLOVTCHENKO Nicolas, *Les copropriétés résidentielles entre règle juridique et régulation sociale. Contribution à une sociologie de l'action organisée*, Thèse de doctorat, Université Toulouse II, 1998, p. 379.

26. WEBER Max, *Essai sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992 [1951], p. 361, 363.

tout accord préalable²⁷ ». L'échange répété qu'induit le voisinage peut voir naître des processus de communalisation. Mais il ne prémunit pas contre le conflit²⁸. Maurice Halbwachs fut l'un des premiers à souligner que les individus partageant un même espace et appartenant à des groupes sociaux différents « se confrontent et se comparent²⁹ ». La proximité « implique processus d'emprunt et de refus, de réaffirmation des valeurs propres, phénomènes d'assimilation et phénomènes de distinction³⁰ ». Elle peut donc favoriser l'homophilie mais accentue aussi les clivages. Le système de voisinage n'a donc pas vocation à être « communautaire ». Mais il peut donner naissance à des relations spécifiques, reposant sur l'« entente », et déboucher sur des formes de « fraternité économique » (« l'entraide entre voisins ») qui est, selon Weber, une activité communautaire propre au voisinage³¹.

INTERFÉRENCES ENTRE SOCIATION ET COMMUNALISATION

L'entente ou les conflits au sein du voisinage ont une incidence sur le fonctionnement du système de décision. Mais il est sans doute plus important d'observer que les deux sphères sont généralement vécues comme non séparées. L'engagement dans la gestion de la copropriété accompagne souvent l'implication dans la sociabilité de voisinage : « On avait commencé à faire connaissance avec des voisins puis on a repris au pied levé la copropriété. » Le choix du verbe « reprendre » indique que la gestion de la copropriété est assimilée à une activité économique (on la « reprend » comme une affaire), distincte de la relation de voisinage. Mais le rôle de copropriétaire est perçu comme le prolongement de celui de voisin. Citons un second exemple, qui exprime cette même continuité. Au sein d'un syndicat massivement confronté au problème des impayés de charges, il est question d'engager des procédures contre les « mauvais payeurs ».

27. *Ibid.* p. 341.

28. Simmel note aussi que « lorsque cette intention fondamentale de s'entendre quoiqu'il arrive [intention qui caractérise normalement tout voisinage] fait défaut », l'antagonisme n'en est que plus violent » (SIMMEL Georg, *Le conflit*, Paris, Circé, 1995, p. 62).

29. HALBWACHS Maurice, *La classe ouvrière et les niveaux de vie*, Librairie F. Alcan, 1913, p. 5.

30. CHAMBOREDON Jean-Claude, « Construction sociale des populations », in Georges Duby (dir.), *Histoire de la France urbaine*, tome 5, 1985, p. 453.

31. Weber Max, *Économie et société*, tome 1, *op. cit.*

Voici ce qu'en dit un copropriétaire « bon payeur » : « Ce n'est pas notre rôle de mettre en difficulté certains voisins. » Le partenaire défaillant au sein du système de décision s'efface derrière la figure du voisin auquel on doit l'entraide. Le mot « voisin » indique que l'un englobe l'autre.

Lorsque les copropriétaires viennent à distinguer les deux systèmes, c'est pour dénoncer leur interférence. Celle-ci devient à leurs yeux une source de dysfonctionnement, parce qu'elle conduit à trahir les règles qui prévalent dans l'un des deux systèmes. C'est ce que des enquêtés déplorent lorsqu'ils relatent, par exemple, qu'untel a refusé de voter la saisie des biens de *son voisin* alors que celui-ci, « débiteur de mauvaise foi », méritait d'être sanctionné; qu'unetelle vote systématiquement contre la voisine qui l'indispose; qu'un autre ne dit plus « bonjour » lorsqu'on le croise dans l'escalier depuis une assemblée houleuse. Bref, lorsqu'ils jugent que les désaccords stratégiques empêchent les relations de bon voisinage ou, qu'à l'inverse, les affinités ou les conflits de l'ordre du voisinage brouillent la rationalité des stratégies relatives à la gestion, copropriété et voisinage cessent pour eux d'aller naturellement de pair. Ces perceptions reflètent l'existence de deux sphères d'activité sociale, l'une visant à la construction « d'intérêts [communs] motivés rationnellement » (la « sociation »), l'autre reposant sur le « sentiment subjectif » d'appartenir à une même communauté de voisinage (la « communalisation³² »), et leur imbrication.

CONCLUSION

Nos travaux font apparaître trois cas de figure, qui montrent combien est éclairant le concept de « communalisation », à condition d'être articulé à celui de « sociation ».

Dans certains cas, le système de décision est la caisse de résonance des conflits de voisinage; et, inversement, les conflits entre majorité et minorité(s) au sein des assemblées générales cristallisent les oppositions entre des groupes « qui se confrontent et se comparent ».

Il arrive que les deux systèmes s'étayent mutuellement. Les relations de voisinage amènent à établir des accords en marge du droit et à dépasser les

32. *Ibid.*

tendances individualisantes de la copropriété. L'entraide « entre voisins » favorise alors l'hybridation des deux systèmes de relations. Ce qu'éclaire ce constat de Weber : « L'activité communautaire qui est propre à la communauté de voisinage en vertu de ses caractères généraux, c'est la "fraternité" économique, d'ailleurs dépourvue de toute sentimentalité, que l'on s'accorde en cas de besoin, avec les suites qui lui sont particulières³³. » Le « calcul », le comportement rationnel n'apparaît plus séparable de la « simple *soumission* au familial parce qu'il est familial ». Le système de décision fait place à l'entraide et se communalise tandis que la sociation transforme les relations de voisinage.

Il arrive aussi que le système de décision lui-même fonctionne en vertu d'une entente ; qu'il ne se caractérise aucunement par une activité rationnelle en finalité. L'entente y est entretenue par certains tabous qui empêchent de considérer que l'on est collectivement propriétaires et que l'on poursuit un intérêt commun. Le voisinage vient alors conforter la règle individualisante. Même s'il s'accompagne d'un processus de communalisation (la conscience d'appartenir à une communauté de voisins, que l'on préserve en évitant tout conflit), celui-ci n'incite pas à la sociation, ce qui fait obstacle à l'émergence d'une « communauté d'intérêt ».

Bibliographie indicative

- ATIAS Christian, « La propriété foncière : une tradition libérale à inventer », in ADEF (coll.), *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, actes du colloque des 13 et 14 novembre 1989 tenu à Paris, Paris, ADEF, 1989, p. 119-126
- Becker Howard, *Les mondes de l'art*, Paris, Flammarion, 1988.
- Beurthey Rolande & Costes Laurence, « Vers une ville plus "convivialiste" : la voie de l'habitat participatif ? », *Revue du MAUSS*, vol. 54, n° 2, 2019, p. 215-228. DOI : 10.3917/rdm.054.0215
- BOURDIEU Pierre, *Les structures sociales de l'économie*, Paris, Seuil, 2000.
- CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.
- CHAMBOREDON Jean-Claude, « Construction sociale des populations », in George DUBY (dir.), *Histoire de la France urbaine*, tome 5, Paris, Seuil, 1985, p. 441-472.

33. *Id.*, *Économie et société*, tome 2, *op. cit.*, p. 90.

- GOLOVTCHENKO Nicolas, *Les copropriétés résidentielles entre règle juridique et régulation sociale. Contribution à une sociologie de l'action organisée*, Thèse de doctorat, Université Toulouse II, 1998.
- GUINGHARD Serge & MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1995 (10^e éd.).
- HALBWACHS Maurice, *La classe ouvrière et les niveaux de vie*, Paris, Librairie F. Alcan, 1913.
- HAUMONT Nicole, HAUMONT Henri & RAYMOND Henri, *La Copropriété*, Paris, CRU, 1971.
- LACHAUSSÉE Ingeburg, « La communauté : Ferdinand Tönnies et la sociologie allemande », *Communication & Organisation*, vol. 2, n° 52, 2017, p. 15-23. DOI : 10.4000/communicationorganisation.5619
- LAVAL Christian, « “Commun” et “communauté” : un essai de clarification sociologique », *SociologieS*, 2016. DOI : 10.4000/sociologies.5677
- LEFEUVRE Marie-Pierre, *La copropriété en difficulté, faillite d'une structure de confiance*, La Défense, Éditions PUCA, 2023 [1999].
- « Confiance et rationalité de la méconnaissance du risque dans la (co)propriété », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 114, n° 1, 2003, p. 73-92. DOI : 10.3917/cis.114.0073
- , « Structuration d'un champ d'action publique : la copropriété en difficulté », *Sociologie du travail*, vol. 52, n° 1, 2010, p. 87-103. DOI : 10.4000/sdt.13125.
- LEFEUVRE Marie-Pierre, CHANTEPIE Gaël, FRANÇOIS Camille, *et. al., Vivre en copropriété. L'indivision en pratiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2023.
- PHARO Patrick, « Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil », in Chazel F. et Commaillé J. *Normes juridiques et régulation sociales*, Paris, LGDJ, coll. Droit & Société, 1991
- REYNAUD Paul, *La copropriété dans les grands ensembles*, Paris, La Documentation Française, CREDOC, 1978.
- SIMMEL Georg, *Le conflit*, trad. de l'allemand par Sybille Muller, Saulxures, Circé, 1995.
- VAN DER MERWE Cornelius (dir.), *European Condominium Law*, Cambridge (RU), Cambridge University Press, 2015.
- WEBER Max, *Essai sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992 [1951].
- , *Économie et société*, tome 1, « Les catégories de la sociologie », Paris, Plon, 1995 [1956].
- , *Économie et société*, tome 2, « L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie », Paris, Plon, 1995 [1956].



La propriété culturelle d'intérêt partagé comme modèle de propriété inclusive

Marie-Sophie DE CLIPPELE

Professeure à l'UCLouvain Saint-Louis Bruxelles (Belgique)

À travers la protection de biens culturels se dessine une propriété finalisée et inclusive qui ouvre des droits d'accès, d'usage et de jouissance partagés. Le collectif, par le truchement d'un droit fondamental au patrimoine culturel, peut ainsi défendre l'intérêt culturel protégé et s'ériger comme tiers dont l'intérêt collectif prend place entre l'intérêt subjectif du propriétaire et l'intérêt général de l'autorité publique. L'analyse prospective du droit (belge) relatif au patrimoine culturel, autour d'un bien culturel protégé – perturbe inmanquablement le régime de la propriété liée à ce bien protégé. Non plus observé comme un droit de propriété absolu, individuel et exclusif, la propriété d'un bien protégé en tant que patrimoine culturel serait marquée par un intérêt partagé, déplaçant ainsi le regard vers un modèle de propriété inclusive.

Mots clés : Biens culturels, Collectif, Intérêt partagé, Propriété inclusive, Transpropriation

Assurément, le droit du patrimoine culturel forme un excellent laboratoire pour penser une propriété d'*intérêt partagé*¹. Cette notion que nous qualifions d'intérêt partagé renverrait à ce que les auteurs du Rapport français sur l'échelle de communalité (2021) placent sous le vocable d'*intérêt commun*, c'est-à-dire un intérêt pluri-individuel, dépassant les intérêts individuels tout en se distinguant de l'intérêt général, et qui serait indivisible (pas de répartition d'une réparation entre les individus, unicité de défense de l'intérêt d'une communauté) et transindividuel (intérêt qui

1. Les propos ci-dessous sont repris de mes recherches doctorales ; voir CLIPPELE Marie-Sophie de, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, Collection générale (n° 157), 2020.

« transcende l'ensemble des individus de la communauté² ». L'intérêt partagé désignerait par ailleurs des intérêts communs *diffus*, dans la mesure où le « lien transindividuel est diffus, même si les critères de rattachement de chaque individu à la communauté sont identifiables³ ». Dans notre champ d'étude du patrimoine culturel, la qualification d'intérêt partagé signifierait ainsi l'existence d'intérêts communs diffus pour la protection du patrimoine culturel (intérêt de conservation, de transmission, d'accès et d'usage du bien protégé...), se déclinant en trois types de prérogatives :

- un droit de propriété finalisé par l'intérêt culturel (voir le premier niveau de l'intérêt commun) ;
- un droit fondamental d'accès et d'usage au patrimoine culturel ;
- un intérêt de protection du patrimoine culturel renvoyant tant à l'intérêt général de l'autorité publique qu'à l'intérêt commun du collectif à proprement parler.

La propriété culturelle d'intérêt partagé esquisserait un modèle de protection du patrimoine centré sur le partage de droits et d'intérêts ainsi que sur l'inclusion des membres de la communauté diffuse autour du bien protégé, repris sous le vocable de « collectif ». Dans nos propres recherches, nous utilisons le terme de « collectif » qui, proche de la « communauté de chose », ainsi que de la « communauté semi-ouverte » et de la « communauté diffuse », se caractérise par une variété de membres, personnes physiques et/ou morales, des générations présentes et/ou futures, agrégées autour d'un bien protégé à titre de patrimoine culturel, qui disposeraient non seulement de privilèges, mais aussi d'un droit fondamental à l'accès au patrimoine, ainsi que d'un intérêt culturel à participer à la protection du patrimoine (voir « Les intérêts communs en droit du patrimoine culturel »). En d'autres termes, ce collectif dispose d'un intérêt commun (l'intérêt culturel – intérêt commun diffus – du bien protégé à titre de patrimoine culturel), d'un territoire commun (variant selon le caractère local, régional, national ou universel de ce monument, site, ensemble

2. ROCHFELD Judith, CORNU Marie & MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, avril 2021, 520 p. [En ligne, consulté le 16/07/2024.] URL : www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/, p. 334-340.

3. *Ibid.*, p. 338.

ou de ce bien culturel) et d'une mise en jouissance commune, partagée entre tous les membres de la communauté, avec une pluralité de droits et d'intérêts sur le bien protégé, où l'inclusion se substitue à l'exclusion⁴.

Ce faisant, ce modèle de la propriété culturelle, terme doctrinal, permet par ailleurs de penser ce que les directrices de la présente encyclopédie qualifient la « communauté de chose », c'est-à-dire une communauté qui s'organise pour gérer un objet commun, en l'occurrence le bien protégé à titre de patrimoine culturel.

UN DROIT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ PAR L'INTÉRÊT DE PROTÉGER LE PATRIMOINE CULTUREL

Premièrement, un droit de propriété demeure sur le bien protégé, qu'il soit en mains privées ou publiques. Le bien culturel est ainsi susceptible d'appropriation⁵, mais le droit de propriété sur celui-ci serait non absolu (au sens exclusif⁶) et partagé (au sens inclusif) dès sa conception au nom de l'intérêt culturel de protéger le patrimoine culturel (voir « Les intérêts communs en droit du patrimoine culturel »).

Précisons néanmoins que, dès le départ, c'est-à-dire dès l'adoption de l'article 544 de l'ancien Code civil en 1804, la propriété n'est pas un droit aussi absolu que celui consacré dans les textes. Certaines limitations sont inhérentes et même reconnues dans le code civil. Mais ces limitations ne remettent pas en cause le modèle.

Si elles sont en revanche lues sous l'angle social, elles pourraient redessiner la vision libérale et reconnaître une propriété fonction sociale. Cette première modulation de la propriété, non plus absolue, mais liée par une fonction sociale, est non seulement déjà reconnue dans divers pays et

4. Voir la présentation de l'*Encyclopédie des Communautés et pratiques communautaires*, extraits choisis.

5. Il est question d'un « bien » et non d'une « chose » dans la suite logique de la distinction opérée de manière impérative par le nouveau Code civil belge (2019), entre les biens appropriables et les choses non nécessairement appropriables (dont les biens font partie) : « Les choses, naturelles ou artificielles, corporelles ou incorporelles, se distinguent des animaux. Les choses et les animaux se distinguent des personnes. » (art. 3.38 du Code civil belge de 2019). Voir l'article 3.41 du Code civil belge de 2019 : « Les biens, au sens le plus large, sont toutes les choses susceptibles d'appropriation, y compris les droits patrimoniaux ».

6. GRUYAERT Dorothy, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016.

dans la jurisprudence européenne⁷, mais a également marqué la réforme du Code civil (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021 pour la partie « les biens »). En effet, la définition de la propriété est modifiée par rapport au modèle classique de l'article 544 de l'ancien Code civil :

Le droit de propriété confère directement au propriétaire le droit d'user de ce qui fait l'objet de son droit, d'en avoir la jouissance et d'en disposer. Le propriétaire a la plénitude des prérogatives, sous réserve des restrictions imposées par les lois, les règlements ou par les droits de tiers.
Article 3.50 du Code civil belge de 2021

Dans son exposé des motifs, le législateur s'explique expressément de cette modification, qui supprime notamment les termes « de la manière la plus absolue » de l'article 544. Selon lui, la nouvelle définition, qui se veut « fonctionnelle », en décrivant les prérogatives du propriétaire, « correspond à l'évolution du droit de propriété intervenue au cours des dernières décennies, mettant sans cesse davantage l'accent sur l'impact social de l'exercice de la propriété⁸ ».

Concernant les droits des tiers, le législateur les entend au sens large, renvoyant « à tous les droits que peuvent avoir les tiers sur le bien d'autrui ». Les tiers eux-mêmes sont également défini de manière large, se rapprochant de notre acception du « collectif », et englobent « non seulement les personnes qui ont un lien contractuel avec le propriétaire (locataire, emphytéote, usufruitier, titulaire d'une servitude, emprunteur, superficiaire, etc.), mais également les tiers avec lesquels il n'a aucun lien juridique (autorité, voisins, etc.) ». Par ailleurs, le législateur poursuit :

En réponse au Conseil d'État, il peut être précisé que l'ajout des « droits des tiers » n'est pas superflu : un propriétaire doit respecter non seulement les restrictions du droit objectif mais également celles des droits subjectifs. Les règles de responsabilité offrent uniquement une assise à l'obligation secondaire de dédommagement/réparation en nature en cas de violation de

7. BERNARD Nicolas, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis : un essai d'évaluation législative*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

8. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le Code civil de 2019, *Doc. parl., Ch.*, 10 décembre 2019, Doc n°55/0173/001, p. 126.

L'obligation primaire, mais le respect de l'obligation primaire doit s'exprimer séparément⁹.

Il semblerait que l'impact social implique, pour le législateur, de tenir compte uniquement des droits subjectifs des tiers, mais non nécessairement d'intérêts (juridiquement protégés) que ceux-ci pourraient détenir.

Une modulation plus poussée de la propriété inviterait dès lors à prendre en compte non seulement des droits subjectifs de tiers mais aussi des intérêts divers sur un même bien, qui deviendrait ainsi commun. Encore au stade prospectif en droit, les communs, ou les biens communs, n'ont pas été repris dans le nouveau Code civil, malgré quelques ouvertures, dont la redéfinition de la propriété.

Différentes théories relatives aux communs invitent en effet à repenser la propriété, parfois de manière radicale ou parfois de manière plus nuancée, éclairant d'un regard nouveau des réalités opérantes dans notre système juridique. Dans un article rédigé avec François Ost et Delphine Misonne sur la propriété et les biens communs, nous avons dégagé quatre modèles différents relatifs à la propriété ou à son absence, qui se croisent, s'opposent ou se complètent, voire s'hybrident ou s'articulent de mille façons et permettent d'accueillir d'une manière plus ou moins affirmée la notion de biens communs¹⁰ :

- Appropriation : régime de la propriété individuelle, exclusive et absolue.
- Publipropriation : régime de la propriété publique soumise à l'intérêt général et en particulier le régime d'indisponibilité de la domanialité publique.
- Transpropriation : régime de partage de droits et d'intérêts sur un même bien.
- Dépropriation : régime d'absence de propriété.

9. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le Code civil de 2019, *op. cit.*, p. 127-128.

10. OST François, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, 2^e éd., Paris, La Découverte, 2003 [1995], étudié dans François Ost, Delphine Misonne et Marie-Sophie de Clippele, « Propriété et biens communs », in Bénédicte Winiger et al. (dir.), *La propriété et ses limites : Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 26 septembre 2015, Université de Genève*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 131-172.

Parmi ces quatre modèles, celui de la transpropriation apparaît le plus pertinent pour les biens protégés à titre de patrimoine culturel.

Le terme de « transpropriation » a été forgé par François Ost dès 1995 et vise une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires¹¹ ».

[Sont désignées comme situations complexes] la superposition, à propos d'une même ressource, d'un même bien ou d'une même portion de territoire, de plusieurs régimes juridiques distincts. Tantôt s'enchevêtrent propriété privée et patrimoine commun, tantôt les mêmes espaces sont placés sous souveraineté nationale, au titre du domaine public, et font simultanément l'objet de l'application du régime du patrimoine commun de l'humanité.

Le régime s'applique de préférence aux ressources matérielles (naturelles ou culturelles par exemple), dont l'usage est rival car facteur d'épuisement et dont la quantité autant que la qualité sont aujourd'hui devenues problématiques.

Jeté comme un nimbe abstrait sur les biens les plus variés, la transpropriation « impose une logique complexe qui prend en compte les usages multiples que permettent les espaces et les ressources, et met en place des réseaux de droits d'accès, d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété autant que de la souveraineté¹² », se rapprochant du faisceau de droits anglo-saxon¹³. Il en résulte qu'à l'égard de ces biens culturels transpropriés, le propriétaire doit agir comme un dépositaire responsable, comptable de son usage et de sa gestion, comme il y est d'ailleurs déjà tenu par la législation patrimoniale actuelle (obligation de maintenir le bien protégé en bon état, obligation de conservation, etc.). En d'autres termes, la transpropriation n'abolit pas la propriété privée, pas plus que la domanialité publique, mais entend les finaliser ou les transcender, en leur imposant des charges et des démembrements au

11. OST François, *La nature hors la loi*, op. cit.

12. *Ibid.*, p. 323.

13. COMMONS John, *The Distribution of Wealth*, Londres, MacMillan & Co, 1893 ; HOFELD Wesley, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1, 1913, p. 16-59. DOI : 10.2307/785533 ; ORSI Fabienne, « Faisceau de droits (Bundle of Rights) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi & Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, 2^e éd., p. 547.

profit du collectif, pas nécessairement identifié, mais pouvant prétendre à un usage (souvent aussi un accès) légitime de la ressource¹⁴.

Le concept de transpropriation rejoint par ailleurs la notion de la propriété culturelle « spéciale », développée par Raymond Saleilles¹⁵ et par Marie Cornu, caractérisée par l'idée de propriété partagée et par l'existence d'un intérêt commun¹⁶.

Dans notre modèle, le droit de propriété est ainsi finalisé, voire transproprié, et devient un droit que nous qualifions de propriété *culturelle*.

UN DROIT FONDAMENTAL AU PATRIMOINE CULTUREL

Deuxièmement, l'élaboration d'un modèle inclusif de protection du patrimoine culturel intègre la reconnaissance de droits d'accès, d'usage et de jouissance découlant du *droit fondamental au patrimoine culturel*. Ce droit fondamental se logerait, selon nous¹⁷, à l'article 23 de la Constitution belge, tant au point 4° garantissant « le droit à un environnement sain », qu'au point 5° consacrant « le droit à l'épanouissement culturel ». L'intérêt partagé, intérêt commun diffus, trouverait ici un relais constitutionnel.

Ce droit au patrimoine culturel implique, d'une part, des charges dans le chef de l'État (obligations de respecter, de protéger et de réaliser le droit au patrimoine culturel,) et reconnaît, d'autre part, des prérogatives aux bénéficiaires (repris dans le présent modèle sous le vocable du « collectif ») du droit au patrimoine culturel autour de la notion d'accès, même si un véritable droit subjectif ne peut en être déduit. Le collectif titulaire

14. ROCHFELD Judith, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », t. XXVIII, n° 3, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2015, p. 351-369 : 365. DOI : 10.3917/ride.283.0351.

15. SALEILLES, « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art : étude de droit comparé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1895, vol. 5, n° 1, p. 1-98.

16. Voir CORNU Marie, « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre », in Collectif, *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2013, p. 145-161 ; *id.*, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

17. Dans le même sens, ROMAINVILLE Céline, *Le droit à la culture, une réalité juridique : Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014. Pour une interprétation différente, voir VANDENHENDE Lise, « Een evolutieve interpretatie van het EVRM: Is de lans voor het recht op cultureel erfgoed gebroken? », *TROS*, 2019, n° 94, p. 161-173.

de ce droit fondamental au patrimoine culturel, que nous qualifions dans nos recherches aussi de « collectif-usager¹⁸ », pourrait ainsi former une « communauté attributaire ou d'usage », comme le définit le Rapport français sur l'échelle de communalité, rassemblant « des personnes qui peuvent accéder à la chose et/ou en jouir, ou encore pour lesquelles la chose est conservée ou gouvernée¹⁹ ».

Suivant une approche par les droits humains (*human-rights based approach*), un droit individuel et collectif au patrimoine culturel a en effet lentement émergé dans les sphères internationale et européenne, mettant l'accent sur l'accès ainsi que sur l'usage et la jouissance du patrimoine²⁰. Bidault note que si des « droits aux patrimoines²¹ » sont longtemps restés absents dans les sources de droit international des droits humains, ils ont germé dans le cadre de la reconnaissance des identités culturelles et le contexte particulier des minorités et des peuples autochtones.

Les droits patrimoniaux devinrent plus explicites pour le patrimoine immatériel et ont récemment été consacrés comme droit fondamental, notamment dans la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société de 2005 (également appelée « Convention de Faro »). L'influence de la matière des droits humains est nettement perceptible²². Il s'agit de « placer la personne et les valeurs humaines au centre d'un concept élargi et transversal du patrimoine culturel²³ ». Il n'est plus seulement question du droit *du* patrimoine culturel, mais également du droit *au* patrimoine culturel, perçu comme un « droit inhérent de participer à la vie culturelle » (article 1^{er}). Les fonctions de

18. CLIPPELE Marie-Sophie de, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, op. cit.

19. ROCHFELD Judith, CORNU Marie & MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 79.

20. Voir ROMAINVILLE Céline, *Le droit à la culture, une réalité juridique*, op. cit. ; JAKUBOWSKI Andrzej (dir.), *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016 ; CLIPPELE Marie-Sophie de, « Does the Law Determine What Heritage to Remember? », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, January 2021. DOI : 10.1007/s11196-020-09811-9.

21. BIDAULT Mylène, *La protection internationale des droits culturels*, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2009.

22. CORNU Marie, « Culture et Europe », *JurisClasseur*, fasc. 2400, n° 2004, p. 47.

23. Préambule de la Convention-cadre sur la valeur du patrimoine culturel pour la société. [En ligne, consulté le 17/07/2024.] URL : rm.coe.int/1680083748

sauvegarde changent et comprennent, outre la conservation et la protection, la numérisation et la mise en valeur du patrimoine.

Ainsi se dessinerait-il, à travers les textes internationaux et européens, un droit des personnes (individus et collectif) *au* patrimoine culturel. Émergeant lentement au départ du droit de participer à la vie culturelle (entendue comme l'accès aux arts), élargi ensuite vers le droit à la vie culturelle des minorités et des peuples autochtones (liée à l'identité culturelle et impliquant un accès aux ressources), et enfin reconnu comme droit au patrimoine culturel (au départ du patrimoine immatériel), ce droit serait entendu comme un droit d'accès au patrimoine et aux bénéfices qui en découlent, comprenant des droits d'usage et de jouissance collective²⁴. Par ailleurs, d'autres droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, la liberté de religion, le droit à l'information et le droit à l'éducation, offrent également un fondement juridique au droit des personnes au patrimoine culturel²⁵.

L'accès implique d'ailleurs une certaine gradualité, dans la mesure où certains accès sont privilégiés par rapport à d'autres, « étant donné que les intérêts des individus et des groupes varient en fonction de leurs rapports avec des patrimoines culturels précis²⁶ ». Ainsi, l'accès des riverains à leur patrimoine local, ou de la communauté religieuse à son lieu de culte, primerait sur celui du grand public. De même, les touristes ou chercheurs voulant accéder à un monument ne pourraient le faire au détriment des personnes formant une communauté d'origine (par rapport au lieu d'où provient l'objet) de ce monument.

Arrimée autour de la notion d'accès, le droit au patrimoine culturel comprendrait ainsi « le droit des individus et des communautés de, notamment, connaître, comprendre, découvrir et voir le patrimoine culturel, d'en faire usage, de le préserver, de le mettre en commun et de le développer, ainsi que celui de bénéficier du patrimoine culturel et des créations d'autrui²⁷ ». L'accès contient par ailleurs une dimension

24. *Ibid.*, p. 18.

25. Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, 17^e session, 21 mars 2011, A/HRC/17/38, p. 22.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*, p. 21.

politique, la rapprochant du concept de l'intérêt culturel analysé ci-dessous, le droit au patrimoine culturel signifiant aussi « le droit de prendre part au recensement, à l'interprétation et au développement du patrimoine historique, ainsi qu'à la conception et à la mise en œuvre de politiques et de programmes de préservation et de sauvegarde²⁸ ».

Cependant, force est de constater que ce droit fondamental souffre d'une faible justiciabilité²⁹, et ne confère pas de droit subjectif à ses destinataires³⁰. En d'autres mots, si le droit au patrimoine culturel, tel qu'il découle des textes internationaux, européens et de l'article 23 de la Constitution belge, est certes juridique, il ne serait pas nécessairement justiciable, les deux notions étant distinctes. Ainsi la juridicité renvoie-t-elle à l'aptitude d'une règle à produire des effets en droit, alors que la justiciabilité évoque la capacité du justiciable ou du juge à invoquer la règle lors d'un contentieux, se rapprochant de la notion d'effet direct³¹. Certaines facettes du droit au patrimoine culturel, liées à l'accès libre et égal, disposent d'un effet direct, dotant dès lors ce droit d'un certain degré d'effectivité et, partant, de justiciabilité. D'autres facettes du droit au patrimoine culturel – et il s'agit de la majorité – souffrent en revanche de l'absence d'effet direct. L'obligation de *standstill* peut cependant intervenir comme « palliatif³² » et par-là tout de même ouvrir une porte à la justiciabilité de ce droit. L'effet d'orientation d'un droit fondamental constitue enfin un troisième degré d'effectivité, mais relativement faible par rapport aux deux premiers. Vu la triple gradation de l'effectivité et de la justiciabilité du droit au patrimoine

28. *Ibid.*

29. Sur la question de la justiciabilité, voir WALZER Michael, « Philosophy and Democracy », *Political Theory*, vol. 9, 1981, p. 391-392 [en ligne : www.jstor.org/stable/191096], et *contra* FABRE Cécile, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 146, tous deux cités par Olivier De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2010, p. 742-743.

30. Pour une analyse plus approfondie, voir CLIPPELE Marie-Sophie de, « La dimension collective du patrimoine culturel : la nature et les prérogatives des acteurs du collectif. Perspectives de droit belge », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 2020, vol. 50, n° 1-2-3, p. 133-188. DOI : 10.7202/1088131ar

31. DUMONT Hugues, *Droit constitutionnel I*, Syllabus de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, année académique 2012-2013, p. 86 ; OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, p. 303-305.

32. HACHEZ Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Homme (n° 8), 2008, p. 256-289.

culturel, peu de décisions jurisprudentielles ou d'avis légisprudentiels ont jusqu'à présent abordé la question en droit belge, confirmant la faible justiciabilité de ce droit, malgré son caractère constitutionnel.

En résumé, le collectif est titulaire de ce droit au patrimoine culturel à côté du propriétaire et son droit de propriété culturelle, partageant ainsi différents droits sur le bien protégé même si la force normative du premier est bien plus faible que celle du second.

UN INTÉRÊT CULTUREL JURIDIQUEMENT PROTÉGÉ

Troisièmement et finalement, il y aurait un *intérêt culturel* sur le bien protégé à titre de patrimoine culturel, comme une déclinaison de l'intérêt partagé de la propriété culturelle. Le droit du patrimoine culturel porte en effet sur des biens « pétris » d'un intérêt culturel, dès lors juridiquement protégé³³, en raison de leur valeur historique, artistique, culturelle, technique, scientifique, ou sociale, lui offrant de la sorte une dimension collective.

Cet intérêt culturel justifie, d'une part, l'action de l'autorité publique, et participe ainsi à l'intérêt général ou l'intérêt public, c'est-à-dire un intérêt qui assigne « *a priori* un but à l'action des pouvoirs publics », dont le respect est assuré par le recours en excès de pouvoirs³⁴.

D'autre part, l'intérêt culturel est détenu par le collectif, qui, dans son rôle cette fois de « participant »³⁵, intervient pour la protection du patrimoine culturel. En ce sens, le collectif pourrait être qualifié de ce que les auteurs du Rapport français sur l'échelle de communalité nomment la « communauté délibérative » qui comprend les « personnes habilitées à être informées de la destinée de la chose, à participer à la prise de décisions qui la concerne, voire à la gouvernance ou au gouvernement de la

33. CORNU Marie, *Le droit culturel des biens*, op. cit. ; CORNU Marie, WALLAERT Catherine & FROMAGEAU Jérôme (dir.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS Éditions, 2012.

34. ROCHELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles. J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 332.

35. À côté de celui de l'utilisateur, comme expliqué davantage dans CLIPPELE Marie-Sophie de, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, op. cit.

chose³⁶ ». Cela viserait, en droit belge, le droit d'initiative pour demander la protection d'un monument, ouvert aux riverains et associations sous certaines conditions et dans certaines législations belges, tout comme la participation aux enquêtes publiques ou encore les commissions consultatives dont l'avis est parfois contraignant. Tout cela relève de la gouvernance participative pour le patrimoine culturel³⁷, même si force est de constater qu'en termes de pouvoir décisionnel, celui-ci demeure le monopole des autorités publiques compétentes.

Ainsi conçue, la propriété culturelle ne se situerait plus dans un affrontement entre le droit de propriété et la puissance d'intervention publique, mais serait dépassée par une logique « transcendante » de partage et d'inclusion, reconnaissant d'une part le droit fondamental au patrimoine culturel et d'autre part l'intérêt culturel du collectif.

L'INCLUSION DU COLLECTIF, TIERS ENTRE PROPRIÉTAIRE ET AUTORITÉ PUBLIQUE

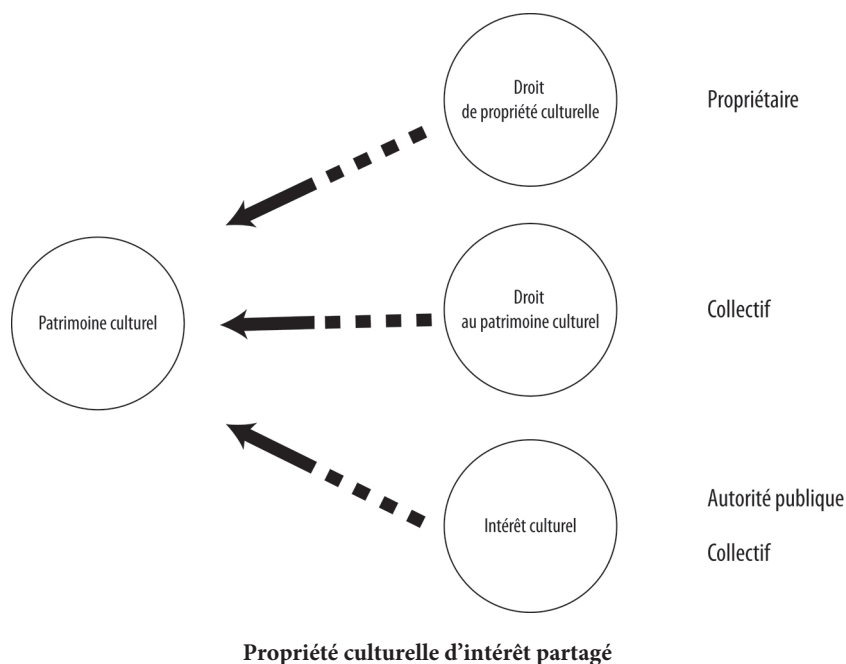
La propriété culturelle d'intérêt partagé vise à ouvrir la réflexion au tiers, faisant apparaître celui qui se trouve parfois à l'arrière-scène, derrière le propriétaire et l'autorité publique : le collectif. Cette notion que nous avons développée dans nos recherches doctrinales s'imbrique évidemment dans la notion de communauté, même si nous cherchions par ce terme à lui offrir un accent spécifique dans le champ du patrimoine culturel et dans l'idée de le distinguer du propriétaire et de l'autorité publique. Sujet vague du droit, le collectif légitime toutefois les actions menées par les autorités pour le patrimoine. L'État ne protège en effet pas le patrimoine pour lui-même, il agit au nom du collectif qu'il représente. Tapi dans l'ombre, le collectif justifie le partage des droits et des obligations, l'inclusion des

36. ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 80.

37. P.O. of the E. UNION, « Participatory governance of cultural heritage : report of THE OMC (Open Method of Coordination) working group of Member States' experts », 18 avril 2018. DOI : 10.2766/984757 ; ADELL Nicolas et al. (dir.), *Between Imagined Communities and Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage*, Göttingen, Göttingen University Press, 2017 ; VAN BALEN Koen & VANDESANDE Aziliz (dir.), *Community Involvement in Heritage, Reflections on Cultural Heritage Theories and Practices*, Antwerpen, Garant, 2015 ; CLIPPELE Marie-Sophie de, « Does the Law Determine What Heritage to Remember? », op. cit.

intérêts et des responsabilités de ces acteurs. Il fait passer une logique de duel à une logique de trio, bien plus intéressante pour penser l'interaction et la relation inclusive.

Comme démontré dans l'image ci-dessous, ce tiers collectif s'intègre tant dans le versant des droits dévolus au propriétaire, en revendiquant des droits d'accès, de jouissance et d'usage, au nom du droit fondamental au patrimoine culturel, que dans celui de l'intérêt culturel que l'autorité publique défend, en participant également à la protection du patrimoine. Le collectif « prend » en effet tant du côté du propriétaire que de celui de l'autorité publique. La tiercisation est en ce sens double, s'investissant dans chacun des deux acteurs en opposition, pour les transcender ensemble. Le rôle hybride du collectif nous semble clairement repris sous le vocable d'« usager-participant », dans la mesure où le collectif est, d'une part, titulaire d'un droit d'accès et d'usage collectif au patrimoine culturel et, d'autre part, détenteur d'un intérêt culturel à participer à la protection du patrimoine. Précisons que le terme, bien qu'utilisé au singulier, se veut refléter une large variabilité, un membre du collectif-usager n'est pas nécessairement un membre du collectif-participant, et vice-versa, même si des recouvrements sont bien entendu possibles. Le parallèle avec les « communautés d'usage » et les « communautés délibératives » du Rapport français sur l'échelle de communalité sont pertinents pour mieux saisir les subtilités des diversifications possibles.



Plus concrètement, notre modèle d'une propriété culturelle d'intérêt partagé invite à un déplacement du regard, pour voir le versant du dialogue et du partage des tâches entre les acteurs liés au patrimoine culturel.

APPLICATION CONCRÈTE DE LA PROPRIÉTÉ CULTURELLE D'INTÉRÊT PARTAGÉ

Ainsi, en prenant l'exemple d'un moulin classé comme monument, plusieurs droits et intérêts pourraient être reconnus ensemble sur ce bien, qui serait alors marqué par le régime d'une propriété culturelle d'intérêt partagé.

Premièrement, un propriétaire, public ou privé, est titulaire d'un droit de propriété culturelle sur le moulin. Cette propriété serait pensée, en son principe, pour garantir la protection du patrimoine culturel et non comme limitée par une ingérence étatique. En vertu du droit existant, le

propriétaire ne peut en effet en faire ce qu'il veut de manière absolue, mais doit veiller à maintenir le bien en bon état, comme le prévoient déjà l'ensemble des législations – belges à tout le moins – relatives au patrimoine culturel. Il s'agit là de charges imposées par des polices administratives. Cependant, à la différence des textes existants qui partent du principe d'une propriété absolue dans laquelle la puissance publique intervient, il s'agit de composer dès le départ avec d'autres droits et intérêts sur le moulin et de reconnaître un propriété fonction de l'intérêt culturel, une propriété culturelle.

Deuxièmement, le collectif peut faire valoir un droit au patrimoine culturel, en vue d'un accès ou d'un usage collectif au moulin, même si ce droit fondamental souffre d'une faible force normative et d'une justiciabilité limitée. Il s'agirait alors des visiteurs, des passants, des voisins ou autres usagers qui forment une communauté diffuse d'usage.

Troisièmement, l'intérêt général de l'autorité publique justifie l'action étatique pour protéger le patrimoine culturel, mais l'intérêt culturel détenu par le collectif doit également être pris en compte, notamment dans la participation aux différentes missions de la protection patrimoniale : l'identification, la description, l'interprétation, la promotion et la gestion du patrimoine culturel. Ainsi les législations existantes reconnaissent dans certains cas et à certaines conditions un intérêt au collectif (dont la délimitation varie selon le rôle imparti) à participer à l'une de ces missions, par un droit d'initiative, par un avis des commissions consultatives composées d'experts et parfois de représentants de la société civile ou encore par des modalités d'inclusion d'organisations citoyennes pour promouvoir, ou même aider à gérer l'accès au bâtiment ou à ses jardins.

Cependant, malgré ces modalités participatives, ces différentes manifestations du collectif, souvent organisées en association, souffrent d'un déficit de reconnaissance de leurs actions et manquent de ressources. Le cumul des rôles de participation, de protection ou de gestion de certaines organisations de protection patrimoniale n'est pas toujours évident.

Par ailleurs, si ce collectif veille à la défense du patrimoine, remplissant alors davantage un rôle de « communauté de contrôle » entendue comme « l'ensemble des personnes habilitées à défendre un droit d'usage ou plus

largement à contrôler [...] l'affectation à un intérêt commun (par exemple de conservation)³⁸ », une lourde responsabilité pèse sur lui. Les membres de cette « communauté de contrôle » ne disposent en effet pas toujours des moyens humains, techniques ou financiers pour veiller à ce que le patrimoine soit ou demeure protégé, et à agir en justice, le cas échéant.

Aussi les législations pourraient-elles davantage veiller à inclure le collectif dans la politique de protection, voire dans d'autres aspects participatifs, tout comme le propriétaire pourrait être davantage intégré afin d'augmenter sa volonté de coopérer.

De la sorte, des affrontements n'auraient plus lieu en aval, par la voie juridictionnelle, mais en amont, en misant sur une collaboration entre le propriétaire et l'autorité publique, et dans la mesure du possible, le collectif. Les discussions entre ces trois différents acteurs qui partagent des droits et des intérêts sur le moulin ne se régleraient pas sur le mode exclusivement unilatéral, mais intégreraient d'emblée les droits et les intérêts. De la pratique ressort en effet le besoin de communication, surtout entre le propriétaire et l'autorité publique.

Plusieurs outils juridiques intéressants existent pour concrétiser le partage des droits et des intérêts. Ainsi est-il intéressant d'explorer le potentiel de l'instrument contractuel, mobilisant le ressort volontaire du propriétaire et/ou du collectif, tout en intervenant de manière complémentaire à la police administrative unilatérale. Une convention conclue entre le propriétaire et l'administration pourrait par exemple prévoir des modalités d'accès et d'usage en faveur du public, tout en restant proportionnée et respectueuse des droits du propriétaire. Des instruments de gestion partagée méritent également d'être étudiés en ce qu'ils permettent de penser un patrimoine finalisé, par la création d'une fondation, et/ou le partage des droits et des responsabilités du propriétaire-gestionnaire et du bénéficiaire-collectif ou par l'établissement d'une fiducie ou d'un *trust*. Le législateur pourrait encourager le développement de tels outils, notamment par des partenariats entre le public et le privé, ou par la transposition du *trust* en un outil équivalent en droit continental, comme la fiducie, reconnue en France par exemple, mais seulement en matière financière.

38. ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 80.

Néanmoins, cette nouvelle perspective d'une propriété finalisée ne pourrait avoir pour effet d'enlever au propriétaire des pouvoirs d'agir lorsque la charge qui lui est imposée s'avère excessive. Ce n'est pas parce que la propriété n'est plus absolue, que la charge pourrait devenir plus lourde, comme si la réduction de son pouvoir signifierait une tolérance plus élevée à la contrainte. Il s'agit, à l'inverse, de prendre au sérieux, par ce modèle, l'ensemble des restrictions qui s'imposent à la propriété, et de lui offrir un paradigme plus positif que celui de la « propriété à charge », axé non sur les limites de l'exigible, mais sur le partage et l'inclusion.

Pour revenir à l'intérêt culturel, ce dernier suppose qu'il faut inclure le collectif non seulement dans les politiques patrimoniales, mais aussi dans le versant des charges/responsabilités, et de l'inviter à investir dans la protection du patrimoine, à côté des aides publiques directes (subventions) et indirecte (fiscalité). À nouveau, et plus concrètement certains instruments permettent de partager la charge financière, par l'investissement privé, le mécénat, ou le *crowdfunding*, chacun impliquant une prise de responsabilité du collectif pour la protection du patrimoine.

Bibliographie indicative

- ADELL Nicolas, BENDIX Regina F., BORTOLOTO Chiara & TAUSCHEK Markus (DIR.), *Between Imagined Communities and Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage*, 2017.
- BERNARD Nicolas, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis : un essai d'évaluation législative*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- BIDAULT Mylène, *La protection internationale des droits culturels*, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- CLIPPELE Marie-Sophie de, « Does the Law Determine What Heritage to Remember? », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, janvier 2021. DOI : 10.1007/s11196-020-09811-9
- , *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Collection générale, n° 157, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020.
- DICTIO Marie, « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre », in Collectif, *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2013, p. 145-161.

- , *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- CORNU Marie, WALLAERT Catherine & FROMAGEAU Jérôme (dir.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS Éditions, 2012.
- DE SCHUTTER Olivier, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010.
- GRUYAERT Dorothy, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016.
- HACHEZ Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Homme (n° 8), 2008.
- JAKUBOWSKI Andrzej (dir.), *Cultural Rights as Collective Rights: an International Law Perspective*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016.
- OST François, *La nature hors la loi: l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003 [1995].
- OST François & VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.
- OST François, MISONNE Delphine & CLIPPELE, Marie-Sophie de, « Propriété et biens communs », in Bénédicte Winiger et al. (dir.), *La propriété et ses limites : Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 26 septembre 2015*, Université de Genève, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 131-172.
- ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, avril 2021, 520 p. [En ligne, consulté le 16/07/2024.] URL : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communale/>, p. 334-340.
- ROMAINVILLE Céline, *Le droit à la culture, une réalité juridique – Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- SALEILLES Raymond, « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art : étude de droit comparé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1895, vol. 5, n° 1, p. 1-98.
- VAN BALEN Koen & VANDESANDE Aziliz (dir.), *Community Involvement in Heritage, Reflections on Cultural Heritage Theories and Practices*, Antwerpen, Garant, 2015.
- VANDENHENDE Lise, « Een evolutieve interpretatie van het EVRM: Is de lans voor het recht op cultureel erfgoed gebroken? », *TROS*, 2019, n° 94, p. 161-173.

Autodétermination des peuples autochtones

Doris FARGET

Professeure, Faculté de science politique et de droit, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal

Alors que dans le langage courant, il est de plus en plus fréquent de parler de *communautés autochtones* s'agissant de l'exercice du droit à l'autodétermination, l'expression consacrée est celle de *peuples autochtones*. La question se pose alors de savoir si l'une ou l'autre de ces expressions est interchangeable. La présente contribution, en retraçant les différents courants théoriques du droit à l'autodétermination des peuples autochtones, permet de comprendre la portée de ce questionnement sémantique.

Mots clés : Auto-affirmation, Autochtone, Autodétermination, Peuples autochtones

Quel est l'apport du droit à l'autodétermination des peuples autochtones pour une réflexion sur les communautés et les pratiques communautaires¹ ? L'objectif de ce texte est de présenter les fondements juridiques de ce droit, son contenu et de terminer par une réflexion à propos de son intérêt pour penser la notion de communauté. Le droit à l'autodétermination est une assise importante pour identifier les contours des communautés autochtones selon les perspectives propres à chacune. S'y intéresser nous permet de comprendre pourquoi l'usage du concept de communauté par les chercheurs et chercheuses ou les législateurs et législatrices, en lieu et place de celui de peuple, soulève des interrogations.

1. Certaines idées de ce texte se retrouvent dans d'autres de mes textes, notamment FARGET Doris, MOTARD Geneviève & FORTIN-LEFEBVRE Émilie, « Les notions d'autodétermination et d'autonomie dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *Les Cahiers du CIERA*, numéro spécial, 2023, p. 13-20. DOI : 10.7202/1099215ar

FONDEMENTS JURIDIQUES DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES AUTOCHTONES

Ancré dans l'histoire des relations coloniales entre les puissances européennes et l'Afrique, l'Asie, l'Océanie et l'Amérique, le droit à l'autodétermination passe du statut de principe à celui de droit humain conféré par l'Organisation des Nations unies dans la seconde moitié du ^{xx}^e siècle².

Outre les articles 1, 2 et 55 de la Charte des Nations unies et les résolutions 1514 et 2625 adoptées en 1960 et en 1970 par l'Assemblée générale des Nations unies, le droit à l'autodétermination est protégé par l'article 1^{er} commun aux deux pactes internationaux, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Cet article 1^{er} dispose que :

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.
2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.
3. Les États partis au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations unies³.

Deux catégories de peuples sont titulaires de ce droit : les peuples sous domination coloniale et ceux qui se trouvent sous occupation étrangère⁴.

2. MACKLEM Patrick, *The Sovereignty of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2015, p. 163-184.

3. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 RTNU, art. 1^{er} (entrée en vigueur : 23 mars 1976) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 RTNU, art. 1^{er} (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

4. CASSESE Antonio, *Self-determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 1995, p. 334.

Le droit à l'autodétermination est également expressément conféré aux peuples autochtones par l'article 3 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA), dans des termes similaires à l'article premier évoqué ci-dessus⁵. L'article 3 de la DNUDPA dispose que :

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel⁶.

C'est dans les mêmes termes que l'article 3 de la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, une résolution adoptée en 2016 par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains, confère le droit à l'autodétermination.

Ce droit a des incidences sur de multiples droits, individuels et/ou collectifs, inscrits dans la DNUDPA, qui tendent à se cristalliser en coutume internationale⁷. Il a d'abord des effets sur l'interprétation des droits humains communément reconnus⁸. Ainsi, le droit à l'éducation des peuples autochtones et de leurs membres doit être interprété sans discrimination et comme protégeant l'accès à des méthodes d'enseignement conformes aux approches autochtones⁹. Le droit à l'autodétermination a ensuite une incidence sur la place prépondérante des institutions et des traditions juridiques autochtones¹⁰. Ce droit se répercute en outre sur la façon de concevoir la définition des identités et des règles d'appartenance¹¹, mais

5. MACKLEM Patrick, *The Sovereignty of Human Rights*, op. cit., p. 11.

6. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés. AG, Doc off. AG NU, 61^e sess., Doc. NU A/RES/61/295 (2007), art. 3 [DNUDPA].

7. ANAYA S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 61-72.

8. Notamment DNUDPA, art. 1, 2, 15 et 24 ; « Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, Réclamer notre pouvoir et notre place », Rapport final, vol. 1a, 2019. [En ligne, consulté le 21/07/2024.] URL : www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Rapport-final-volume-1a-1.pdf, p. 243.

9. YOUNGBLOOD HENDERSON James (Sa'ke'j), *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition*, Vancouver, UBC Press, Purich Publishing, 2008, p. 101.

10. DNUDPA, art. 5, 18 et 34 ; GUNN Brenda L., « Self-Determination and Indigenous Women: Increasing Legitimacy through Inclusion », *Canadian Journal of Women & The Law*, vol. 26, n° 2, 2014, p. 263. DOI : 10.3138/cjwl.26.2.03 ; BORROWS John, *La Constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 305-306.

11. DNUDPA, art. 9 et 33.

aussi dans les matières qui concernent la participation des peuples autochtones aux processus décisionnels, étatiques et territoriaux par exemple. Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones se répercute également sur le droit qui régit le développement économique¹².

LE CONTENU DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION : PLUSIEURS CONCEPTIONS

Bien que l'ancrage commun soit la liberté, plusieurs perspectives cohabitent quant au fondement, au sens, au contenu, à la portée et à l'objectif du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Certaines fondent le comportement des États comme référence déterminant le contenu et la portée du droit à l'autodétermination. D'autres perspectives basent davantage ce contenu et cette portée sur l'agentivité des peuples autochtones. La typologie qui suit sera donc présentée en deux temps et selon ces deux perspectives, qui elles-mêmes connaissent plusieurs déclinaisons.

Le droit à l'autodétermination selon les conceptions marquées par le comportement des États

Au sein de ces conceptions du droit à l'autodétermination, le comportement des États est primordial pour déterminer son contenu et sa portée, puisqu'elles sont fondées sur la seule ou préalable coopération entre le peuple qui exerce son droit et l'État. Ainsi, la détermination à coopérer de l'État, sa posture durant les négociations et les rapports de force qui imprègnent cette négociation sont alors incontournables, que ce soit dans le cadre d'un processus de détermination d'un pacte renouvelé et mutuellement consenti ou au moment de conclure à l'échec de ce processus. Il est intéressant de noter que cet échec peut conduire, en fonction des diverses conceptions que nous aborderons, à la possibilité d'exercer le droit à l'autodétermination dans sa dimension externe.

En effet, le droit à l'autodétermination peut être perçu comme ayant deux dimensions ; l'une interne – qui conduit à l'exercice du libre choix à l'intérieur même des frontières de l'État déjà existant –, et l'autre externe, qui

12. DNUDPA, art. 20, 23 et 25 ; GUNN Brenda, « Self-Determination and Indigenous Women: Increasing Legitimacy through Inclusion », *op. cit.*, p. 263.

inclut alors le droit pour un peuple de faire sécession pour se constituer en nouvel État ou pour fusionner avec un autre État. Bien que le succès de cette dichotomie soit relatif¹³ et qu'elle soit contestée¹⁴, elle révèle que la portée de ce droit varie sur un spectre et que plusieurs interprétations cohabitent en la matière. Cela est particulièrement saisissable avec l'article 3 de la DNUDPA.

Parmi les interprétations de cette disposition, l'une, particulièrement prônée par les États et leurs représentants¹⁵, veut que cette disposition soit interprétée en relation avec les articles 4 et 46 de la DNUDPA, n'en-châssant ainsi que la dimension interne du droit à l'autodétermination, celle qui consiste à s'autogouverner à l'intérieur même des frontières de l'État déjà existant. Dans cette dimension :

[...] the state recognizes Indigenous peoples for the self-determining agents we are. It requires that the state respect the inherent rights and treaty rights of Indigenous peoples, recognize their self-determination and their institutions, and displace colonial legislation with the rights affirmed in the Declaration. It requires every state to represent all the people within its borders without discrimination, establish new collaborative and co-operative relations, and reaffirm that the assimilation or exploitation of any people constitutes a violation of their human rights¹⁶.

Une autre interprétation, très présente dans le discours des représentants autochtones ayant participé à la rédaction de la DNUDPA, n'exclut pas l'exercice d'un plein droit à l'autodétermination incluant sa dimension externe¹⁷, une avenue cependant peu recherchée par les peuples autochtones¹⁸. Selon les perspectives qui vont être présentées ci-dessous – droit à l'autodétermination comme droit humain collectif, droit à

13. RUIZ VIEYTEZ Eduardo J., « Réflexions sur la nature de l'autodétermination de la perspective des droits de l'homme », 2012, *Les Cahiers du CRIDAQ*, n° spécial, 3, p. 14. [En ligne, consulté le 22/07/2027.] URL : https://www.cridaq.uqam.ca/IMG/pdf/Cahier-3-_REDUIT.pdf

14. ANAYA S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, op. cit.

15. DAES Erica-Irene A., « An Overview of the History of Indigenous Peoples: Self-Determination and the United Nations », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, n° 1, 2008, p. 7-26 : 15. DOI : 10.1080/09557570701828386

16. YOUNGBLOOD HENDERSON James (Sa'ke'j), op. cit., p. 96.

17. DAES Erica-Irene A., « An Overview of the History of Indigenous Peoples: Self-Determination and the United Nations », op. cit., p. 15-17.

18. Pour le contexte canadien, voir BORROWS John, *Freedom & Indigenous Constitutionalism*, 2016, New York, University of Toronto Press, p. 222.

l'autodétermination comme outil de justice distributive et droit à l'autodétermination comme notion hybride –, lorsque cette dimension externe du droit à l'autodétermination est présente, elle repose sur l'échec des négociations avec l'État relativement aux processus d'autonomie gouvernementale ou sur le non-respect par ce dernier de normes fondamentales vis-à-vis les peuples autochtones.

Le droit à l'autodétermination : un droit humain collectif

Selon cette première perspective, le droit à l'autodétermination est un droit humain de nature collective, composante de la dignité humaine¹⁹. James Anaya est l'un des chefs de file de cette interprétation qui opère une rupture avec l'interprétation westphalienne et individualiste du droit à l'autodétermination²⁰. Selon lui,

self-determination is identified as a universe of human rights percepts concerned broadly with peoples, including indigenous peoples, and grounded in the idea that all are equally entitled to control their own destinies. Self-determination gives rise to remedies that tear at the legacies of empire, discrimination, suppression of democratic participation, and cultural suffocation²¹.

Selon Anaya, « dans le contexte des peuples autochtones [le régime d'autodétermination] ne favorise pas la formation de nouveaux États²² ». Dans cette dimension interne, les droits conférés aux peuples autochtones le sont dans le respect des obligations internationales en matière de droits humains et de libertés fondamentales²³.

Erica-Irene Daes, quant à elle, définit le droit à l'autodétermination des peuples autochtones ainsi :

[...] the right of self-determination of indigenous peoples should be ordinarily interpreted as the right of these people to negotiate freely their political

19. RUIZ VIEYTEZ Eduardo J., « Réflexions sur la nature de l'autodétermination de la perspective des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 5.

20. ANAYA S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, *op. cit.*, p. 52-53.

21. *Ibid.*, p. 98 et p. 110-115.

22. *Ibid.*, p. 104 [notre traduction].

23. DNUDPA, art. 46 (§2).

status and representation in the states in which they live. This process may be described as a kind of belated state-building, through which indigenous peoples are able to join with all the other peoples that comprise the state on mutually agreed-upon and just terms after many years of isolation and exclusion. This process does not require the assimilation of individuals, as citizens like all others, but the recognition and incorporation of distinct peoples in the fabric of the state on agreed terms²⁴.

D'autres autrices, soucieuses de protéger les droits des femmes autochtones dans les processus d'autodétermination, vont aussi dans le sens d'inscrire le droit à l'autodétermination dans cette perspective²⁵. Par exemple, Rauna Kuokkanen, professeure Sámi, présente le projet d'autodétermination autochtone comme un phénomène reproduisant les relations de pouvoir et la dépossession économique des femmes autochtones²⁶. Bien que tous les droits inscrits dans la Déclaration soient garantis équitablement aux hommes et aux femmes autochtones²⁷, les ententes d'autonomie gouvernementale conclues entre les gouvernements et les peuples autochtones au Canada sont démonstratives de cette reproduction des relations de pouvoir²⁸. Selon cette autrice, l'exercice du droit à l'autodétermination devrait ainsi contenir une perspective inclusive du genre et une implication significative des femmes autochtones²⁹.

Selon cette perspective sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, ces derniers ont le droit de renégocier librement le pacte constitutif et les conditions de la coexistence avec l'État. En fonction des auteur·e·s, cette renégociation se fait en prenant en compte de manière

24. DAES Erica-Irene A., « An Overview of the History of Indigenous Peoples: Self-Determination and the United Nations », *op. cit.*, p. 23

25. KUOKKANEN Rauna, « Self-Determination and Indigenous Women's Rights at the Intersection of International Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 225-250. DOI : 10.1353/hrq.2012.0000 ; GUNN Brenda L., « Self-Determination and Indigenous Women: Increasing Legitimacy through Inclusion », *op. cit.*

26. KUOKKANEN Rauna, « Self-Determination and Indigenous Women's Rights at the Intersection of International Human Rights », *op. cit.*, p. 226.

27. DNUDEPA, art. 44.

28. KUOKKANEN Rauna, « Self-Determination and Indigenous Women's Rights at the Intersection of International Human Rights », *op. cit.*

29. *Ibid.*

plus ou moins inclusive les différentes composantes ou voix que comporte un peuple autochtone, en particulier celle des femmes.

Le droit à l'autodétermination : un outil de justice distributive du pouvoir

Selon cette perspective, le droit à l'autodétermination, tout en permettant l'exercice du libre choix politique, économique, social et culturel des peuples autochtones, serait aussi un droit qui protège la « répartition juste des pouvoirs souverains³⁰ ».

Plus précisément, pour Patrick Macklem,

the right of self-determination now stands to promote a just distribution of sovereign power by both protecting existing States and authorizing the formation of a new one when an existing State fails to secure effective measures of political representation – what international law refers to as « internal self-determination » – for a people in its midst³¹.

Selon cet auteur, le droit à l'autodétermination comprend donc l'objectif d'atténuer les effets de la distribution contemporaine de la souveraineté dans le monde, que ce soit par sa dimension interne ou, lorsque cette dernière échoue, par sa dimension externe³². La proposition de James Youngblood Henderson s'inscrit dans une perspective similaire. Selon cet auteur, le droit à l'autodétermination permet, d'une part, la réconciliation des institutions traditionnelles avec les droits humains et, d'autre part, une démocratie juste et inclusive³³.

Le droit à l'autodétermination : une notion hybride

Selon d'autres auteurs, tel Andrew Erueti, l'interprétation du droit à l'autodétermination comme droit humain coexisterait avec « un modèle de décolonisation » au sein de la DNUDPA :

30. MACKLEM Patrick, *The Sovereignty of Human Rights*, *op. cit.*

31. *Ibid.*, p. 29.

32. *Ibid.*, p. 164-165.

33. YOUNGBLOOD HENDERSON James (Sa'ke'j), *op. cit.*, p. 101-103.

The decolonization model speaks to a nation-to-nation relationship between Northern indigenous peoples and CANZUS³⁴ states, whereas a human rights model applies, and in fundamental ways depends on, existing configurations of state power. The decolonization model indicates that self-determination in the Declaration on Indigenous Peoples offered indigenous peoples the option of independence should indigenous peoples and states fail to negotiate their terms of co-existence³⁵.

Dans cette perspective, les deux dimensions, internes et externes, du droit à l'autodétermination sont à nouveau présentes et le rôle de l'État reste déterminant, que la configuration de départ entre ce dernier et les peuples autochtones soit maintenue ou que la voie de l'indépendance soit ouverte par l'échec de la négociation avec l'État.

Selon les trois perspectives que nous venons d'examiner, le contenu et la portée du droit à l'autodétermination sont amplement déterminés par le rôle et l'approche qu'a l'État dans ses relations et ses négociations avec les peuples autochtones. Selon les perspectives qui suivent, ce déterminant est atténué, voir absent, puisque la/les volonté-s des peuples autochtones dans les processus d'autodétermination sont davantage considéré-e-s.

LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION SELON LES CONCEPTIONS MARQUÉES PAR L'AGENTIVITÉ DES PEUPLES AUTOCHTONES

Plusieurs auteur·e-s autochtones adhèrent à de telles conceptions³⁶, chacun·e y incorporant ses propres nuances. Nous nous concentrerons ci-dessous sur deux perspectives : celle de l'auto-affirmation portée par l'auteur Déné Glen Coulthard et sur la perspective relationnelle du professeur Anichinabé John Borrows.

34. Le CANZUS réunit les États suivants : le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis.

35. ERUETI Andrew, « The Politics of International Indigenous Rights », *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n° 4, 2017, p. 569-595 : 584. DOI : 10.3138/utlj.67.5

36. Notamment TURNER Dale, *This Is Not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy*, 2006, Toronto, Toronto University Press ; BETASAMOSAKE SIMPSON Leanne, *Dancing on Turtle Back. Stories of Nishnaabeg Re-Creation, Resurgence, and a New Emergence*, 2011, Winnipeg, ARP Books ; TATAIAKE Alfred, *Peace, Power, Righteousness: Un Indigenous Manifesto*, 2009, New York-Toronto, Oxford University Press.

La perspective de l'auto-affirmation

Dans cette perspective, « les rapports de reconnaissance sont des éléments constitutifs de la subjectivité et [...] constituent, lorsqu'ils sont inégaux, une entrave à la liberté humaine³⁷ ». En rupture avec ces rapports et inspiré des travaux de Frantz Fanon, Glen Coulthard propose plutôt l'avenue de l'auto-affirmation et de l'autoreconnaissance personnelle et collective comme perspective d'autodétermination³⁸. Cette perspective consiste à « [...] lutter pour la liberté selon ses propres conditions et en vertu de ses propres valeurs », « à développer une « ontologie et une épistémologie postcoloniale distincte³⁹ ». Plus précisément, cette perspective conduit à « la réévaluation, la reconnaissance et [au] redéploiement des formes culturelles autochtones afin d'imaginer des solutions radicales aux dimensions structurelles et psychologiques de la domination culturelle⁴⁰ ».

Dans cette perspective, peu importe comment le droit à l'autodétermination se concrétise, il consiste en un droit inhérent, impulsé par et selon les valeurs autochtones. Il prend donc racine dans la volonté et les choix du peuple qui s'autodétermine et se fonde inévitablement sur « la revitalisation des traditions culturelles » et sur des relations de nations à nations nourries par la résurgence comme processus d'autodétermination et de décolonisation⁴¹. Ce processus de résurgence a plusieurs facettes⁴². Il implique à la fois l'interaction avec l'État colonial et la construction parallèle de « structures juridiques et souveraines alternatives, décoloniales, non discriminatoires et non fondées sur l'exploitation économique, [il s'agit de] structures inspirées du renouvellement critique de nos meilleures traditions juridiques et politiques⁴³ ».

37. COULTHARD Glen Sean, *Peau rouge, masques blancs. Contre la politique coloniale de la reconnaissance*, Montréal, Lux, 2021, p. 82.

38. *Ibid.*, p. 81-91.

39. *Ibid.*, p. 83.

40. *Ibid.*, p. 91.

41. *Ibid.*, p. 193.

42. *Ibid.*, p. 275-298.

43. *Ibid.*, p. 298.

Le droit à l'autodétermination selon la perspective relationnelle

Alors que la perspective précédente présente une approche commune et insiste sur les formes de subordination qui peuvent s'immiscer et se réimmiscer, notamment sous couvert de réconciliation dans les processus de négociation avec l'État⁴⁴, la perspective relationnelle du droit à l'autodétermination souligne l'importance des contextes locaux dans lesquels s'exerce le droit à l'autodétermination.

Selon John Borrows, la liberté se distingue de l'absence de coercition et de contrainte⁴⁵. Elle est plutôt complexe, relationnelle et fondée sur des interdépendances saines⁴⁶.

It is the ability to work in cooperation with others to choose, create, resist, reject, and change laws and policies that affect your life. [...]. Indigenous peoples must enjoy freedoms « from », freedoms « to », freedoms « with », and freedom « alongside » other people in order to responsibly own themselves and their relationships (dibenindizowin)⁴⁷.

La liberté est aussi renforcée par un principe anishnabe, celui du *mino-bimaadiziwin*. « [M]ino-bimaadiziwin [living a good life] emphasizes an individual's "power control" within a broader network of relationships as a physical and social fact⁴⁸. » Tout comme ce principe, la liberté suppose qu'une personne libre contrôle sa façon d'interagir avec les autres⁴⁹. Dans cette définition de la liberté, marquée par « les contingences contextuelles⁵⁰ », l'interdépendance avec les Autres (peuples, humains et plus qu'humains) et le contrôle des interactions qui en résultent, conduisent le droit à l'autodétermination à prendre de multiples formes. Ce dernier peut se concrétiser tant par des actes de rébellion ou de résistance, que par des pratiques de coopération⁵¹. Dans ce contexte, puisque l'autodétermination

44. *Ibid.*, p. 193.

45. BORROWS John, *Freedom & Indigenous Constitutionalism*, op. cit., p. 12.

46. *Ibid.*, p. 6.

47. *Ibid.*, p. 12-13.

48. *Ibid.*, p. 6.

49. *Ibid.*, p. 7.

50. *Ibid.*, p. 163 et 179.

51. *Ibid.*, p. 14, 17, 100-102.

sert d'abord à avancer l'agentivité des peuples autochtones⁵², il n'y a pas d'absolu. En fonction des contextes et du type d'interaction choisi, le droit à l'autodétermination peut se matérialiser par la coopération avec l'État ou en rupture avec celle-ci⁵³.

LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES AUTOCHTONES ET SES INCIDENCES POUR LA RÉFLEXION SUR LA NOTION DE COMMUNAUTÉ

À l'issue de ce texte, on aura compris que, bien que « le sens du mot peuple reste assez incertain⁵⁴ », cette formule, aujourd'hui consacrée pour qualifier les peuples autochtones, a une incidence majeure sur l'exercice du droit à l'autodétermination. Ce droit, peu importe son étendue, est strictement consacré aux communautés ou aux entités qui se qualifient à ce titre⁵⁵. Nous affirmons donc que la formule « peuple » supplante celle de « communauté » pour certaines communautés d'intérêt ou de choses, en particulier les « communautés autochtones », en raison du régime juridique qui l'accompagne. Cette interprétation est d'autant plus importante vu les défis rencontrés par les peuples autochtones durant le processus de négociation de la DNUDPA quant à l'acceptation par les États d'incorporer ce statut de peuple à la résolution⁵⁶. Cette interprétation importante conduit à poser quatre séries de questions.

Premièrement, alors que le droit à l'autodétermination est dévolu à des peuples⁵⁷, quels sont les intérêts et les répercussions juridiques associés à l'usage, en particulier par les législateurs, de la formule « communautés » en lieu et place de celle de « peuples » ? L'usage de la notion de « communautés » a-t-il une incidence sur l'exercice du droit à l'autodétermination conféré aux peuples autochtones par la DNUDPA ? Quels seraient les effets de l'usage de cette notion moins intrinsèquement associée à ce droit ? Cet

52. *Ibid.*, p. 164.

53. *Ibid.*, p. 179.

54. Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998], 2 RCS 217, §123.

55. *Ibid.*

56. ANAYA S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, *op. cit.*, p. 100-103 ; GUNN Brenda L., « Self-Determination and Indigenous Women: Increasing Legitimacy through Inclusion », *op. cit.*, p. 259 ; DAES Erica-Irene A., « An Overview of the History of Indigenous Peoples: Self-Determination and the United Nations », *op. cit.*, p. 12-13.

57. MACKLEM Patrick, *The Sovereignty of Human Rights*, *op. cit.*, p. 11.

usage pourrait-il lisser, voire effacer l'accès ou la mobilisation du droit à l'autodétermination clairement conféré aux peuples, parmi lesquels les peuples autochtones ? Pourrait-il diluer le statut historique et politique spécifique des peuples autochtones ?

Deuxièmement, selon l'auteur James Anaya, le terme « peuples » rassemble ou inclut la multitude des groupes autochtones à travers le monde, « chacun ayant ses propres caractéristiques sociales, culturelles et politiques ancrées dans un contexte historique riche⁵⁸ ». La formule « communautés » serait-elle moins inclusive de cette riche pluralité de l'autochtonie au plan mondial ? Au contraire, dans certains contextes géographiques spécifiques, pourrait-elle être complémentaire ? À ce niveau, comment interagit-elle avec celle de « peuples » ?

Troisièmement, la formule « peuples autochtones » rappelle la présence ancestrale et l'ancrage colonial de la structure des États⁵⁹. Elle est de plus en plus associée à des processus d'autochtonisation et de décolonisation des institutions⁶⁰. Elle a donc trait à des engagements étatiques et institutionnels propres, résultant des contextes coloniaux vécus par les peuples autochtones et difficilement reproductibles hors de ces contextes. La notion de « communautés autochtones » est-elle porteuse de ce bagage colonial particulièrement ancré au sein de ce qu'est aujourd'hui l'Amérique, un bagage certes inconfortable, mais dont la présence et les effets sont contemporains et dont nous devons politiquement et juridiquement nous préoccuper ? La notion de « communautés autochtones » est-elle le dépositaire de ce bagage et des engagements institutionnels qui devraient en résulter ? Ou conduit-elle plutôt à lisser ces réalités historiques, politiques et actuelles du colonialisme, voire à les confondre avec d'autres réalités ancrées dans d'autres contextes ? Si oui, quels seraient les effets de l'usage de la notion de « communautés autochtones » sur les régimes juridiques mobilisables par ces peuples ? Par exemple, cet usage affecterait-il l'accès des peuples autochtones au droit à l'autodétermination ? Avec cet usage, est-il plus évident pour les États de passer outre le respect de ce droit ?

58. ANAYA S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, op. cit., p. 100, [notre traduction].

59. ERUETI Andrew, « The Politics of International Indigenous Rights », op. cit.

60. GREEN Joyce, « Autodétermination, citoyenneté et fédéralisme : pour une relecture autochtone du palimpseste canadien », *Politique et sociétés*, vol. 23, n° 1, 2004, p. 9-32. DOI : 10.7202/009505ar

Quatrièmement, cette réflexion sur le droit à l'autodétermination comporte un dernier élément porteur pour penser les notions de communautés, particulièrement la perspective relationnelle qui insiste sur les contingences locales ainsi que la perspective des droits humains qui rappelle l'importance de respecter les droits des femmes autochtones dans ces processus. Vu la pluralité des voix qui s'expriment à l'intérieur d'un peuple tout comme à l'intérieur d'une communauté, elle met en perspective la notion d'intérêt commun en soulevant notamment la question de son interaction avec d'autres intérêts auxquels adhèrent une seule partie des membres de la communauté. Par exemple, alors que les femmes autochtones ont des rôles et des responsabilités propres relatives au territoire⁶¹, comment, concrètement, « les communautés autochtones » s'autodéterminent-elles à propos d'un intérêt commun tel que le territoire, tout en respectant la/les voix des femmes ? Quels sont les mécanismes ancrés au sein des traditions juridiques autochtones et permettant d'assurer la représentativité des voix exprimées dans ces processus d'autodétermination ? Enfin, comment articuler les notions d'intérêt ou de bien commun, alors que les communautés sont polyphoniques et qu'elles sont traversées par des rapports de pouvoir, ceux-ci étant dans certains cas évidents et dans d'autres moins tangibles ?

Pour conclure, cette entrée sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones démontre bien l'importance de se saisir du contexte d'énonciation derrière le choix de l'usage de la formule « communauté », le contexte colonial ayant créé des ruptures telles, en termes de souveraineté et de traditions juridiques applicables sur un même territoire, que la formule « peuples » est à privilégier pour qualifier les Autochtones, vu la nature des droits qu'elle leur confère et, spécifiquement pour le droit à l'autodétermination, vu le potentiel de rééquilibrage qu'il comporte.

61. BASILE Suzy, *Le rôle et la place des femmes Atikamekw dans la gouvernance du territoire et des ressources naturelles*, 2017, Thèse de doctorat, Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue. [En ligne, consulté le 22/07/2024.] URL : depositum.uqat.ca/id/eprint/703/ ; VAN WOUDEBERG Gerdine, « "Des femmes et de la territorialité". Début d'un dialogue sur la nature sexuée des droits des autochtones », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 34, n° 3, 2004, p. 75-86. DOI : 10.7202/1082187ar

Bibliographie indicative

- ÅHRÉN Mattias, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2016.
- ANAYA James S., *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 2004.
- BASILE Suzy, *Le rôle et la place des femmes Atikamekw dans la gouvernance du territoire et des ressources naturelles*, Thèse de doctorat, Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue, 2017. [En ligne, consulté le 22/07/2024.] URL : depositum.uqat.ca/id/eprint/703/
- BETASAMOSAKE SIMPSON Leanne, *Dancing on Turtle Back. Stories of Nishnaabeg Re-Creation, Resurgence, and a New Emergence*, 2011, Winnipeg, ARP Books.
- BORROWS John, *Freedom & Indigenous Constitutionalism*, New York, University of Toronto Press, 2016.
- CASSESE Antonio, *Self-determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 1995.
- COULTHARD Glen Sean, *Peau rouge, masques blancs. Contre la politique coloniale de la reconnaissance*, Montréal, Lux, 2021.
- DAES Erica-Irene A., « An Overview of the History of Indigenous Peoples: Self-Determination and the United Nations », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, n° 1, p. 7-26, 2008. DOI : 10.1080/09557570701828386
- ERUETI Andrew, « The Politics of International Indigenous Rights », *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n° 4, 2017, p. 569-595. DOI : 10.3138/utlj.67.5
- GREEN Joyce, « Autodétermination, citoyenneté et fédéralisme : pour une relecture autochtone du palimpseste canadien », *Politique et sociétés*, vol. 23, n° 1, 2004, p. 9-32. DOI : 10.7202/009505ar
- KUOKKANEN Rauna, « Self-Determination and Indigenous Women's Rights at the Intersection of International Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 225-250. DOI : 10.1353/hrq.2012.0000
- , *Restructuring Relations. Indigenous Self-Determination, Governance, and Gender*, New York, Oxford University Press, 2019.
- MACKLEM Patrick, *The Sovereignty of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2015.
- RUIZ VIEYTEZ Eduardo J., « Réflexions sur la nature de l'autodétermination de la perspective des droits de l'homme », *Les Cahiers du CRIDAQ*, Numéro spécial, 3, p. 14, 2012. [En ligne, consulté le 22/07/2027.] URL : www.cridaq.uqam.ca/IMG/pdf/Cahier-3-_REDUIT.pdf

- TAIAIAKE Alfred, *Peace, Power, Righteousness: Un Indigenous Manifesto*, New York-Toronto, Oxford University Press, 2009.
- TURNER Dale, *This Is Not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy*, Toronto, Toronto University Press, 2006.
- WATSON Irene (dir.), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, New York, Routledge, 2017.
- VAN WOUDENBERG Gerdine, « “Des femmes et de la territorialité”. Début d’un dialogue sur la nature sexuée des droits des autochtones », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 34, n° 3, 2004, p. 75-86. DOI : 10.7202/1082187ar
- YOUNGBLOOD HENDERSON James (Sa’ke’j), *Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition*, Vancouver, UBC Press, Purich Publishing, 2008.

Traditions juridiques autochtones

Doris FARGET

Professeure, Faculté de science politique et de droit,
Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal

L'autrice invite à considérer la pluralité des sources et des traditions juridiques afin de démontrer que les communautés, en l'occurrence les communautés autochtones, sont des centres de production du droit.

Mots clés : Pluralisme juridique, Traditions juridiques, Traditions juridiques autochtones

Quel est l'apport des traditions juridiques autochtones pour une réflexion sur les communautés et les pratiques communautaires¹ ? L'objectif de ce texte est de démontrer qu'en mobilisant une perspective pluraliste sur le droit, il est possible d'effectuer une observation plus complète et plus complexe des phénomènes juridiques tels qu'ils se déploient dans les vies quotidiennes des individus, des peuples autochtones et des communautés². En effet, la lunette du pluralisme juridique révèle que les communautés et les pratiques communautaires sont génératrices de normativité. Vu le vaste champ d'étude que représentent les études pluralistes sur le droit, nous nous basons ici sur l'exemple propre des peuples et traditions juridiques autochtones pour illustrer notre propos. Mises sous silence, effacées et dévaluées par le colonialisme³, notamment par les inacceptables doctrines de la découverte et de

-
1. Certaines idées de ce texte se retrouvent dans d'autres de mes textes, notamment FARGET Doris & HOUE Nicolas, « Documentation et mobilisation des traditions juridiques autochtones comme fondements normatifs d'ordres juridiques contemporains : de quelques approches méthodologiques possibles », *Revue générale de droit*, vol. 53, n° 1, 2023, p. 49-82. DOI : 10.7202/1102327ar
 2. MACDONALD Roderick, *Lessons of Everyday Law*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002.
 3. FRIEDLAND Hadley & NAPOLEON Val, « Gathering the Threads: Indigenous Legal Methodology », *Lakehead Law Journal*, vol. 1, n° 1, 2015, p. 33. [En ligne, consulté le 24/07/2024.] URL : lj.lakeheadu.ca/article/view/1408

l'occupation⁴, les traditions juridiques autochtones observées par la lunette du pluralisme juridique sont ainsi considérées comme sources normatives.

Ce texte reviendra donc, dans un premier temps, sur les théories du pluralisme juridique. Il présentera, dans un second temps, des mises en garde de nature terminologique avant d'introduire, dans un troisième temps, les notions de traditions juridiques et de traditions juridiques autochtones. Enfin et avant de conclure, il posera quelques jalons concernant la revitalisation des traditions juridiques autochtones, notamment quelques pistes de réflexion de nature méthodologique.

LES THÉORIES DU PLURALISME JURIDIQUE

Selon Griffiths,

It is when in a social field more than one source of « law », more than one « legal order », is observable, that the social order of that field can be said to exhibit legal pluralism. [...] « Legal pluralism » refers to the normative heterogeneity attendant upon the fact that social action always takes place in a context of multiple, overlapping « semi-autonomous social fields », which, it may be added, is in practice a dynamic condition⁵.

Les théories du pluralisme juridique valorisent une perspective polycentrique ou sociocentrique du droit, s'opposant au monisme juridique⁶. « [L]e droit ne provient donc plus d'un foyer unique, source de toute normativité, mais de foyers multiples, très diversement enracinés dans la société; au "droit monologique", reposant sur la "transitivité", la génération des normes s'effectuant suivant un processus en cascade, succède un droit "dialogique", reposant sur "l'intransitivité" – "droit d'Hermès", s'appuyant sur une multiplicité d'acteurs juridiques⁷. » En rupture avec le

4. BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, coll. Politeia, 2020, p. 24-30.

5. GRIFFITHS John, « What is Legal pluralism », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n° 24, 1986, p. 1-55 : 38. DOI : 10.1080/07329113.1986.10756387

6. TIMSIT Gérard, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.

7. Gérard Timsit, cité par CHEVALLIER Jacques, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, n° 1, 1998, p. 50. [En ligne, consulté le 24/07/2024.] URL : <https://hal.science/hal-01728680>

monopole exercé par l'État sur la production du droit, les théoricien-ne-s pluralistes considèrent ainsi l'existence simultanée de plusieurs ordres normatifs autonomes et concurrentiels à l'œuvre sur un même territoire et ayant des sources de légitimité différentes⁸. Une telle perspective va de concert avec l'étude des processus fluctuant d'incorporation, de coopération, de séparation ou de rejet des phénomènes normatifs non étatiques par ceux étant de nature étatique⁹ ou, comme les présente Ghislain Otis, des rapports de coexistence ou d'interaction entre ordres juridiques¹⁰. Outre le fait qu'une telle perspective sur le droit permet l'étude du droit vivant¹¹, elle rend aussi possible l'observation, d'une part, des phénomènes de circulation normative à laquelle nous incite Sally Engle Merry¹² et, d'autre part, des usages et des mobilisations du droit par les justiciables dans la vie du quotidien¹³. En élargissant le regard que nous posons sur le droit, ces théoricien-ne-s renouvellent ainsi ce que signifie le droit :

Law includes both formal and informal elements. It pivots around deeply complex explicit and implicit ideas and practices related to respect, order, and authority. Laws arise whenever interpersonal interactions create expectations and obligations about proper conduct¹⁴.

À titre de nouveau prisme épistémique fondé sur la « juridiversité¹⁵ », le pluralisme juridique décroïssonne l'analyse du droit. Il souligne alors la multiplicité des centres de production normatifs, l'égale valeur des

8. BORROWS John, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 8 ; GRAMMOND Sébastien, « L'appartenance aux communautés Inuit du Nunavik : un cas de perception de l'ordre juridique Inuit ? », *Revue canadienne droit et société*, vol. 23, n°1-2, 2008, p. 94. DOI : 10.1017/S0829320100009595

9. ROULAND Norbert, *L'anthropologie du droit*, Paris, PUF, 1995, 2^e éd., p. 91-92.

10. OTIS Ghislain, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Ghislain Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Karthala, Paris, 2012, p. 10.

11. Ehrlich Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936.

12. ENGLE MERRY Sally & LEVITT Peggy, « The Vernacularization of Women's Human Rights », in Jack Snyder, Leslie Vinjamuri, et Stephen Hopgood (dir.), *Human Rights Futures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 213-236.

13. NADER Laura, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, Berkeley, University of California Press, 2005.

14. BORROWS John, *Canada's Indigenous Constitution*, op. cit., p. 7

15. OTIS Ghislain, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », op. cit., p. 18.

normativités plurielles qui en résultent et leurs possibles interactions. Ce faisant, il met un terme aux « hiérarchies fictives [eurocentriques] qui ont rendu certaines lois plus exécutives que d'autres¹⁶ ». En ce sens, il décline au rang de mythe le centralisme juridique¹⁷ fabriqué par les puissances coloniales. Le pluralisme juridique s'inscrit alors dans la mouvance de la sociologie des émergences¹⁸ et contribue à rendre visibles les normativités autochtones, à considérer leur contenu et l'étude de leur rapport d'interaction avec le droit de l'État. Pour mieux comprendre les rapports entre les différents ordres normatifs à l'œuvre, la typologie rappelée par Sébastien Grammond est intéressante à introduire, distinguant le « pluralisme juridique intra-étatique » du « pluralisme juridique extra-étatique ». Selon ce même auteur, « [l]e pluralisme intra-étatique se rencontre fréquemment en matière autochtone, lorsque le droit canadien délègue des pouvoirs spécifiques à des organes composés d'autochtones ou élus par les autochtones¹⁹ ». Au contraire,

Le pluralisme extra-étatique, [...] s'intéresse à l'existence parallèle de plusieurs ordres juridiques qui n'obéissent pas une même règle suprême. En matière autochtone, cela signifie qu'on ne s'intéresse plus aux pouvoirs délégués par l'État canadien, mais plutôt aux systèmes normatifs qui existent au sein des peuples autochtones, indépendamment du droit canadien. [...] Le pluralisme extra-étatique ne cherche pas à établir une quelconque hiérarchie entre deux ou plusieurs ordres juridiques qui interagissent. En effet, on ne peut juger de la validité du droit autochtone aux yeux du droit canadien, pas plus qu'on ne peut juger de la validité du droit allemand selon le droit japonais, puisque l'on a affaire à des ordres juridiques séparés²⁰.

16. BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 21

17. GRIFFITHS John, « What is Legal pluralism », op. cit., p. 4.

18. DE SOUSA SANTOS Boaventura, « Épistémologie du Sud », *Études rurales*, n° 187, 2011, p. 21-50. DOI : 10.4000/etudesrurales.9351

19. GRAMMOND Sébastien, « L'appartenance aux communautés Inuit du Nunavik : un cas de perception de l'ordre juridique Inuit ? », op. cit., p. 96.

20. *Ibid.*, p. 497.

TERMINOLOGIE

S'ouvrir aux diverses formes de normativités saisissables à partir des théories du pluralisme juridique va de pair avec une réflexion critique sur les formes de catégorisation et de classification que les juristes effectuent et sur les concepts et les véhicules utilisés pour le faire.

Premièrement, selon Mogobe Ramose,

customary law is not neutral, value-free scientific classification in the sphere of jurisprudence. On the contrary, customary law is, properly constructed, a historical and value-laden experience and concept. As a historical experience, customary law is the manifestation of power relations often privileging the position and ideas of the powerful over the weak. Seen from this perspective, African customary law is the name conferred by the conqueror in the unjust wars of colonization upon the living law of the Indigenous conquered peoples of Africa in general and South Africa in particular²¹.

De plus, selon Borrows, le droit coutumier reproduit « des stéréotypes troublants sur ces sociétés. Alors qu'une partie du droit autochtone est coutumier, ce droit peut aussi être positif, délibératif, ou fondé sur des théories du droit divin ou naturel²² ». La notion de « coutumes » apparaît donc incomplète et fondée sur les théories socio-évolutionnistes, vouée à distinguer le droit des peuples colonisés du droit produit par les États, pour asseoir l'idée selon laquelle les peuples autochtones n'étaient pas dotés d'un droit et pouvaient donc être colonisés²³. Sur cette base, il paraît fondamental de s'en distancier.

Deuxièmement, nous nous distançons aussi de la notion de système juridique, intimement liée au système juridique étatique basé, d'une part, sur la codification du droit en vue d'une normativité cadrée, technique, systématique et délimitée et, d'autre part, sur l'autonomie, l'exclusivité

21. Mogobe Ramose, cité dans BLACK C. F., *The Land is the Source of the Law*, New York, Routledge, p. 12.

22. BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 19.

23. L'un des premiers anthropologues à faire allusion à l'établissement de cette distinction est Isaac Schapera en 1938. Voir SCHAPERA Isaac, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, International African Institute-LIT, Woodbridge (RU), Boydell and Brewer, 1994 [1938], p. 35-38.

et l'incompatibilité des systèmes les uns avec les autres²⁴, n'envisageant les relations entre ces systèmes que sous l'angle de l'indépendance ou de la subordination. Il en résulte que la notion de « système juridique » met de côté la réflexion sur les fondements externes de ces systèmes et s'avère insuffisante pour comprendre le droit²⁵. D'où l'usage de la notion de traditions juridiques, une notion utilisée au pluriel pour souligner la diversité et l'hétérogénéité de ces traditions.

DÉFINITION DE LA NOTION DE TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES

Avant de définir ce que sont les traditions juridiques autochtones, il paraît fondamental de préciser la notion de « traditions juridiques » telle qu'élaborée par Patrick Glenn.

La notion de tradition(s) juridique(s)

Selon Patrick Glenn, la notion de tradition juridique permet de considérer le droit, ses fondements et son contexte, de manière vivante, dynamique, normative, complexe et ouverte. Ainsi :

[u]ne tradition juridique [...] est un ensemble d'attitudes historiquement conditionnées et profondément enracinées relatives à la nature du droit, au rôle du droit dans la société et la communauté politique, à l'organisation et au fonctionnement appropriés d'un régime juridique, et aux manières dont le droit est ou doit être produit, appliqué, étudié, perfectionné, et enseigné²⁶.

De plus, cette notion permet de penser le droit de manière inclusive « allowing us to think of non-state law as law²⁷ », sans exclure le droit étatique de la réflexion, puisque le concept de traditions juridiques opère selon le principe de commensurabilité. En effet, selon Glenn, « la tradition

24. GLENN Patrick, « La tradition juridique nationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 2, 2003, p. 263-278 : 264-268. DOI : 10.3406/ridc.2003.5576

25. *Ibid.*, p. 268-269.

26. John Henry Merryman, cité dans BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 13.

27. GLENN Patrick, « A Concept of Legal Tradition », *Queen's Law Journal*, vol. 34, n° 1, 2008, p. 427-445 : 438. DOI : 10.3316/agispt.20220916074190

“tolère et unit”, en même temps, les contradictions. La logique de la tradition est donc par sa nature polyvalente ; elle constitue non pas un champ non-contradictoire de sens, mais un champ contradictoire de sens. Elle n’est pas systémique²⁸ ». Ce faisant, ses frontières sont imprécises et elle entretient des relations de dialogue mutuel et non-hiérarchique avec les autres traditions. De plus, elle est « toujours en train de se reconstituer et de se redéfinir en tant que tradition²⁹ ». En ce sens, elle n’est pas figée. Enfin, les traditions juridiques détiennent une force persuasive par laquelle elles font autorité³⁰. Pour résumer,

each tradition will tell you what you need to know, in the precise historical circumstances in which you find yourself. If you need to know what law is (a need that a Western lawyer is likely to feel) there are enough answers given to this difficult question to allow you to function as a lawyer. [...] A legal tradition is thus inclusive of a great deal of normative information that may be gathered or captured over a very long period of time³¹.

Les traditions juridiques résultent d’une logique polyvalente (*multivalent or fuzzy logic*) instituant le caractère imprécis des frontières et la conciliation des traditions. Cela n’est pas sans rappeler les phénomènes d’acculturation juridique définis par Norbert Rouland comme étant

la transformation globale que subit un système juridique au contact d’un autre, processus impliquant la mise en œuvre de moyens de contrainte de nature et de degrés divers et pouvant répondre à certains besoins de la société qui la subit. Cette transformation peut être unilatérale (un seul des droits se trouve modifié ou même supprimé) ou réciproque (chacun des droits se modifiera au contact de l’autre)³².

Rappelons que, comme c’est le cas avec le pluralisme juridique, cette acculturation juridique, lorsqu’elle se produit, fait naître différents agencements entre traditions juridiques, qu’il s’agisse de la coopération, de l’incorporation ou du rejet, sans compter qu’outre ces rapports, la séparation

28. *Id.*, « La tradition juridique nationale », *supra* note 23, p. 273.

29. *Ibid.*

30. GLENN Patrick, « A Concept of Legal Tradition », *Queen’s Law Journal*, *op. cit.*, p. 436, 437.

31. *Ibid.*, p. 438.

32. ROULAND Norbert, *L’anthropologie du droit*, *op. cit.*, p. 88.

entre traditions demeure possible³³. Ces agencements produisent eux-mêmes différents effets sur l'autonomie normative des traditions juridiques. Or, selon John Borrows,

il y a de solides arguments en faveur de la reconnaissance des traditions juridiques autochtones au Canada. Cela exige de nourrir continuellement la solidarité à l'intérieur des cultures juridiques du pays, entre elles et au travers d'elles. [...] Notre société n'est pas isolée, unidimensionnelle, monoculturelle, ou achevée. Les relations peuvent être renforcées lorsque nous affirmons la nature imbriquée, interactive et négociée de nos traditions à travers le temps³⁴.

Traditions juridiques autochtones

Les traditions juridiques autochtones, dont les fondements sont notamment de nature non écrite³⁵, sont diverses puisqu'elles s'enracinent dans des contextes culturels, linguistiques, ontologiques et toponymiques variés³⁶. « Les soutènements du droit autochtone s'entremêlent avec les circonstances sociales, historiques, politiques, biologiques, économiques et spirituelles de chaque groupe. Ils prennent racine dans de multiples sources [...] »³⁷. Cette normativité enracinée dans la culture des peuples autochtones, continuellement actualisée et « sans cesse reformulée » est porteuse de droits, de responsabilités et d'obligations effectifs et contient des mécanismes pour « gérer la mésentente »³⁸.

Le droit de l'État a instauré un rapport hégémonique avec ces traditions, d'une part, à travers l'effacement de ces dernières par l'État et ses institutions et, d'autre part, par des processus de reconnaissance inéquitables fondés sur des processus de traduction déformants de ces traditions par le droit de l'État. Cela étant dit et avec toutes les précautions requises,

33. *Ibid.*, p. 90-92.

34. BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 31.

35. GLENN Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 60 et s. Voir aussi MOTARD Geneviève et LAINÉ Mathieu-Joffe, « Prendre le droit autochtone au sérieux : Entretien avec Hadley Friedland », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 40, n° 2, 2016, p. 195-207 : 201. DOI : 10.7202/1037518ar

36. BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 43 ; *id.*, *Law's Indigenous Ethics*, Toronto, Toronto University Press, 2019, p. 150.

37. BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 42.

38. *Ibid.*, p. 12 et 16-17.

considérer l'apport des traditions juridiques autochtones pour l'ordre étatique ou pour d'autres traditions juridiques demeure déterminant. Il s'agit d'abord de permettre aux peuples autochtones de se reconnaître, notamment dans le droit de l'État et y avoir accès – un objectif incontournable par ces temps de « réconciliation » avec les peuples autochtones –, mais aussi de combler des vides juridiques et d'offrir des alternatives³⁹.

REVITALISATION DES TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES ET MÉTHODES

Les traditions juridiques, dont les traditions juridiques autochtones, étant vivantes et non figées, leur revitalisation ne va pas de pair avec la reproduction ou la « copie de quelque chose d'ancien⁴⁰ ». Pour Aaron Mills, il s'agit plutôt de « the nurturing of new life within an existing logical-structural (and in our case, specifically constitutional) mode⁴¹ ». Pour cet auteur, la revitalisation des traditions juridiques autochtones est donc un processus qui requiert l'adaptation de la normativité aux besoins et au contexte contemporains des peuples autochtones, mais aussi une adaptation dont les fondements sont enracinés dans les philosophies et les ontologies autochtones⁴². D'où la nécessité pour tout chercheur·euse de recourir à la recherche collaborative co-développé avec, par et pour les peuples autochtones afin de conduire le processus de revitalisation sérieusement, de manière légitime et adéquate⁴³.

39. BORROWS John, *Canada's Indigenous Constitution*, op. cit., p. 142-149.

40. MILLS Aaron, *Miinigowiziwin: All That Has Been Given for Living Well Together. One Vision of Anishinaabe Constitutionalism*, Thèse de doctorat en droit, Université de Victoria, 2019, p. 26 et BORROWS John, *Canada's Indigenous Constitution*, op. cit., p. 8.

41. MILLS Aaron, *Miinigowiziwin: All That Has Been Given for Living Well Together*, op. cit., p. 27.

42. BORROWS John, « Indigenous Constitutionalism: Pre-existing Legal Genealogies in Canada », in Peter Olivier, Patrick Macklem & Nathalie Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 13-43 ; MILLS Aaron, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », *McGill Law Journal*, vol. 61, n° 4, 2016, p. 847-884. DOI : 10.7202/1038490ar. Borrows souligne également le fait que les traditions juridiques autochtone sont immergées dans une « contexte de sens », BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 230.

43. Sur la démarche de recherche collaborative avec les peuples autochtones et ses fondements, voir l'ouvrage phare de SMITH Linda Tuhiwai, *Decolonizing Methodologies. Research and Indigenous Peoples*, Londres-New York, Zed Books Ltd, 1999. Pour ce qui est des balises éthiques en application dans les universités canadiennes relativement à cette démarche, voir GROUPE EN

Sur le plan méthodologique et combinées aux principes éthiques de la recherche collaborative en contexte autochtone, plusieurs approches sont préconisées par les auteur·rice·s afin de conduire ce processus de revitalisation. Il sera ici question de deux approches principales, à savoir l'approche de la revitalisation par les récits et celle de la revitalisation par le droit issu du territoire. Avant de les présenter, encore faut-il préciser que s'engager dans de telles démarches suppose pour les chercheur·euse·s d'entretenir une démarche réflexive vis-à-vis du processus de recherche et de sa posture de chercheur·euse, mais aussi de déhiérarchiser les sources et les savoirs que nous sommes habitués à valoriser⁴⁴. Cela étant dit, la première approche est préconisée par les professeures Val Napoleon et Hadley Friedland. Ces dernières suggèrent de procéder à l'identification et, par le biais de la méthode de l'analyse de cas préconisée par les juristes, à l'extraction de normes propres à chaque nation. Ces normes seront ensuite pensées en fonction des besoins contemporains⁴⁵. Pour ce faire, les deux autrices insistent, d'une part, sur l'importance du travail de recherche conduit de concert avec les aîné·e·s détenteur·rice·s des savoirs juridiques et, d'autre part, sur l'usage des récits oraux, dont les récits de la création du monde propres à chaque nation autochtone⁴⁶. La seconde approche est notamment préconisée par les professeur·e·s Christine Black, John Borrows et Aimée Craft. Elle consiste à « prendre le territoire comme

ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE, *Énoncé de politique des trois conseils : éthique de la recherche avec des êtres humains – EPTC 2*, 2018, [en ligne, consulté le 24/07/2024]. URL : https://ethics.gc.ca/fra/policy-politique_tcps2-eptc2_2018.html, en particulier le chapitre 9 relatif à la recherche impliquant les Premières Nations, les Inuits ou les Métis du Canada. Concernant la recherche collaborative telle que mise en œuvre dans le cadre de processus de revitalisation des traditions juridiques autochtones, voir BORROWS John, *Law's Indigenous Ethics*, op. cit. ; OTIS Ghislain, *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec, Presses de l'Université Laval-Hermann, 2018.

44. Pour des mises en garde, voir notamment MILLS Aaron, *How can Indigenous law interact productively with and within the Canadian common law tradition? A reconsideration of Canada's Indigenous Constitution*, *Conférence*, 2021, [en ligne, consulté le 24/07/2024]. URL : <https://crdaq.uqam.ca/johnborrows-en/video/>

45. NAPOLÉON Val & FRIEDLAND Hadley, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories », *McGill LJ*, vol. 61, n° 4, 2016, p. 725-754. DOI : 10.7202/1038487ar. Pour plus d'informations, voir aussi le Indigenous Law Research Unit, [en ligne; consulté le 24/07/2024]. URL : <https://www.uvic.ca/law/about/indigenous/indigenouslawresearchunit/index.php>

46. *Ibid.*

source de droit⁴⁷ ». Pour Black, le concept de « Indigenous jurisprudence » est un savoir juridique basé sur les relations entre humains et plus qu'humains⁴⁸ et enraciné dans les cosmologies autochtones et le territoire⁴⁹. Sur la base de ce concept et de manière à identifier puis considérer les traditions juridiques autochtones, elle recourt à un travail empirique dense, par l'entremise de la méthode de l'observation participante, à travailler de concert avec des aîné-e-s (les *Senior Law Men [SLM]*), porteur-euse-s de savoirs, notamment linguistiques, juridiques, écologiques et philosophiques⁵⁰. Cette démarche lui permet de comprendre les récits et les pratiques qu'ils ou elles partagent de manière enracinée dans la cosmologie qu'ils et elles valorisent. Pour Borrows, la démarche de « lire le territoire » est au cœur du raisonnement et de la pratique du droit⁵¹ : « Learning on and from the land should be integral to understanding our legal world. Law lives “on the ground”; it is present in physical and social relationships⁵². » Cette approche donne aux juristes la possibilité « to see more fully⁵³ ». Concrètement, c'est en considérant la langue, l'étymologie, mais aussi la toponymie et les récits relatifs au territoire – tous étant des composantes imbriquées ou révélatrices de normativité – que les juristes peuvent entrevoir le territoire comme source de droit⁵⁴. Approcher le droit du point de vue du territoire parcouru permet de percevoir concrètement les droits, les devoirs, les responsabilités, les obligations, en considérant les relations entre humains et plus qu'humains et de le faire selon une perspective expérientielle, interdisciplinaire, contextuelle et enracinée, détachée d'une approche strictement rationnelle et utilitariste⁵⁵. Pour y parvenir, Borrows propose l'observation directe couplée à l'écoute et à l'analyse des récits issus du territoire, un travail de longue haleine⁵⁶, qui

47. Comme le titre de l'ouvrage de Black nous y engage (BLACK C. F., *The Land is the Source of the Law*, op. cit.). Voir aussi CRAFT Aimée, *Understanding is living: pathways to indigenous Law*, Conférence, 2021, [en ligne, consulté le 24/07/2024]. URL : cridaq.uqam.ca/johnborrows-en/video/

48. BLACK C. F., *The Land is the Source of the Law*, op. cit., p. 13.

49. *Ibid.*, p. 14.

50. *Ibid.*, p. 16-17.

51. BORROWS John, *Law's Indigenous Ethics*, op. cit., p. 162.

52. *Ibid.*, p. 153.

53. *Ibid.*, p. 151.

54. *Ibid.*, notamment p. 150 et 162.

55. *Ibid.*, p. 152-153.

56. *Ibid.*, p. 163.

passé nécessairement par le biais de la collaboration avec les aîné-e-s et de la co-construction des savoirs⁵⁷.

CONCLUSION

Bien que le colonialisme et ses effets ne soient pas une expérience que l'on puisse poser comme socle commun à tous les types de communautés, les apports du pluralisme juridique et les pratiques de revitalisation des traditions juridiques autochtones sont pertinents pour penser le droit des communautés dans leur ensemble à l'extérieur du carcan positiviste et selon des valeurs et des conceptions qui leur sont propres. Ils mettent à la disposition des juristes des outils permettant, d'une part, sur le plan méthodologique, de conduire des recherches innovantes et, d'autre part, de baliser l'identification de pistes de solution pour des situations encore peu considérées. Rappelons-nous que le pluralisme juridique était de mise en droit romain, était présent également en Europe, entre les v^e et viii^e siècles, via le principe de personnalité des lois et s'incarnait, par exemple, au xix^e siècle, en droit commercial⁵⁸. Il fait donc aussi partie intégrante des phénomènes juridiques des sociétés de droit civil et de Common law et peut valablement être utilisé comme socle théorique et méthodologique permettant d'observer et de réguler de manière plus ouverte ces phénomènes.

Bibliographie indicative

- Anker Kirsten, *Declaration of interdependence: a legal pluralist approach to indigenous rights*, Londres, Routledge, 2014. DOI : 10.4324/9781315576169
- BLACK C. F., *The Land is the Source of the Law*, New York, Routledge.
- BORROWS John, *La constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, coll. Politeia, 2020 [2010]. Pour la version originale, en anglais, voir note 8.
- COSSMAN Brenda, « Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project », *Utah Law Review*, n° 2, 1997, p. 525-544. [En ligne.] URL : hdl.handle.net/1807/138784

57. *Ibid.*, p. 173.

58. GILISSEN John, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972.

- ENGLE MERRY Sally & LEVITT Peggy, « The Vernacularization of Women's Human Rights », in Jack Snyder, Leslie Vinjamuri, et Stephen Hopgood (dir.), *Human Rights Futures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 213-236.
- EHRlich Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936.
- FRIEDLAND Hadley & NAPOLEON Val, « Gathering the Threads: Indigenous Legal Methodology », *Lakehead Law Journal*, vol. 1, n° 1, 2015. [En ligne, consulté le 24/07/2024.] URL : lj.lakeheadu.ca/article/view/1408
- GILISSEN John, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972.
- GLENN Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, New York, Oxford University Press, 2014.
- GRAMMOND Sébastien, « L'appartenance aux communautés Inuit du Nunavik : un cas de perception de l'ordre juridique Inuit ? », *Revue canadienne droit et société*, vol. 23, n° 1-2, 2008, p. 93-119. DOI : 10.1017/S0829320100009595.
- GRIFFITHS John, « What is Legal pluralism », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n° 24, 1986, p. 1-55. DOI : 10.1080/07329113.1986.10756387.
- KOVACH Margaret, *Indigenous Methodologies. Characteristics, conversations, and contexts*, Toronto, University of Toronto Press, 2021, 2^e éd.
- MACDONALD Roderick Alexander, *Lessons of Everyday Law*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002.
- MILLS Aaron, *Miinigowiziwin: All That Has Been Given for Living Well Together. One Vision of Anishinaabe Constitutionalism*, Thèse de doctorat en droit, Université de Victoria, 2019.
- NADER Laura, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, Berkeley, University of California Press, 2005.
- NAPOLEON Val & FRIEDLAND Hadley, « An Inside Job: Engaging with Indigenous Legal Traditions through Stories », *McGill LJ*, vol. 61, n° 4, 2016, p. 725-754. DOI : 10.7202/1038487ar
- ROULAND Norbert, *L'anthropologie du droit*, Paris, PUF, 1995, 2^e éd.
- SMITH Linda Tuhiwai, *Decolonizing Methodologies. Research and Indigenous Peoples*, Londres-New York, Zed Books Ltd, 1999.
- DE SOUSA SANTOS Boaventura, « Épistémologie du Sud », *Études rurales*, n° 187, 2011, p. 21-50. DOI : 10.4000/etudesrurales.9351
- TIMSIT Gérard, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.



Présentation des communautés foncières en montagne

Jean-François JOYE

Professeur de droit public, Université Savoie Mont Blanc

Les communautés foncières rurales sont très présentes en montagne, notamment celles reliées aux « communaux ». Elles témoignent de la persistance d'espaces de propriétés collectives ancestrales. Pour les définir, l'auteur rappelle la genèse de ces communautés, leurs caractéristiques et leur rôle actuel et futur.

Mots clés : Ayants droit, Communaux, Droits d'usage, Environnement, Patrimoine, Propriété collective, Ruralité

Les communautés foncières abordées dans cette présentation sont reliées à des systèmes fonciers particuliers¹ qu'on appelle dans le langage courant les « communaux ». Ils sont définis par trois textes encore en vigueur :

Article 1^{er} de la loi du 10 juin 1793 : *Les biens communaux sont ceux sur la propriété, ou le produit desquels tous les habitants² d'une ou plusieurs communes, ou d'une section de commune ont un droit commun.*

Article 542 du Code civil : *Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.*

Article L. 2411-1 du Code général des collectivités territoriales : *Constitue une section de commune toute partie d'une commune possédant à titre permanent et exclusif des biens ou des droits distincts de ceux de la commune.*

1. Dans ce travail, les notions de propriété collective foncière, de commun foncier ou de système foncier collectif sont employées de manière synonyme. Les propos qui suivent sont issus de nombreuses enquêtes menées depuis 2018 auprès de membres des communautés concernées. Voir le documentaire *En commun ! La propriété collective à l'épreuve de la modernité*, réal. Olivier Chavanon & Jean-françois Joye, 2022, 58', [en ligne, consulté le 24/07/2024] URL : youtube.com/watch?v=BclZKvhpww4

2. Le mot du texte original est « habitants ».

Derrière ces formulations un peu abstraites se cache une grande diversité de communs fonciers qui se distinguent par la variété des ressources et biens en jeu ou par les nuances de nature juridique et de mode de gestion. Nous allons d'abord revenir sur la genèse et les grandes caractéristiques des communaux (I). Il sera ensuite question des mutations à l'œuvre concernant les communautés, en lien avec les défis sociétaux contemporains à relever (II).

GENÈSE ET CARACTÉRISTIQUES DES COMMUNAUX ET DES COMMUNAUTÉS FONCIÈRES

Les communaux, ou biens communaux, préexistent à l'État moderne et sans doute les communautés foncières en montagne ont-elles toujours existé. La notion de communauté (rurale, villageoise...) est cependant peu caractérisée dans des documents anciens, les archives étant inexistantes avant le xvi^e siècle. L'homogénéité de cet acteur des campagnes ne saurait donc être surestimée même « s'il vécut et agit³ ».

Les formes juridiques de communaux les plus connues aujourd'hui remontent au moins à l'Ancien Régime et notamment au droit féodal, période durant laquelle des seigneurs ou des autorités ecclésiastiques ont permis aux habitants d'un village de disposer de droits d'usage sur leurs terres afin de répondre aux besoins d'une économie agricole souvent nécessaire à l'autosubsistance. Les populations de montagne ont alors mis en œuvre des régimes juridiques d'accès et d'usage partagés du foncier (droit de faire paître les animaux, droit de cueillette, de puiser de l'eau, de couper du bois, etc.). Les mentalités de l'époque étaient acquises au « phénomène de participation juridique⁴ », lui-même aiguillonné par l'idée que deux grandes « propriétés » de la même chose existaient (un domaine « utile » sur lequel prospéraient les droits d'usage et de jouissance au profit d'entités non-propriétaires et le domaine « éminent » du seigneur ou d'autorités religieuses). De véritables savoir-faire d'exploitation des ressources naturelles et de gouvernance de ces espaces ont également émergé, car

3. BLOCH Marc, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, Armand Colin, 1968 [1931], p. 172.

4. *Id.*, *La société féodale*, Albin Michel, coll. L'Évolution de l'humanité, 1994 [1939], p. 174.

les arrangements ont globalement bien fonctionné, ce qui explique l'attachement que les populations portent encore à ces modes collectifs de propriété. Sans tomber dans l'idéalisation grotesque d'un monde ancien que l'on savait également très inégalitaire et de systèmes d'abord mus par des relations utiles avant d'être altruistes, les communaux ont joué une fonction de protection des populations puisque la gestion organisée et prudente des ressources représentait une forme primitive d'économie sociale qui en outre engendrait le lien social. Les communaux, compris en tant que systèmes socio-juridiques, étaient ainsi des éléments importants de stabilité de la structure sociale hiérarchisée de la société féodale⁵.

Cependant, à partir du XVIII^e siècle, l'économie agraire collective a connu un déclin pour des raisons tant économiques, sociales que politiques ou idéologiques résultant de la diffusion des idées physiocratiques puis libérales reprochant aux propriétés collectives, et donc aux communautés foncières, d'être inefficaces ou improductives du fait de pratiques réputées d'un autre âge⁶. Cela aboutit à la suppression de nombreux droits d'usage ou de servitudes collectives (vaine pâture par exemple⁷). Si les territoires de plaine ont fait facilement l'objet d'accaparements privés, les conditions de vie difficiles en montagne liées à l'altitude, au climat ou aux spécificités de l'économie pastorale ont, au contraire, exigé de continuer à s'organiser collectivement⁸.

5. *Id.*, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, op. cit., p. 185. Voir également NICOLAS Jean, *La Savoie au XVIII^e siècle. Noblesse et bourgeoisie*, Montmélian, La fontaine de Siloé, coll. Le champ régional, 2003 [1977], 2^e éd., spéc. p. 185, 188 ; BLOCH Marc, *La société féodale*, op. cit., p. 165-179 ; VIVIER Nadine, « Les communaux patrimoine du pauvre. Un discours sur les sociétés rurales », in Annie Antoine (dir.), *Campagnes de l'Ouest. Stratigraphie et relations sociales dans l'histoire*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 1999, p. 121-133.

6. Voir par exemple là-encore les ouvrages de Marc Bloch précités, mais aussi AGULHON Maurice, DÉSERT Gabriel & SPECKLIN Robert, 3. *Apogée et crise de la civilisation paysanne : 1789-1914*, in Georges Duby et Armand Wallon (dir.), *Histoire de la France rurale*, Paris, Le Seuil, 1992 [1976].

7. GUICHONNET Paul, « Les biens communaux et les partages révolutionnaires dans l'ancien département du Léman », *Études rurales*, n° 36, 1969, p. 7-36. DOI : 10.3406/rural.1969.1476 ; VIVIER Nadine & DEMÉLAS Marie-Danielle (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

8. PALERMO Béatrice, « Usages et autorité du pâturage sur les montagnes liguro-piémontaises (XV^e-XX^e siècle) », in Susanne Berthier-Foglar & François Bertrand (dir.), *La montagne : pouvoirs et conflits de l'Antiquité au XXI^e siècle*, Chambéry, Université de Savoie, 2011, p. 229-249.

Particularités

En tant que systèmes fonciers de propriété collective, les communaux représentent une catégorie de communs du fait de leurs spécificités, notamment de leur rapport spécifique à l'appropriation et à la possession. En effet, en dépit de formes et de trajectoires hétérogènes, ils forment « une sorte de partenariat “public-privé” remarquable du fait de l'hybridation des intérêts poursuivis, de la nature des droits d'usage exercés, d'une gouvernance propre impliquant les individus et d'un rapport intime entretenu avec la nature et le territoire de vie⁹ ». Pour Flora Vern, « [s]oumis à divers régimes d'appropriation, ils désignent toujours des biens dont la jouissance est commune à un certain nombre d'ayants droit déterminables par leur appartenance à une communauté foncière¹⁰ ». En pratique, deux systèmes de communs fonciers existent : soit la communauté est propriétaire du sol, et ses membres s'en répartissent la jouissance en vertu de règles qu'ils se donnent ; soit la communauté a, sur le sol appartenant à autrui (au domaine privé d'une commune ou d'une section de commune), des droits d'usage ou de jouissance dont elle répartit l'exercice entre ses membres. Mais les communautés partagent toujours au moins l'usage du foncier et constituent aussi, en ce sens, des communautés usagères.

Il faut enfin préciser que le système des communaux traduit la volonté de laisser le bien de manière pérenne à la jouissance d'une communauté humaine déterminée¹¹. Il est conçu pour retirer les utilités de la terre tout en garantissant l'avenir¹². Les communautés foncières sont censées être les garantes de la pérennité et le mécanisme juridique est établi à cet effet. Par principe, les biens ne sont d'ailleurs ni cessibles, ni partageables entre individus. Ce qui fait que ce système foncier ne se confond pas avec d'autres :

9. CROSETTI Alessandro & JOYE Jean-François, Préface du dossier thématique « La montagne et la gestion collective des biens : quelles influences ? Quelles interactions ? », *Revue de Géographie Alpine*, vol. 109, n° 1, 2021. DOI : 10.4000/rga.8663

10. VERN Flora, « La forme des communaux en droit civil des biens », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université de Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 299.

11. DROSS William, « Peut-on usucaper les biens d'une section de commune ? », note sous Civ. 3^e, 28 nov. 2019, n° 18-16.012, *RTDciv*, vol. 1, 2020, p. 152.

12. MÉLÉDO-BRIAND Danièle, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in COLLECTIF, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 469.

ni avec celui de la domanialité publique, ni avec celui de l'indivision au sens de l'article 815 du Code civil, même si des points de convergence peuvent exister entre eux. La propriété individuelle exclusive n'est pas non plus totalement étrangère à ces systèmes puisque, la plupart du temps, les ayants droit sont propriétaires de leur domicile sur le communal même, voire en dehors (en section de commune, le membre doit être domicilié sur la section pour jouir des droits d'usage, ce qui n'est pas toujours le cas pour des communaux à jouissance héréditaire par exemple). Cette hybridation est l'une des caractéristiques des communs fonciers. Elle permet d'articuler droits et intérêts collectifs avec droits et intérêts privés.

Pour autant, les communaux fonctionnent à la manière d'un club au sens d'une société organisée pour le bien de ses membres, symbolisant au passage conceptuellement un système propriétaire collectif plus ou moins souverain selon les catégories. Appartenir à la communauté n'est donc pas anodin car cela donne accès aux ressources par l'exercice de droits d'usage, les membres n'étant normalement pas rivaux dans l'exercice de leurs droits¹³. Cela pose cependant la question de la place que l'on peut réserver à celles et ceux qui n'en font pas partie. En pratique, les tolérances gracieuses d'accès sont courantes (randonneurs, cueilleurs). D'autres occupations se font contre rémunération lorsque certains biens de propriété collective sont loués (alpages, gîtes), ce qui permet de tirer parti du commun sans en être ayant droit.

Ainsi, cette conception de la propriété, qui reflète aussi un mode d'habiter ou de vivre sur le territoire (ou de cohabitation avec les milieux¹⁴), se trouve encore dans les pays occidentaux. Elle illustre une forme de pluralisme juridique méconnue bien qu'elle ait été déstabilisée par le légi-centrisme étatique¹⁵. Elle génère des pratiques communautaires que l'État français ne prend pas en compte ni ne considère à sa juste valeur, comme si elles représentaient une menace pour l'économie ou l'unité nationale. Il n'est donc pas surprenant de constater que la notion de « communauté » (foncière ou autre) soit quasi absente du droit français, en

13. LAVIALLE Christian, « L'ayant droit d'un bien communal : figure archaïque ou pionnière ? », *Droit rural* n° 487, 2020, comm. 169.

14. VANUXEM Sarah, *La propriété de la Terre*, Marseille, Wildproject, Coll. Le monde qui vient, 2018.

15. CUVELIER Claire, « Pluralisme juridique et communaux », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle*, op. cit., p. 317.

droit civil comme en droit administratif puisque le droit de la République « indivisible » préfère utiliser des notions plus neutres politiquement. Quelques textes utilisent parfois la notion d'ayant droit ou de communauté d'habitants, mais soit sans lien avec les communaux, soit à propos de règles applicables en outre-mer (en Guyane et en Nouvelle-Calédonie notamment). Ils passent à côté de l'idée même qu'il puisse exister des formes de communautés indigènes métropolitaines, même si elles sont bien différentes de celles étudiées en d'autres endroits du globe¹⁶. Or il est tout à fait possible d'envisager la reconnaissance des communaux en tant qu'Aires et territoire du patrimoine autochtone et communautaire (APAC¹⁷). La notion de communauté foncière est toutefois tapie derrière le vocabulaire des quelques textes juridiques relatifs aux communaux. Ainsi, l'article 542 du Code civil traite des « habitants d'une ou plusieurs communes » ayant « un droit acquis ». Quand il s'agit de définir les sections de commune, le Code général des collectivités territoriales utilise pudiquement la notion de « toute partie d'une commune possédant à titre permanent et exclusif des biens ou des droits distincts de ceux de la commune ». Et la section est composée de « membres » (art. L. 2411-1 al. 1 et 3).

La montagne : « terre » de communautés et de communs fonciers (état des lieux et typologie)

Les études historiques montrent combien prévaut en ces lieux un sens de l'organisation collective, les contraintes climatiques ou géographiques condamnant les populations à s'organiser et innover en matière juridique¹⁸. Même si l'on en trouve un peu partout dans la ruralité française, une large part des communs fonciers qui subsistent sont en montagne, que ce soit

16. POSEY Darrell, « Traditional Resource Rights – De Facto Self-Determination for Indigenous Peoples », in Kristiana Plenderleith (dir.), *Indigenous Knowledge and Ethics. A Darrell Posey Reader*, Londres, Routledge, 2004, p. 155-168.

17. Les APAC sont reconnues par les politiques et programmes de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) et le PNUD (programme des nations unies pour le développement). Voir en ligne : www.iccaconsortium.org (consulté le 25/07/2024).

18. MOUTHON Fabrice, *Le sourire de Prométhée. L'homme et la nature au Moyen Âge*, Paris, La Découverte, 2017, p. 174 et suiv. ; id., *La naissance des communs : Eaux, forêts, alpages dans les montagnes de Savoie (XII^e-XV^e siècles)*, Chambéry, Société savoisienne d'histoire et d'archéologie, coll. L'histoire en Savoie, 2016 ; LOUVIN Roberto (dir.), *Mondi montani da governare*, Rome, Aracne editrice, 2017.

dans le Massif central, les Pyrénées ou les Alpes¹⁹. C'est la même chose à l'étranger²⁰. Si aucune statistique globale précise ne peut être fournie par les services des collectivités publiques, plusieurs études territorialisées ont mis en valeur les communs fonciers²¹. Cependant, depuis deux cents ans, les propriétés collectives ont vu la superficie de leurs biens fortement diminuer, notamment celle des sections de commune en grande partie du fait du transfert desdits biens dans d'autres patrimoines, dont celui des communes (voir en ce sens la logique destructrice de la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune²²). Certains systèmes d'usage collectif du foncier ont même été purement supprimés par le législateur, tels les droits de bandite en pays niçois²³.

Néanmoins, même en diminution et d'inégale importance, ces biens sont encore significatifs. Là où la gouvernance des systèmes fonciers usagers dépend d'instances de décision que des communautés animent, des solutions ont en général pu être trouvées pour gérer ou faire gérer la ressource. En certaines régions, les communautés ont réussi à faire perdurer les solidarités dont elles ont besoin et garder la montagne attractive aux humains et leurs activités. Il en va autrement là où il n'a pas été possible (ou souhaitable) de maintenir de véritables gestionnaires collectifs de

19. Un rapport préparatoire à la loi Montagne de 1985 (sur la base de données établies en 1970) mentionnait que 94 % des biens de section sont situés en département classé en zone de montagne : rapport n° 2164, R. de Caumont, tome 1, Doc. Ass. nat. 1983-84, 30 mai 1984, p. 124. Ces chiffres sont anciens, mais encore fiables. Voir également MÉRIAudeau Robert, « La spécificité foncière de la montagne française », *Revue de Géographie Alpine*, vol. 77, n° 1-3, 1989, p. 203-210. DOI : 10.3406/rga.1989.2741 ; voir aussi l'estimation des sections de commune (26 792, en majorité en Massif central, 1999) de la DGCL, mentionnée dans le Rapport « Lemoine », *Rapport du groupe d'étude et de réflexion sur l'évolution souhaitable à court ou moyen terme du régime des biens sectionaux des communes*, IGA, La Doc. française, 2003, p. 7. [En ligne, consulté le 25/07/2024.] URL : <https://www.vie-publique.fr/rapport/26762-rapport-du-groupe-detude-et-de-reflexion-sur-levolution-souhaitable>

20. En Italie, Slovaquie, Slovénie, Autriche, Allemagne, Maroc, Suisse, Espagne, Royaume-Uni. Par exemple, voir CROSETTI Alessandro & JOYE Jean-François (dir.), « La montagne et la gestion collective des biens : quelles influences ? Quelles interactions ? », dossier thématique, *Revue de Géographie Alpine*, vol. 109, n° 1, 2021. DOI : 10.4000/rga.8071

21. JOYE Jean-François (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle*, op. cit.

22. MARILLIA Georges Daniel, « La section de commune "modernisée" ? commentaire de la loi 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune », *RFDA*, n° 4, 2013, p. 775-783 ; *Dr. Adm.*, 2014, n° 4, « étude Rambaud n° 8 ».

23. Les bandites furent supprimées par la loi n° 63-645 du 8 juillet 1963, et remplacées dans les montagnes concernées par des droits personnels ou réels classiques.

ces terres. Par exemple, le déclin des superficies et usages collectifs est prononcé pour des biens communaux à jouissance héréditaire tels que les communaux dits « cultifs » en vallée de la Maurienne, formés en général de très petites surfaces, jadis prisées par les populations locales. Dès lors que les parcelles n'ont plus joué leur rôle économique et social dans la société rurale (apports en bois, production maraîchère notamment), elles sont pour la plupart tombées en déshérence ou en friche²⁴. On ne peut plus observer dans ce cas l'existence d'une communauté foncière qui rassemblerait les ayants droit, mais plutôt des ayants droit isolés – il s'agit aujourd'hui de familles sans grands liens entre elles – qu'aucune instance ne fédère. Le sol relève par ailleurs du domaine privé de la commune, laquelle peine à donner une direction à l'avenir de ces biens. Cela étant, si des populations les utilisaient de nouveau et qu'une communauté se reformait, ils sortiraient peut-être de la déshérence fonctionnelle actuelle car elle ne signifie par la « mort » juridique des droits d'usage.

Mais, depuis l'immixtion de l'État moderne dans la destinée des communs fonciers, on peut observer que certaines catégories de propriétés collectives ont été hybridées. Elles sont aussi « publiques », terme réducteur cependant, du fait de leur attraction progressive vers un régime de droit administratif qui concerne aussi les communes. En France, on trouve à ce titre les sections de commune, forme la plus répandue, où la propriété foncière ou immobilière est celle d'une personne morale de droit public (ladite section) distincte de la commune et unique en son genre. Le territoire global de la section de commune comprend les biens usagers accessibles et le lieu d'habitation des membres²⁵. Dans un autre registre, avec les biens communaux à jouissance héréditaire, des familles disposent de droits d'usage sur une propriété foncière qui est rattachée au domaine privé de la commune (voir *supra*).

24. Sur ce sujet, voir BAUD Dominique & BONNEMAINS Anouk, « Entre contrainte et opportunités : les ressources détenues par les propriétés collectives foncières », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle*, op. cit., p. 247 et suiv. ; MÉRIAudeau Robert, « Les biens communaux à jouissance héréditaire dans le département de la Savoie », *Revue de Géographie Alpine*, vol. 71, n° 3, 1983, p. 233-252. DOI : 10.3406/rga.1983.2534

25. JOYE Jean-François, Fasc. 34-20 « Biens communaux » et 34-30 « Biens des sections de commune », *JCl. Propriétés publiques*, 2020.

C'est en revanche différent pour les autres propriétés collectives qui ont été épargnées par le phénomène de publicisation. La gestion des biens collectifs s'opère toujours par le truchement d'entités privées comme des « sociétés foncières » ou des « proto-société²⁶ ». La propriété collective est confondue avec la communauté d'ayants droit. Les règles régissant leur fonctionnement sont en général celles que cette communauté se donne. Ces communaux historiques se sont construits autour d'une communauté d'habitants ou d'intérêts professionnels (communauté d'éleveurs par exemple) bien avant que les juristes n'inventent la notion de personne morale. Par exemple, en Chablais (Alpes du Nord) existe une bourgeoisie et plusieurs « sociétés » ou « indivisions » foncières qui disposent d'un important patrimoine foncier (les droits d'usage sont transmis de manière héréditaire). On trouve aussi en Haute-Savoie des consortages qui permettent l'usage collectif des alpages (en vallée de Chamonix notamment). Et en Pays de Soule (Pyrénées-Atlantiques), le système des *cayolars*²⁷ suscite encore beaucoup d'intérêt.

De surcroît, on peut noter qu'il existe des communautés de propriétaires individuels s'accordant pour mener des actions d'intérêt collectif ou jouir effectivement en commun d'un bien qui jadis a d'ailleurs pu être un « communal ». Elles rejoignent ainsi dans leur finalité les communaux traditionnels. C'est le cas par exemple de certains « biens non-délimités » (BND²⁸) ou de « copropriétés forcées », ce qui conduit à relativiser fortement la propriété du sol puisque sa jouissance en est commune. Ils doivent leur dénomination aux usages locaux et peuvent bénéficier à des riverains ou habitants (*carraires* et *patecqs* en Provence, *patus* en pays occitan, *quereux* en Poitevin, etc.²⁹). En parallèle, le législateur français a également multiplié les modes collectifs de gestion du sol depuis les

26. Voir la notice de Flora Vern, « L'organisation de communautés sous forme de proto-sociétés ».

27. Abris de berger.

28. Voir la notice de Flora Vern, « L'organisation de communautés autour de biens non délimités ».

Les BND sont très nombreux et éparpillés en France. Même si ce n'est pas fréquent, ils peuvent parfois former de véritables communautés comme dans la chaîne des Puys dans le Massif central où il existe un BND formé de quelque 450 propriétaires sur de près de 850 hectares de terres sur la commune d'Orcines. Voir en ligne : domes-union.com/qui-sommes-nous/ (consulté le 27/04/2024).

29. Pour une typologie plus complète, voir de nouveau les notices de Flora Vern, ou YOLKA Philippe, « Tribune. Provence toujours », *AJDA*, 3 août 2020, n° 27, p. 1505.

années 1970 permettant la coopération entre propriétaires individuels ou collectifs et/ou exploitants, associant jouissance et/ou transfert de propriété selon les cas³⁰, ce dont les régions de montagne bénéficient tout particulièrement pour la gestion des forêts ou des alpages³¹. On observe d'ailleurs en montagne la création de « néo-communs fonciers » sous des formes juridiques contemporaines avec la création de sociétés civiles dont les parts sont détenues par des propriétaires multiples pour gérer des forêts en vertu d'un projet collectif et éthique donné. Cela rejoint l'idée que l'enjeu essentiel n'est pas celui de la propriété du bien, mais celui de sa gestion et qu'il faut, par les montages juridiques trouvés, garantir la régulation de l'accès au bien et prévoir la participation des membres des communautés à la prise de décision³².

Socialement, les propriétés collectives qui subsistent occupent des statuts divers sur les territoires. Certaines sont des passagers « clandestins » du territoire (actives, mais invisibles des autres acteurs institutionnels), d'autres des entités léthargiques ou inactives (communaux non gérés ou en déshérence³³). Certaines vont rester fidèles à leur histoire (parce que toujours marquées par des pratiques et fonctions traditionnelles), d'autres s'ouvrent à des usages nouveaux. Certaines sont actives mais occupent des surfaces minuscules (quelques mètres carrés, juste l'espace d'un four banal), d'autres des centaines d'hectares et sont alors en position politique forte, surtout si leurs revenus sont substantiels. Elles sont dès lors, en principe, reconnues et prises en considération par les municipalités. Elles

30. Association foncière pastorale, groupement agricole d'exploitation en commun, groupement pastoral, groupement foncier agricole, groupement forestier, etc.

31. Pour un exemple de commun d'alpage réformé en 1978 en Savoie : THOMÉ Pierre, « Le fruit commun du pastoralisme de plan Pichu. De la nécessité des communs », *Médiapart*, 3 déc. 2014. [En ligne, consulté le 25/07/2024.] URL : blogs.mediapart.fr/edition/camedia/article/031214/le-fruit-commun-du-pastoralisme-de-plan-pichu-de-la-necessite-des-communs. Voir aussi BARRIÈRE Olivier, « Patrimonialisation de la pâture : entre marginalisation et valeur universelle », *Techniques et Culture*, n° 63, 2015, p. 182-201. DOI : 10.4000/tc.7486 ; BARTHE Laurence & EYCHENNE Corinne, « Les associations foncières pastorales : un dispositif de gouvernance concrète du foncier dans les territoires de montagne », *EchoGéo*, n° 43, 2018. DOI : 10.4000/echogeo.15228

32. RODOTÀ Stefano, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », *Tracés*, hors-série n 16, 2016, p. 211-232. DOI : 10.4000/traces.6632

33. BONNEMAIS Anouk & JOYE Jean-François, « À la recherche de l'identité des communautés d'habitants à partir de la typologie des "communaux" en territoire de montagne », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke – RDUS*, vol. 50, n° 1-2-3, 2020-2021, p. 65-97. DOI : 10.7202/1088129ar

sont parfois en situation de « quasi-commune », au sens où elles jouent un rôle majeur par leur contribution à l'intérêt public local en menant des actions consensuelles (réfection de routes, création de pistes forestières, rénovation de gîtes ou logements) ou en faisant œuvre de mécénat (soutien financier à des associations locales).

Un patrimoine considérable

Dans tous les cas de figure, les communaux, actifs ou non, représentent un patrimoine matériel et immatériel considérable dont le recensement est encore très imprécis. Rien de ce patrimoine collectif des « habitants » n'est inventorié sérieusement au plan national. L'État ignore quasiment tout des modes d'organisation interne des communautés foncières et des savoir-faire développés depuis des temps immémoriaux (entretien des espaces, mode de résolution des conflits, réflexes coopératifs et démocratiques...). Des études très partielles existent toutefois. Par exemple, s'agissant des sections de commune, les biens matériels sont à dominante forestière. Viennent ensuite par ordre décroissant les pâturages et de façon moindre les terres cultivées, les biens bâtis et les carrières³⁴. Le patrimoine bâti vernaculaire est très présent, qu'il soit culturel, cultuel ou fonctionnel (bassins, fours, chapelles, maisons d'assemblée, chalets d'alpage ou bâtiments d'estive...). Les communautés sont en général désireuses de valoriser ce patrimoine qui n'a rien de folklorique dans un esprit de cohésion sociale, de convivialité ou de transmission des connaissances (fêtes villageoises : montée à l'alpage, four à pain...). On y trouve aussi des infrastructures comme des réseaux d'irrigation ou d'adduction d'eau, parfois des stations d'épuration. Plus surprenant, des bâtiments et équipements sans lien avec les fonctions traditionnelles ont été parfois implantés sur les communs fonciers (complexes sportifs ou touristiques, pistes de ski, parkings...), soit avec l'aval des communautés, soit, au contraire, sans. Les communes ou intercommunalités ont parfois utilisé ce foncier comme une réserve pour elles en profitant de sa déshérence ou en ne respectant pas l'avis des ayants droit, ce qui est souvent le cas en section de commune. Ce bâti peut être au passage le support d'activités rémunératrices par les loyers procurés : parcs d'attractions, carrières, gîtes ruraux, etc.

34. Rapport Lemoine, *op. cit.*, p 7.

MUTATIONS ET DÉFIS CONTEMPORAINS POSÉS AUX COMMUNAUTÉS FONCIÈRES

Les communaux subissent aujourd'hui des mutations multiples (juridiques, fonctionnelles, sociales) et beaucoup de communautés villageoises sont en difficulté, dans le sillage du déclin des propriétés collectives. Le contexte social et économique qui les a vu naître n'existe évidemment plus (en 2007, la population active agricole française constituait 3,4 % de la population active globale³⁵). Pour autant, l'étude du fonctionnement contemporain des propriétés collectives montre que le rôle des communautés villageoises est encore significatif, tandis qu'un certain discours tant politique qu'administratif, peu amène envers le milieu rural et ses ressources matérielles comme immatérielles, véhicule l'idée de leur décrépidité et passe sous silence le rôle des groupes humains qui les animent. Pire, certains élus de la Nation considèrent que la priorité reste la simplification ou la rationalisation administratives et donc la suppression de certains communs fonciers³⁶. Or ce mouvement va désormais à l'encontre d'une tendance inverse qui fait écho à une volonté d'implication et de prise de responsabilité des populations dans la gestion d'actions collectives locales lorsque la réponse de l'État ne leur semble pas à la hauteur des défis socio-écologiques à relever³⁷. Elle braque la lumière sur de nombreux systèmes de gestion collective des biens et sort les communautés villageoises de l'oubli social et, du point de vue juridique, de l'angle mort du droit civil et du droit administratif. La mécanique juridique atypique des propriétés collectives permet alors de concilier le sentiment de possession avec celui de contribuer à un dessein collectif sur son territoire de vie³⁸. Cependant, l'outil ne fonctionne que si les populations se ré-impliquent.

35. INSEE RÉFÉRENCES, « Tableau de l'économie française 2011 », 23 fév. 2011, §17.2. [En ligne, consulté le 25/07/2024.] URL : insee.fr/fr/statistiques/1373641?sommaire=1373710

36. Proposition de loi du 9 décembre 2019, « Favoriser la dissolution des sections de commune », par P. Chaize *et al.*, texte n° 182, Sénat. [En ligne, consulté le 25/07/2024.]

37. CORIAT Benjamin (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015 ; BOLLIER David, *La Renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, Paris, C. L. Mayer, coll. Essai (n° 202), 2014.

38. PATAULT Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, coll. Droit civil, 1989 ; BOURJOL Maurice, *Les biens communaux, voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 1989, p. 10.

Dans un monde plus individualiste, la composition de la communauté villageoise a profondément évolué et personne ne songe revenir à la civilisation médiévale. Pour qu'elle soit l'expression contemporaine d'un mode de gestion de l'espace adapté aux enjeux du cadre de vie contemporain, l'envie de commun doit être mise au service d'un projet solide. Autrement dit, la fonction et la responsabilité sociales des propriétés collectives doit épouser les besoins du ^{xxi}^e siècle. C'est aussi une prise de risque pour les communautés, placées devant le dilemme d'espérer jouer un rôle de premier plan en s'ouvrant à leur environnement territorial ou de rester discrètes de peur d'être de nouveau attaquées.

Le défi du sens à donner à la notion d'ayant droit
au sein d'une communauté foncière

Les usages des communaux sont à présent multiples et compartimentés (agropastoralisme, sylviculture, tourisme, chasse, équipements d'utilité sociale), même si chaque cas est différent. La définition d'une vision commune du devenir des communaux est donc délicate à établir du fait de l'existence d'intérêts parfois divergents réduisant l'unité interne du système collectif : chasseurs, agriculteurs, affouagistes, promeneurs, habitants de toujours ou néoruraux... Il n'est pas non plus anormal que les ayants droit délaissent certains usages, car leur vie n'a plus à voir avec celle qui prévalait au moment de la genèse de ces systèmes. Les droits donnant vocation à percevoir des fruits en nature sont certes pratiqués dans les zones forestières et de montagne (notamment dans le Massif central où le droit de priorité pour l'accès aux terres agricoles des sections de commune et l'affouage sont encore très prisés), mais il faut aussi admettre que ce n'est plus autant indispensable à la vie des habitants que par le passé. Par ailleurs, de plus en plus de « tiers utilisateurs » ont accès aux biens (voir la notice « Les règles de gestion des communautés foncières de montagne »). C'est donc presque une question existentielle qui est posée aux membres des communautés foncières. Celle du sens et de l'intérêt d'être aujourd'hui ayant droit sur le domaine « éminent » d'une entité morale foncière, d'une commune ou d'une section de commune. Or les réponses ne manquent pas : dans le sillage du maintien des fonctions

traditionnelles des communaux (agriculture, affouage notamment), les bienfaits socio-écologiques de ces systèmes légitiment l'action des communautés foncières.

Le défi environnemental auquel la société doit faire face

Sauf exception dans les régions de montagne où s'est développée l'industrie du ski ou à proximité de grandes agglomérations, les communaux ont été plutôt bien préservés et tenus à distance de certains intérêts spéculatifs. Le système juridique séculaire garantissant la gestion prudente des ressources a probablement joué un rôle positif en matière de conservation de la biodiversité (ces espaces sont riches d'inventaires, de zonages ou protections juridiques : zones humides, zones « Natura 2000 », réserves naturelles, parcs, etc.). Le rôle des communautés peut être multiple, qu'il s'agisse d'entretenir les espaces et les paysages, des équipements et infrastructures (canaux d'irrigation, équipements de prévention des risques naturels, voies de circulation...) ou de maintenir la biodiversité. Rien qu'en matière environnementale, à propos de la gestion prudente des ressources naturelles, prendre en considération le savoir-faire des communautés locales donnerait pourtant plus d'effectivité à l'Accord de Paris sur le climat (2015), lequel promeut l'implication des acteurs privés (dont les communautés locales) aux côtés des acteurs publics afin d'atteindre l'objectif de limitation de l'augmentation de la température mondiale. En parallèle, la convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société³⁹ (dite « Convention de Faro ») a pour but également d'impliquer les communautés dans la préservation, la connaissance et la pratique du patrimoine culturel au niveau européen (mais la France rechigne toujours à la signer).

Le défi social en milieu rural

Dans les communaux, même ceux qui ne sont pas très actifs, le symbole de la terre collective, héritée des générations passées, est très forte. L'attachement à son cadre de vie est sérieux. Les droits d'usage tissent encore

39. Adoptée le 13 octobre 2005 mais entrée en vigueur en 2011. [En ligne, consulté le 25/07/2024.]
URL : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=199>

entre humains et leur territoire des rapports singuliers et affectifs⁴⁰. Ils sont des éléments de l'identité des populations rurales, voire de leur dignité. Il ne faut pas négliger non plus l'appoint économique des communaux (du bois, notamment), même si, de loin, cela peut paraître très mineur. Cette identité est par endroits au moins aussi marquée que celle de la commune, sinon plus. Elle explique aussi les résistances et la défense des communaux même lorsque l'on pense les habitants éloignés de la gestion du commun. C'est pourquoi en résumé le déclin des réseaux sociaux que sont les communs fonciers est dommageable, tout comme les modes de participation démocratique qu'ils génèrent. Quand cela fonctionne, notamment sous l'impulsion fédératrice de quelques personnes, on mesure la puissance de l'harmonie sociale au sein de la communauté foncière. On le voit en France et plus encore en Italie où des communautés brandissent fièrement des slogans humanistes exprimant l'idée que ce qu'elles font n'est pas pour elles, mais pour celles qui viendront⁴¹.

Bibliographie indicative

- AGULHON Maurice, DÉSSERT Gabriel & SPECKLIN Robert, 3. *Apogée et crise de la civilisation paysanne : 1789-1914*, in Georges Duby et Armand Wallon (dir.), *Histoire de la France rurale*, Paris, Le Seuil, 1992 [1976].
- BARRIÈRE Olivier, « Patrimonialisation de la pâture : entre marginalisation et valeur universelle », *Techniques et Culture*, n° 63, 2015, p. 182-201. DOI : 10.4000/tc.7486
- BARTHE Laurence & EYCHENNE Corinne, « Les associations foncières pastorales : un dispositif de gouvernance concrète du foncier dans les territoires de montagne », *EchoGéo*, n° 43, 2018. DOI : 10.4000/echogeo.15228
- BAUD Dominique & BONNEMAINS Anouk, « Entre contrainte et opportunités : les ressources détenues par les propriétés collectives foncières », in Jean-François

40. SMITH George, WALTERS Gretchen & HYMAS Olivier, « Dwelling un the relational commons: exploring the contemporary role and significance of a "section de commune" in the Jura Mountains », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au xx^e siècle*, op. cit., p. 397.

41. Voir l'Amministrazione Separata dei Beni degli Usi Civici delle Frazioni di Serrazzone, Ospitale, Fellicarolo e Canevare nel Comune di Fanano (province de Modène, Emilie-Romagne) et son Comitato di Amministrazione: « da oltre 12 secoli amministriamo il nostro territorio per le generazioni future ». [En ligne. Consulté le 25/07/2024.] URL : www.usicivicifanano.it/. Voir aussi l'Amministrazione Separata dei Beni degli Usi Civici d'Andonno (Valdieri, Piémont). [En ligne, consulté le 25/07/2024.] URL : www.andonno.it/

- Joye (dir.), *Les « communaux » au ^{xx}e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université de Savoie Mont-Blanc, 2021.
- BLOCH Marc, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, Armand Colin, 1968 [1931].
- , *La société féodale*, Albin Michel, coll. L'Évolution de l'humanité, 1994 [1939].
- BOLLIER David, *La Renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, Paris, C. L. Mayer, coll. Essai (n° 202), 2014.
- BONNEMAIS Anouk & JOYE JEAN-FRANÇOIS, « À la recherche de l'identité des communautés d'habitants à partir de la typologie des "communaux" en territoire de montagne. Étude de cas en Savoie et Haute-Savoie », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke – RDUS*, vol. 50, n° 1-2-3, 2020-2021. DOI : 10.7202/1088129ar
- BOURJOL Maurice, *Les biens communaux, voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 1989.
- CARRIER Nicolas & MOUTHON Fabrice, *Paysans des Alpes. Les communautés montagnardes au Moyen Âge*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010.
- CHAVANON Olivier & JOYE Jean-François, *En commun ! La propriété collective à l'épreuve de la modernité*, documentaire, 2022, 58'. [En ligne, consulté le 22/08/2024.] URL : [youtube.com/watch?v=BclZKvhpww4](https://www.youtube.com/watch?v=BclZKvhpww4)
- CORIAT Benjamin (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015.
- CROSETTI Alessandro & JOYE Jean-François, Préface du dossier thématique « La montagne et la gestion collective des biens : quelles influences ? Quelles interactions ? », *Revue de Géographie Alpine*, vol. 109, n° 1, 2021. DOI : 10.4000/rga.8663
- DROSS William, « Peut-on usucaper les biens d'une section de commune ? », note sous Civ. 3^e, 28 nov. 2019, n° 18-16.012, *RTDciv*, vol. 1, 2020, p. 152.
- GUICHONNET Paul, « Les biens communaux et les partages révolutionnaires dans l'ancien département du Léman », *Études rurales*, n° 36, 1969, p. 7-36. DOI : 10.3406/rural.1969.1476
- JOYE Jean-François, Fasc. 34-20 « Biens communaux » et 34-30 « Biens des sections de commune », *JCl. Propriétés publiques*, 2020.
- LAVIALLE Christian, « L'ayant droit d'un bien communal : figure archaïque ou pionnière ? », *Droit rural* n° 487, 2020, comm. 169.
- LOUVIN Roberto (dir.), *Mondi montani da governare*, Rome, Aracne editrice, 2017.
- MÉLÉDO-BRIAND Danièle, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in COLLECTIF, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du ^{xx}e siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 469.

- MÉRIAUDEAU Robert, « Les biens communaux à jouissance héréditaire dans le département de la Savoie », *Revue de Géographie Alpine*, vol. 71, n° 3, 1983, p. 233-252. DOI : 10.3406/rga.1983.2534
- , *À qui la terre ? La propriété foncière en Savoie et Haute-Savoie*, Thèse de doctorat soutenue en 1985, Grenoble, Institut de géographie alpine–Université scientifique technologique et médicale de Grenoble, 1986.
- MOUTHON Fabrice, *Le sourire de Prométhée. L'homme et la nature au Moyen Âge*, Paris, La Découverte, 2017.
- , *La naissance des communs : Eaux, forêts, alpages dans les montagnes de Savoie (xii^e-xvi^e siècles)*, Chambéry, Société savoisiennne d'histoire et d'archéologie, coll. L'histoire en Savoie, 2016.
- , *Histoire des anciennes populations des montagnes. Des origines à la modernité, Essai d'histoire comparée*, Paris, L'Harmattan, coll. Historiques, 2011.
- NICOLAS Jean, *La Savoie au xviii^e siècle. Noblesse et bourgeoisie*, Montmélian, La fontaine de Siloé, coll. Le champ régional, 2003 [1977], 2^e éd.
- PATAULT Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, coll. Droit civil, 1989.
- POSEY Darrell, « Traditional Resource Rights – De Facto Self-Determination for Indigenous Peoples », in Kristiana Plenderleith (dir.), *Indigenous Knowledge and Ethics. A Darrell Posey Reader*, Londres, Routledge, 2004, p. 155-168.
- RODOTÀ Stefano, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au xxi^e siècle », *Tracés*, hors-série n 16, 2016, p. 211-232. DOI : 10.4000/traces.6632
- THOMÉ Pierre, « Le fruit commun du pastoralisme de plan Pichu. De la nécessité des communs », *Médiapart*, 3 déc. 2014. [En ligne, consulté le 25/07/2024.] URL : blogs.mediapart.fr/edition/camedia/article/031214/le-fruit-commun-du-pastoralisme-de-plan-pichu-de-la-necessite-des-communs
- VANUXEM Sarah, *La propriété de la Terre*, Marseille, Wildproject, Coll. Le monde qui vient, 2018.
- VERN Flora, « La forme des communaux en droit civil des biens », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au xxi^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université de Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 299.
- VIALLET Hélène, *Les alpages et la vie d'une communauté montagnarde : Beaufort du Moyen Âge au xviii^e siècle*, Annecy/Grenoble, Académie salésienne/Centre alpin et rhodanien d'ethnologie, 1993.
- VIVIER Nadine, « Les communaux patrimoine du pauvre. Un discours sur les sociétés rurales », in Annie Antoine (dir.), *Campagnes de l'Ouest. Stratigraphie et relations sociales dans l'histoire*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 1999, p. 121-133.

—, « Les biens communaux en France », in Nadine Vivier & Marie-Danielle Demélas (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 139-156.

VIVIER Nadine & DEMÉLAS Marie-Danielle (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

YOLKA Philippe, « Tribune. Provence toujours », *AJDA*, 3 août 2020, n° 27, p. 1505.

Les intérêts communs en droit du patrimoine culturel

Marie-Sophie DE CLIPPELE

Professeure, Université UCLouvain Saint-Louis Bruxelles (Belgique)

L'autrice réhabilite la notion d'intérêt partagé en la détachant du droit subjectif. Cet intérêt transindividuel et diffus assure la mise en œuvre d'un droit fondamental au patrimoine culturel. Le collectif dispose d'un intérêt commun, d'un patrimoine commun et d'une mise en jouissance commune. La communauté, acteur collectif, participe avec l'acteur public à la protection du patrimoine culturel, et redessine l'espace social en s'insérant entre la sphère publique, apanage de l'intérêt général, et la sphère privée, lieu de confrontation des intérêts individuels.

Mots clés : Acteur public, Collectif, Communauté patrimoniale, Intérêt commun diffus, Patrimoine culturel

L'intérêt, entre droit et fait

La notion d'intérêt¹ a fait l'objet de nombreuses réflexions doctrinales, les auteurs cherchant soit à la distancer du droit, la reléguant au royaume des faits, soit à en reconnaître la fécondité pour penser la pluralité normative, inhérente au droit. On retrouve ainsi, d'une part, la thèse forte du droit subjectif, en dehors de laquelle on quitterait la sphère juridique, comme le résume Henri De Page dans son fameux adage : « Qu'est-ce qu'un "intérêt" ? Si l'intérêt n'est pas juridiquement protégé, c'est, en droit, le néant. Et s'il l'est, c'est un droit². » À l'inverse, d'autres auteurs reconnaissent, d'autre part, une riche palette de nuances pour passer du fait au droit, en travaillant sur la notion d'intérêt. Ainsi André Gervais a-t-il élaboré une échelle des différents intérêts, reprise et améliorée par François Ost comme un « *continuum* » :

1. Les propos ci-dessous sont en partie repris de mes recherches doctorales : CLIPPELE Marie-Sophie de, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Collection générale (n° 157), 2020.

2. Voir DE PAGE Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 894.

- le droit subjectif à l'échelon le plus élevé, qui s'entend comme la reconnaissance formelle du droit détenu de manière exclusive par le sujet et assure la protection juridictionnelle³ ;
- l'intérêt légitime protégé, permettant une action juridictionnelle (pour obtenir réparation en cas de responsabilité civile, ou pour obtenir l'annulation d'une mesure administrative, etc.) ;
- l'intérêt pur et simple, qui laisse l'ordre juridique indifférent et n'est ni interdit ni recommandé ;
- l'intérêt illicite enfin, qui est rejeté par le système juridique et dont la poursuite génère une faute civile et/ou pénale⁴.

À chaque échelon, le droit se déploie et entretient une relation graduelle avec les faits, glissant de manière nuancée de l'intérêt illicite, à l'intérêt indifférent, à l'intérêt légitime et enfin au droit subjectif, se traduisant en autant de possibilités, fortes ou moins fortes, de l'agir juridique.

Le fait de réfléchir au départ en termes d'intérêt plutôt que de droits subjectifs, comme il serait possible de le faire sur la base du droit fondamental au patrimoine culturel (voir *infra*), ouvre des modalités d'agir parfois plus efficaces. En effet, il n'est ni nécessaire ni même toujours souhaitable que tout intérêt se mue, à terme, en droit subjectif⁵. Certes, le passage de l'intérêt au droit subjectif offrirait à ce premier une assise juridique plus forte et partant une protection juridictionnelle plus solide, mais il perdrait une partie de son pouvoir créateur et subversif. L'intérêt, grâce à sa position « d'entre-deux », entre le fait et le droit, joue avec ces deux pôles, les forçant à toujours rester en tension pour mieux interagir l'un avec l'autre et bénéficie d'un pouvoir séditieux grâce à ce rôle. En

3. Cette notion du droit subjectif est reprise de celle défendue par Jean Dabin (DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952), mais celle-ci n'est pas nécessairement suivie en pratique, lui préférant une définition davantage basée sur l'opposabilité aux tiers que sur la maîtrise exclusive ; voir VAN MEERBEECK Jérémie & LÉONARD Thierry, « Le droit subjectif : nœud gordien de la distinction entre droit public et droit privé ? », in Antoine Bailleux et al., *Distinction (droit) public / (droit) privé : brouillages, innovations et influences croisées*, Colloque du 10 septembre 2021, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis-Bruxelles, 2022. DOI : 10.4000/books.pusl.27671

4. GÉRARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Droit et intérêt*, t. II « Entre droit et non-droit : l'intérêt », Bruxelles, Presses universitaires de Saint-Louis-Bruxelles, 1990, p. 35-37 et 186, se référant aux travaux de GERVAIS André, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Paris, Dalloz, 1961, p. 241-252.

5. *Ibid.*, p. 105.

outre, si l'intérêt devient droit subjectif, il entrerait dans une logique d'appropriation, dans la mesure où le droit subjectif suppose une maîtrise et une appartenance exclusive de celui-ci par son titulaire. Incorporé au droit subjectif, l'intérêt, souvent clandestin et marginal par rapport au puissant droit subjectif, réaliserait parfois moins bien ses finalités créatives par rapport au droit⁶.

Par ailleurs, l'intérêt se situe dans une autre temporalité que le droit subjectif, s'inscrivant davantage dans l'avenir, sa réalisation apparaissant plus lointaine et, par conséquent, plus précaire et aléatoire, dans la mesure où il « déstabilise virtuellement les situations acquises », tout en assurant « à la régulation juridique de celles-ci une mutabilité qui lui permet de rester constamment en prise avec les données factuelles⁷ ». Le droit subjectif se loge, quant à lui, dans l'actualité du temps présent, étant donné que le titulaire dispose de la maîtrise d'un objet existant. Ce faisant, l'intérêt, grâce à sa malléabilité et sa perspective sur le temps long, permet d'accueillir des demandes de générations futures, notamment eu égard à la transmission du patrimoine culturel.

LA DIMENSION COLLECTIVE DE L'INTÉRÊT

Cette échelle des intérêts ne fait toutefois pas ressortir la dimension collective que peut revêtir l'intérêt. En effet, comme le note le Rapport français sur l'échelle de communalité (2021), certains intérêts peuvent être « pluri-individuels » et dépasser la perspective individuelle du droit subjectif ou d'un intérêt d'une personne par rapport à sa propre personne ou ses biens⁸. Ainsi en est-il de l'intérêt général ou de l'intérêt public, c'est-à-dire un intérêt qui assigne « *a priori* un but à l'action des pouvoirs publics », dont le respect est assuré par le recours en excès de pouvoirs⁹, ou encore de l'intérêt d'un groupe d'agir ensemble pour la défense des intérêts indi-

6. *Ibid.*, p. 105.

7. *Ibid.*, p. 77 et 178.

8. ROCHFELD Judith, CORNU Marie & MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, avril 2021, p. 331-332. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/

9. *Ibid.*, p. 332.

viduels de chacun (comme l'action groupée en matière de droit de la consommation). À côté de ces deux types d'intérêts pluri-individuels, certains intérêts sont qualifiés de « commun », revêtant, toujours selon les auteurs du rapport, un caractère « indivisible » (pas de répartition d'une réparation entre les individus, unicité de défense de l'intérêt d'une communauté) et « transindividuel » (intérêt qui « transcende l'ensemble des individus de la communauté¹⁰ »), nous intéressant dans le domaine du patrimoine culturel.

La catégorie d'intérêt commun se subdiviserait elle-même en plusieurs sous-catégories, toujours selon le Rapport français sur l'échelle de communalité :

- les intérêts collectifs (« intérêts transindividuels d'une communauté fermée ou semi-ouverte, identifiée et organisée ») ;
- les intérêts diffus (« intérêts transindividuels relatifs à une communauté, mais celle-ci est ouverte et indéterminée et n'est pas organisée ») ;
- les intérêts hybrides (« individuel et commun ») ;
- les intérêts du commun (« intérêt *per se* de l'objet de la communalité »)¹¹.

L'INTÉRÊT COMMUN EN DROIT DU PATRIMOINE CULTUREL ET LE COLLECTIF

Dans le champ du patrimoine culturel, deux niveaux peuvent être distingués pour donner corps à la notion d'intérêt commun.

À un premier niveau, le droit du patrimoine culturel compris dans sa globalité, en ce qu'il vise à protéger l'ensemble des éléments du patrimoine culturel (monument, site, ensemble, trésor, bien culturel...), est pétri d'une dimension collective à travers un intérêt commun : l'intérêt culturel. En effet, l'intérêt « phare » est l'intérêt culturel, qui se décline dans les différents textes en l'intérêt historique, artistique, esthétique, technique, social, folklorique, architectural, mémoriel, paysager et urbanistique, selon le type de patrimoine envisagé. Ainsi, la notion d'intérêt infuse le droit

10. *Ibid.*, p. 334-340.

11. *Ibid.*, p. 337-339.

du patrimoine culturel, dans la mesure où il lui donne une cohésion et confirme l'existence du droit de la culture¹². Cet intérêt est en outre perçu comme un intérêt commun qui soude toutes les dispositions du droit du patrimoine culturel, s'accolant, selon la thèse de Marie Cornu, aux biens culturels (tant mobiliers qu'immobiliers¹³) et peut être considéré comme un intérêt juridiquement protégé en référence à l'échelle des intérêts et aux écrits de Rudolf von Jhering¹⁴. La communauté liée à cet intérêt commun pourrait peut-être davantage faire partie de ce que les directrices de la présente *Encyclopédie* qualifient de « communauté d'intérêt », agrégée autour de cet intérêt culturel, que d'une « communauté de chose », qui serait, quant à elle, bien plus marquée au second niveau analysé ci-dessous.

À un second niveau, chaque élément ou bien protégé à titre de patrimoine culturel (monument, site, ensemble, trésor, bien culturel...) est empreint d'un intérêt commun, que nous qualifions dans nos recherches d'« intérêt partagé », et permet de penser un nouveau régime de protection du patrimoine : la propriété culturelle d'intérêt partagé (voir la notice « La propriété culturelle d'intérêt partagé comme modèle de propriété inclusive »). L'intérêt partagé signifierait ainsi l'existence d'intérêts communs diffus pour la protection du patrimoine culturel (intérêt de conservation, intérêt de transmission, intérêt d'accès et d'usage du bien protégé...), se déclinant en trois types prérogatives :

- un droit de propriété finalisé par l'intérêt culturel (voir le premier niveau de l'intérêt commun) ;
- un droit fondamental d'accès et d'usage au patrimoine culturel ;
- un intérêt de protection du patrimoine culturel renvoyant tant à l'intérêt général de l'autorité publique qu'à l'intérêt commun du collectif à proprement parler.

12. CORNU Marie, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 15.

13. *Ibid.*, p. 15.

14. Voir ses écrits suivants sur cette question : JHERING Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, Paris, Marescq, 1880. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : archive.org/details/lespritdudroitro04jher ; *Id.*, *L'évolution du droit*, Paris, Chevalier-Marescq et cie, 1901. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : archive.org/details/lvolutiondudro00jher

La communauté à laquelle l'intérêt partagé est lié serait une « communauté de chose », c'est-à-dire une communauté qui s'organise pour gérer un objet commun, en l'occurrence le bien protégé à titre de patrimoine culturel (un monument, un site, un trésor, etc.). Elle pourrait par ailleurs être qualifiée de « communauté patrimoniale » au sens où l'entend la Convention de Faro sur la valeur du patrimoine culturel pour la société (2005) : « personnes qui attachent de la valeur à des aspects spécifiques du patrimoine culturel qu'elles souhaitent, dans le cadre de l'action publique, maintenir et transmettre aux générations futures » (art. 2).

Cette communauté pourrait enfin être rapprochée de la notion de « communauté semi-ouverte », c'est-à-dire une communauté qui est ouverte à accueillir des membres, mais limite l'adhésion par « des critères de rattachement, de droit ou de fait¹⁵ », comme le lien avec le patrimoine protégé en question. La notion de « communauté diffuse » s'en approche également et est, quant à elle, définie par Judith Rochfeld comme « réunissant, autour d'une ressource, des personnes ne disposant pas de droit subjectif, ni organisées selon une gouvernance ou un agir commun¹⁶ ». Pour autant, « la ressource en question pourrait être appropriée ; des intérêts diffus, sous forme de privilèges d'usage ou de conservation, n'en seraient pas moins reconnus¹⁷ ». La professeure Rochfeld renvoie elle-même aux monuments historiques comme exemple de la reconnaissance, en creux, d'une communauté diffuse avec des intérêts diffus, dans la mesure où la servitude de classement affecte le bien à la protection du patrimoine imposant des charges au propriétaire, et prend ainsi en considération des intérêts d'autres personnes que le propriétaire.

Dans nos propres recherches, nous utilisons le terme de « collectif » qui, proche de la communauté (patrimoniale) de chose, ainsi que de la communauté semi-ouverte et diffuse, se caractérise par une nature polymorphe, variant dans l'espace (du riverain, isolé ou groupé, à l'humanité) et dans le temps (des générations passées, présentes et futures), agrégé autour d'un bien protégé à titre de patrimoine culturel. Ce collectif disposerait

15. ROCHFELD Judith, CORNU Marie & MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 337.

16. CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017, p. 244.

17. *Ibid.*

non seulement de privilèges, mais aussi d'un droit fondamental à l'accès au patrimoine, ainsi que d'un intérêt culturel à participer à la protection du patrimoine (voir la notice « La propriété culturelle d'intérêt partagé comme modalité de propriété inclusive »). En d'autres termes, ce collectif dispose d'un intérêt commun (l'intérêt culturel du bien protégé à titre de patrimoine culturel), d'un territoire commun (variant selon le caractère local, régional, national ou universel de ce monument, site, ensemble ou bien culturel) et d'une mise en jouissance commune (pluralité de droits et d'intérêts sur le bien protégé, comme développé dans le modèle d'une propriété culturelle d'intérêt partagé).

L'intérêt commun culturel, déployé à deux niveaux en droit du patrimoine culturel, constitue un intérêt substantiel lié à l'objet patrimoine culturel et peut se muer en intérêt à défendre, voire en intérêt à agir (en justice). Ces déclinaisons de l'intérêt permettent de souligner les multiples fonctions que l'intérêt peut remplir.

LA DOUBLE FONCTION DE L'INTÉRÊT

L'intérêt commun culturel peut revêtir une double fonction, soulignant à nouveau la variabilité, et partant la vitalité de la notion d'intérêt, amplement étudiée par François Ost.

L'intérêt comme limitation au droit de propriété

Premièrement, l'intérêt vise à tempérer le droit subjectif de la propriété, opérant comme une *limitation* des droits et remplissant une fonction de « stabilisation, d'équilibration, d'égalisation, de préservation, de pacification¹⁸ ». Cela se remarque, d'une part, dans l'interventionnisme étatique pour la protection du patrimoine, limitant de la sorte les droits du propriétaire au nom de l'intérêt général et, d'autre part, dans la perspective fonctionnaliste du droit de propriété, s'ouvrant davantage à l'intérêt commun culturel.

Le pouvoir d'intervention de l'État dans le droit de propriété, au nom de l'intérêt général, notamment de protéger le patrimoine culturel,

18. GÉRARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Droit et intérêt*, t. II, *op. cit.*, p. 138.

est reconnu dès l'origine au deuxième alinéa de l'article 544 du Code civil, « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements », et est au demeurant repris dans la nouvelle définition de la propriété à l'article 3.50 du nouveau Code civil belge, de manière plus marquée : « Le propriétaire a la plénitude des prérogatives, sous réserve des restrictions imposées par les lois, les règlements ou par les droits de tiers ». Ce faisant, les interventions législatives et réglementaires mettant en place des polices administratives de protection du patrimoine se sont multipliées à travers les décennies et ont limité le droit de propriété au nom de l'intérêt général, sans pour autant remettre en cause la perception de la propriété elle-même.

Si l'augmentation de l'action interventionniste de l'État dans le domaine du patrimoine culturel est prise au sérieux, ces limites au droit de propriété invitent à s'intéresser à de nouvelles perspectives sur la propriété. Ainsi, la lecture sociale et fonctionnaliste de la propriété met plus l'accent sur « la fonction sociale du détenteur de la richesse »¹⁹, partant de l'idée selon laquelle « chaque propriétaire bénéficie d'un cadre de vie amélioré par cette restriction²⁰ ». Les charges imposées à la propriété au nom de l'intérêt public s'inscrivent, dans une certaine mesure, dans cette lecture de fonction sociale de la propriété, étant donné que, comme l'indique Paul Ricoeur : « Il n'est pas licite que l'individu recueille les bénéfices de son appartenance à la communauté sans en payer les charges²¹. » Cette approche a ainsi été reprise lors de la réflexion autour de la nouvelle définition du droit de propriété à l'article 3.50 du nouveau Code civil, qui se veut « fonctionnelle », en décrivant les prérogatives du propriétaire, ce qui « correspond à l'évolution du droit de propriété intervenue au cours des dernières décennies, mettant sans cesse davantage l'accent sur l'impact social de l'exercice de la propriété²² ». Ce faisant, dans le domaine

19. DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k935172d, p. 147.

20. PÂQUES Michel, « Propriété, privations et servitudes de droit public ; Morceaux choisis », in Pascale Lecoq & Paul Lewalle, *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 134.

21. RICOEUR Paul, « Langage politique et rhétorique, Lectures 1 », *Autour du politique*, Paris, Seuil, 1991, p. 161-175 : 164.

22. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil belge, *Doc. parl., Ch.*, 10 décembre 2019, Doc n°55/0173/001, p. 126.

du patrimoine culturel, la propriété est fonction de son intérêt culturel et devient propriété *culturelle*. En d'autres termes, cette propriété spéciale est pétrie d'une dimension collective, celle d'être finalisée dans le but de protéger le patrimoine culturel, c'est-à-dire dans l'intérêt culturel (voir la notice « La propriété culturelle d'intérêt partagé comme modèle de propriété inclusive »).

L'intérêt comme levier de création par une participation collective

Deuxièmement, l'intérêt comporte également une fonction de *création*, cherchant à promouvoir le patrimoine culturel dans le droit et offrant une base juridique à cette fin. L'intérêt général détenu par l'autorité publique, mais aussi l'intérêt commun diffus de l'acteur collectif, constituent ainsi un levier d'action juridique, tant de restriction que de promotion. En effet, le collectif, détenteur d'un intérêt culturel juridiquement protégé, participe à la protection du patrimoine culturel, avec l'autorité publique. Les contours de cette participation ressortent du discours de la responsabilité partagée, dont les droits procéduraux de participation font partie, et impliquent, de manière plus large, que soient élaborées des mesures de gouvernance participative à cette fin.

S'agissant des *droits procéduraux*, ils sont notamment repris dans la Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement²³. Le collectif fait office de gardien du patrimoine en activant ses droits à l'information et à la participation ainsi qu'en exerçant son droit d'accès en justice, dans la mesure où le droit positif l'admet. Ce faisant, il participe de plus en plus à la protection du patrimoine culturel, à différents degrés et sous diverses formes. Mais, force est de constater que ces droits participatifs sont loin d'être entièrement garantis, en particulier s'agissant des droits à la participation proprement dits ainsi que du droit d'agir en justice.

En effet, les possibilités d'action collective sont longtemps demeurées limitées, tant les juridictions belges ont été frileuses à l'idée de reconnaître

23. En ligne, consulté le 27/07/2024. URL : treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsq_no=XXVII-13&chapter=27&clang=_fr

quelque forme d'action populaire. Cependant, des évolutions sont à noter, devant les juridictions judiciaires ainsi que les juridictions administratives, et en particulier devant le Conseil d'État²⁴.

La reconnaissance juridictionnelle de l'action du collectif diffère selon le type de contentieux, c'est-à-dire selon le fait qu'il s'agisse d'un contentieux subjectif, portant sur la violation de droits subjectifs, ou d'un contentieux objectif, s'agissant de la contestation de la validité d'une norme. Selon la catégorie et selon le type de contentieux, l'agir juridique varie sensiblement, démontrant le chemin qu'il reste à parcourir si notre ordre juridique cherchait à offrir un pouvoir juridique plus important à cet acteur collectif, intrinsèquement plus « faible », en termes de pouvoirs d'action, que le propriétaire ou l'autorité publique.

Mentionnons néanmoins l'article 17, paragraphe 2 du Code judiciaire (insérée par la loi du 21 décembre 2018) qui ouvre le champ de l'action qualifiée « d'intérêt collectif » aux actions liées au respect des droits fondamentaux, et ce dans l'objectif de « créer un régime de droit commun d'action d'intérêt collectif », tout en étant limité aux seules personnes morales et soumis à quatre conditions :

L'action d'une personne morale, visant à protéger des droits de l'homme ou des libertés fondamentales reconnus dans la Constitution et dans les instruments internationaux qui lient la Belgique, est également recevable aux conditions suivantes :

1° l'objet social de la personne morale est d'une nature particulière, distincte de la poursuite de l'intérêt général ;

2° la personne morale poursuit cet objet social de manière durable et effective ;

3° la personne morale agit en justice dans le cadre de cet objet social, en vue d'assurer la défense d'un intérêt en rapport avec cet objet ;

4° seul un intérêt collectif est poursuivi par la personne morale à travers son action²⁵.

24. Pour une analyse approfondie et actuelle de la question de l'intérêt collectif à agir, voir l'excellente contribution de ROMAINVILLE Céline et STEXHE Floriane de, « L'action d'intérêt collectif », *Journal des Tribunaux*, 2020, vol. 11, n° 6807, p. 189-201. Handle : 2078.1/231581 ; ainsi que les nombreuses références citées.

25. Article 137 de la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018.

Ce nouvel alinéa, constituant une « petite révolution » vient confirmer une « longue séquence d'incertitudes et de rebondissements » dans la jurisprudence quant à la possibilité d'introduire une action d'intérêt collectif devant les cours et tribunaux²⁶. Il serait dès lors possible que des associations de protection du patrimoine culturel – qui font partie de notre concept de collectif – agissent sur la base de cet article par exemple pour obtenir réparation par exemple en cas de responsabilité extracontractuelle pour un dommage apporté à un bien protégé à titre de patrimoine culturel.

Concernant la *gouvernance participative*, le rapport « Notre diversité créatrice » réalisé par la Commission mondiale de la culture et du développement de l'Unesco²⁷ insiste, en 1996, sur l'importance d'engager le public de participer au patrimoine, notamment par la mise en place de « volontaires du patrimoine culturel », chargés de « contribuer à la préservation et à la mise en valeur du patrimoine, matériel ou immatériel, en faisant appel aux techniques modernes disponibles, afin de diffuser des connaissances utiles, de sensibiliser davantage les individus à leur patrimoine et de promouvoir une compréhension mutuelle et un respect plus profonds entre les cultures²⁸ ». Cette idée de volontariat a germé et a été reprise dans le Code de déontologie du Conseil international des musées (ICOM), invitant les gouvernements à adopter des politiques favorisant le volontariat, de manière à ce que les volontaires entretiennent une relation positive avec les professionnels des musées (art. 1.17). Le Conseil de l'Europe a aussi insisté sur le rôle des volontaires, notamment par la Déclaration sur le rôle des organisations bénévoles dans le domaine du patrimoine culturel en 2001, influençant l'adoption de la Convention de

26. ROMAINVILLE Céline & DE STEXHE Floriane, « L'action d'intérêt collectif », *op.cit.*, p. 189.

27. En ligne, consulté le 26/07/2024. URL : unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000105586_fre

28. « La Commission, à la lumière de la disproportion existant entre l'étendue des objectifs et les moyens limités de la conservation du patrimoine à travers le monde, recommande que des efforts soient consentis au niveau international pour mobiliser la bonne volonté de femmes et d'hommes de tous âges qui travailleraient comme « Volontaires du patrimoine culturel », animés et encadrés par des professionnels. Leur mission serait de contribuer à la préservation et à la mise en valeur du patrimoine, matériel ou immatériel, en faisant appel aux techniques modernes disponibles, afin de diffuser des connaissances utiles, de sensibiliser davantage les individus à leur patrimoine et de promouvoir une compréhension mutuelle et un respect plus profonds entre les cultures. », Rapport *Notre diversité créatrice*, point 3.1.

Faro de 2005 qui rappelle précisément l'importance d'une responsabilité collective pour le patrimoine culturel.

L'Union européenne est également attentive à la gouvernance participative pour le patrimoine culturel et a publié les conclusions du Conseil sur la gouvernance participative du patrimoine culturel le 23 décembre 2014²⁹.

Dans celles-ci, le Conseil constate que la gouvernance participative pour le patrimoine culturel « dans le contexte de l'action publique, vise la *participation active des acteurs concernés*³⁰ ». Aussi, toutes les catégories d'acteurs, les autorités et les organismes publics, les acteurs privés, les organisations de la société civile, les ONG, le secteur du bénévolat et les personnes intéressées – c'est-à-dire ce que nous regroupons sous le vocable du « collectif » sans toutefois y intégrer les autorités publiques compétentes pour protéger le patrimoine culturel, ni les propriétaires –, devraient participer au processus décisionnel, à la planification, à la mise en œuvre, au suivi et à l'évaluation des programmes et des politiques se rapportant au patrimoine culturel. En ce sens, la gouvernance participative a une portée plus générale et plus large que les droits procéduraux de participation.

Plusieurs recommandations sont énoncées dans les conclusions, invitant les États membres à « encourager la participation des acteurs concernés en veillant à ce que celle-ci soit possible à tous les stades du processus décisionnel » (§ 14), à renforcer la coopération entre les différents niveaux de pouvoir, ou encore

[à] créer des synergies entre les stratégies en matière de tourisme durable et les secteurs culturels et créatifs locaux, notamment en promouvant les cadres de gouvernance auxquels les acteurs locaux sont activement associés, afin de favoriser l'offre concernant un tourisme culturel de qualité et durable et de contribuer à la revitalisation des zones urbaines et rurales, tout en veillant au maintien et à l'intégrité de la valeur culturelle du patrimoine et en assurant un équilibre entre les perspectives économiques et le bien-être des citoyens. (§ 17).

29. Doc 2014/C 463/01. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : [eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XG1223\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XG1223(01))

30. Doc 2014/C 463/01, § 9.

Le Conseil s'intéresse également au numérique, qui permettrait d'« accroître l'accès et la participation à la gouvernance du patrimoine culturel pour tous les groupes sociaux » (§ 21), et à « étudier le rôle des communautés virtuelles dans la conception et la mise en œuvre des politiques relatives au patrimoine culturel, dans le soutien à la gestion du patrimoine culturel, dans le développement des connaissances et dans le financement (par exemple par l'intermédiaire de l'externalisation ouverte et du financement participatif) » (§ 22). La logique inclusive et participative imprègne ainsi le raisonnement du Conseil.

De ces conclusions a suivi un rapport sur la gouvernance participative du patrimoine culturel, publié en avril 2018³¹. Dans ce rapport, les experts de 26 États membres et la Norvège³² tentent d'identifier des approches innovantes pour une gouvernance à plusieurs niveaux du patrimoine tant matériel qu'immatériel, afin d'inverser la vision « *top down* » qui régit traditionnellement ce domaine.

En Belgique, la question suscite également un intérêt nouveau. En 2019, la Flandre a mené une étude sur le « *Draagvlak voor Onroerend erfgoed* » (publiée en 2020), concluant notamment sur un taux élevé de participation des citoyens flamands impliqués pour le patrimoine et à l'importance de l'expérience, du vécu du patrimoine, le « *belevingsaspect* » des citoyens³³. Ces préoccupations sont d'ailleurs partiellement reprises dans la note de politique patrimoniale flamande 2019-2024, insistant sur la participation³⁴ (« *inspraak en participatie* »). La région de Bruxelles-Capitale mentionne également l'importance de la participation en se référant à la Stratégie 21

31. P.O. of the E. UNION, « Participatory governance of cultural heritage : report of THE OMC (Open Method of Coordination) working group of Member States' experts. », 18 avril 2018. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b8837a15-437c-11e8-a9f4-01aa75ed71a1/

32. Tous les États membres sauf l'Autriche et la République tchèque.

33. VANHAEVRE Ingrid, « Onroerend erfgoed vanzelfsprekend? Hoe groot is het draagvlak voor onroerend erfgoed in vlaanderen? », *Onderzoeksrapporten agentschap Onroerend Erfgoed*, vol. 132, 2020. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : oar.onroenderfgoed.be/publicaties/OAOE/132/OAOE132-001.pdf

34. Beleidsnota Onroerend Erfgoed 2019-2024 ingediend door de heer Matthias Diependaele, Vlaams minister van Financiën en Begroting, Wonen en Onroerend Erfgoed, *Doc. VI. parl.*, 2019-2020, nr. 139/1.

du Conseil de l'Europe dans sa Déclaration de Gouvernement 2019-2024³⁵. La région wallonne exprime dans la Déclaration de Gouvernement de manière plus générale l'importance de dynamiser le patrimoine, sans mentionner directement la participation du collectif³⁶.

Les risques d'instrumentalisations de l'intérêt

L'intérêt sur la base duquel l'autorité ou le collectif fonderait son action de restriction ou de création ne correspond toutefois pas nécessairement à la réalité. Des risques de dérives et d'instrumentalisation existent³⁷. Derrière l'intérêt culturel, soi-disant mis en avant, pourraient parfois se cacher d'autres intérêts, d'ordre politique ou économique, qui justifieraient réellement l'action publique ou collective. Ainsi, l'autorité publique pourrait-elle poursuivre une stratégie nationaliste de protection du patrimoine et de ce fait méconnaître, voire blesser, l'intérêt culturel de certaines personnes faisant partie du collectif. De même, le collectif ou une partie de celui-ci pourrait chercher à agir de manière « intéressée », au sens péjoratif, pour protéger un élément patrimonial plus rentable qu'un autre, ou qui ne raconte qu'une version de l'histoire, comme on le remarque avec le récit des vainqueurs, niant celui des vaincus. Ces risques devraient être tenus à l'œil lors de l'exercice de l'intérêt culturel, ce qui incomberait tant à l'autorité publique vis-à-vis du collectif (éviter des demandes de protection patrimoniale abusives ou mal fondées, notamment en refusant de procéder au classement après que celui-ci a été initié par le collectif), qu'à l'inverse, au collectif vis-à-vis de l'autorité publique (éviter des protections ou des refus de protection pour des faux motifs, ou qui ont des effets négatifs sur certains acteurs du collectif, notamment par l'action en justice ou par l'action médiatique).

35. Déclaration de politique générale commune au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et au Collège réuni de la Commission communautaire commune, législature 2019-2014, p. 91. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : <https://www.parlement.brussels/wp-content/uploads/2019/07/07-20-D%C3%A9claration-gouvernementale-parlement-bruxellois-2019.pdf>

36. Déclaration de politique régionale pour la Wallonie, législature 2019-2024, p. 114-115. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : https://www.wallonie.be/sites/default/files/2019-09/declaration_politique_regionale_2019-2024.pdf

37. Pour une étude plus approfondie, voir CLIPPELE Marie-Sophie de, « Does the Law Determine What Heritage to Remember? », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, vol. 34, p. 623-656, 2021. DOI:10.1007/s11196-020-09811-9

L'INTÉRÊT COMMUN, ENTRE SPHÈRE PUBLIQUE ET SPHÈRE PRIVÉE

L'intérêt commun diffus du collectif se trouve également à l'intersection de la sphère publique et de la sphère privée. L'apparition de l'intérêt détenu par le collectif redessine l'« espace social », qui s'est construit autour de la dichotomie entre, d'une part, la sphère publique, apanage de l'intérêt général et, d'autre part, la sphère privée, où s'affrontent les intérêts individuels³⁸. Le collectif ne vient pas créer une troisième sphère, à côté des deux autres, mais, au moyen de son intérêt, il se situe à la croisée des deux sphères, là où l'interaction est la plus forte et où les différences s'estompent. Ni propriétaire, ni représentant de l'autorité publique, le collectif remplit ce rôle subversif d'instaurer une relation dialectique entre le public et le privé et s'imbrique dans l'espace patrimonial au moyen de l'intérêt culturel. Il fonctionnerait comme un relais tant de l'« étatisation de la société » (le collectif, en tant qu'usager, publicise la propriété), que de la « civilisation de l'État » (le collectif, participant, collectivise ou civilise l'intérêt culturel public)³⁹.

Nous renvoyons enfin à notre modèle de la propriété culturelle d'intérêt partagé, présenté dans une autre entrée de l'*Encyclopédie*, qui reflète l'idée que le collectif s'investit tant du côté du propriétaire par des droits au patrimoine culturel, que du côté de l'autorité publique par l'intérêt au patrimoine, sublimant ainsi les rapports entre le privé et le public pour entrer dans une dialectique entre tous ces acteurs.

Bibliographie indicative

CLIPPELE Marie-Sophie de, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Collection générale (n° 157), 2020.

CLIPPELE Marie-Sophie de, « Does the Law Determine What Heritage to Remember? », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, vol. 34, p. 623-656, 2021. DOI : 10.1007/s11196-020-09811-9

38. *Ibid.*, p. 83.

39. *Ibid.*, p. 102 se référant aux travaux de CHEVALLIER Jacques, « L'association entre public et privé », *Revue du droit public*, 1981, p. 909 et suiv.

- CORNU Marie, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.
- DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.
- DE PAGE Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 894.
- DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k935172d
- JHERING Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, Paris, Marescq, 1880. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : archive.org/details/lespritudroitro04jher
- LECOCQ Pascale & LEWALLE Paul, *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Bruxelles, Larcier, 2005
- GÉRARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Droit et intérêt*, t. II « Entre droit et non-droit : l'intérêt », Bruxelles, Presses universitaires de Saint-Louis-Bruxelles, 1990.
- ROCHFELD Judith, CORNU Marie & MARTIN Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, avril 2021, p. 331-332. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/
- ROMAINVILLE Céline et DE STEXHE Floriane, « L'action d'intérêt collectif », *Journal des Tribunaux*, 2020, vol. 11, n° 6807, p. 189-201. Handle : 2078.1/231581
- VANHAEVRE Ingrid, « Onroerend erfgoed vanzelfsprekend? Hoe groot is het draagvlak voor onroerend erfgoed in vlaanderen? », *Onderzoeksrapporten agentschap Onroerend Erfgoed*, vol. 132, 2020. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : oar.onroenderfgoed.be/publicaties/OAOE/132/OAOE132-001.pdf
- , *L'évolution du droit*, Paris, Marescq, 1901. [En ligne, consulté le 27/07/2024.] URL : archive.org/details/lvolutiondudro00jher



Les libéralités communautaires

Anne-Sophie HULIN

Professeure de droit privé, Université de Sherbrooke (Qc, Canada)

Les libéralités aux fins d'intérêt général sont par essence communautaires en raison de leur finalité et de leur caractère philanthropique. Une approche comparative entre les systèmes français, québécois et étasunien met en exergue les disparités quant au statut juridique qui leur est reconnu. L'histoire des libéralités aux fins d'intérêt général dans chacun de ces systèmes politiques permet de comprendre comment et pourquoi ce type de don occupe une place moins importante en France qu'aux États-Unis ou au Canada.

Mots clés : *Charitable Trust*, Dons, Fiducie, Fondation, Intérêt général, Libéralités, Philanthropie, Succession

S'il y a bien un domaine où plane l'ombre communautaire en droit privé¹, c'est dans le domaine des dons à vocation philanthropique. Pratiques anciennes et inconstantes en droit français, les libéralités aux fins d'intérêt général (dites aussi libéralités à caractère collectif) désignent les actes de disposition à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort par le biais desquels des biens sont affectés à une cause s'inscrivant dans le champ matériel de l'intérêt général. Ces libéralités veillent donc à soutenir la satisfaction de besoins sociaux particuliers et participent ainsi à la réalisation de l'intérêt général.

Or, ces libéralités interfèrent avec l'initiative publique, et notamment la réalisation de missions de service public. En effet, on ne saurait trop rappeler la dualité des branches du droit français dont il transparaît que l'intérêt général est progressivement devenu l'objet d'un monopole d'État et corrélativement une finalité étrangère au champ d'application du droit

1. Le contenu de cette note est intégralement des travaux suivants : HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art : une étude de droit privé comparé (France/États-Unis/Québec)*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2022.

privé. Ceci explique que le cadre juridique des libéralités aux fins d'intérêt général connaît une importante interpénétration entre les règles de droit privé et de droit public. Par exemple, le champ matériel de l'intérêt général est défini par la loi fiscale au titre des réductions d'impôts consenties aux opérations de mécénat. L'article 238 bis du Code général des impôts dresse une liste des domaines admis au rang desquels l'on retrouve, notamment, les œuvres ou organismes ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises². Le droit des fondations est également symptomatique de cette mixité juridique³. Ainsi, les libéralités aux fins d'intérêt général sont l'objet d'une réglementation éparse et fragmentée, ce qui rend difficile l'appréhension générale de leur régime juridique. Plus encore, elles constituent un objet *hybride* et donc *singulier* du droit privé dont il n'est pas évident d'en apprécier la place au sein de l'architecture du droit français ni même au sein de la société. Surtout, il résulte de cette hybridité juridique que les libéralités aux fins d'intérêt général ont, pendant fort longtemps, été marginalisées, sinon délaissées, de l'étude du droit des libéralités et des successions. Il est vrai qu'elles connaissent un regain d'intérêt depuis quelques années ; la philanthropie étant de plus en plus sollicitée en France pour compenser la croissante réduction des subventions publiques. Toutefois, leur étude en demeure marginale comparativement aux *libéralités ordinaires* qui, œuvrant dans le contexte familial, constituent la terre première du droit des successions et des libéralités.

Cette nature singulière est entretenue par le fait que les libéralités aux fins d'intérêt général constituent une catégorie éclectique d'actes juridiques où se côtoient les dons manuels et notariés, les donations et les legs, les dons en propriété et en usufruit, les libéralités avec charge, les fondations, etc. Toutefois, en dépit de cet éclectisme qui a pour effet de ternir davantage leur appréhension, il est possible de classer les libéralités aux

2. *Ibid.*, § 138 et suiv.

3. *Ibid.*, § 30-32.

fins d'intérêt général selon le critère de leur portée et ainsi faire émerger leur nature communautaire.

Certaines libéralités sont *a minima* le moyen de répondre à des besoins sociaux particuliers constituant une portion sectorisée de l'intérêt général. Tel est le cas des libéralités adressées à un organisme d'intérêt général déjà existant et veillant à la mise en œuvre d'actions concrètes relevant de l'éducation, de la recherche, de la culture ou de tout autre domaine relevant du champ matériel de la philanthropie. Ces libéralités ne servent pas un intérêt particulier ou plural. Elles visent plutôt à soutenir un intérêt collectif⁴ qui, non seulement transcende des intérêts particuliers, mais est également autonome (et qui vise le même objectif comme nous le verrons sous peu⁵). Ainsi, les actes privés à caractère collectif⁶ et les libéralités aux fins d'intérêt général sont le support matériel et financier d'un intérêt général socialement localisé et semblent, pour cela, s'inscrire dans la liste des pratiques communautaires.

D'autres libéralités, au contraire, arborent une forme plus complexe puisqu'elles opèrent un transfert de bien(s) duquel naît un nouvel organisme d'intérêt général. Tel est le cas des libéralités permettant la création d'une fondation-personne morale. De ce point de vue, ce type de libéralités aux fins d'intérêt général ne seraient plus de simples pratiques communautaires : elles constitueraient le vecteur d'institutionnalisation et d'opérationnalisation d'une communauté d'intérêts qui se forme aussi

4. Le terme « collectif » est employé comme antonyme du terme « personnel » sinon « individualiste ».

D'ailleurs, Planiol et Ripert opposaient les libéralités à caractère individualiste à celles à caractère religieux ou social (PLANIOLE Marcel & RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5 « Donations et testaments », avec le concours de A. Trasbot, Paris, LGDJ, 1933, § 2). Parallèlement, sur la notion d'intérêt collectif, Demogue précisait que celui-ci ne saurait être confondu avec l'intérêt général. Entendu de façon absolue, celui-ci est spécifique en ce qu'il constitue un « intérêt collectif important » (DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris, La Mémoire du droit, coll. Références, 2001 [1911], p. 175).

5. Au regard de ces critères, cet intérêt peut également être qualifié de méta-individuel et diffus. Voir HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 330.

6. La notion de libéralités à caractère collectif, bien qu'en marge du droit des libéralités, a fait l'objet d'interrogations. Pour certains, le caractère collectif tient au fait de la personne du bénéficiaire : une personne morale à but non lucratif, sinon un groupe de personnes avec lesquelles le disposant ne partage pas de liens familiaux ou amicaux. Pour d'autres, elle découle plus simplement de la finalité de l'opération : servir une cause et non des intérêts individuels. Pour un résumé, voir BOISSON Julien, *Les libéralités à caractère collectif*, Issy-les-Moulineaux, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat (n° 61), 2019, § 2-3.

autour d'un intérêt général socialement localisé et à laquelle la libéralité donne le moyen d'exister de façon pleinement autonome grâce à la personification *dudit* but d'intérêt général en la fondation. Autrement dit, la fondation constitue une communauté d'intérêts personnifiée, laquelle prend juridiquement corps grâce à la libéralité aux fins d'intérêt général⁷.

Cependant, il ne suffit pas de souligner la finalité d'intérêt général de ces libéralités pour en conclure que leur nature est communautaire. Celle-ci est inhérente à l'anatomie de ces actes à titre gratuit.

Les libéralités aux fins d'intérêt général sont adressées à des personnes morales publiques ou privées. Elles ont pour objet la mise en œuvre d'une activité relevant de l'intérêt général. Qualifier ces personnes morales de bénéficiaires présente en réalité un certain degré d'inexactitude. En effet, les personnes morales destinataires de ce type de libéralités sont davantage des affectataires puisque les biens contenus dans la libéralité ne leur sont transmis que dans l'unique dessein d'être affectés à la réalisation de la mission spécifique d'intérêt général qu'elles ont elles-mêmes à charge de mettre en œuvre. Par son acte généreux, le disposant souhaite donc soutenir une cause particulière d'intérêt général plutôt que d'enrichir la personne morale récipiendaire de son don. C'est donc la cause d'intérêt général que le disposant a entendu gratifier : les libéralités aux fins d'intérêt général ne servent donc qu'à octroyer « une puissance d'action⁸ » nécessaire à l'accomplissement de ladite mission d'intérêt général. La cause d'intérêt général constitue le fondement de l'opération philanthropique et se matérialise juridiquement par l'entremise de la personne morale récipiendaire du don.

À cela s'ajoute que, derrière l'intérêt général et le voile de la personnalité morale, se dissimule un groupe déterminé de personnes indéterminées qui, dans quelques cas précis, devront être identifiées pour bénéficier de façon *concrète* du don (par exemple, les fondations redistributrices ayant pour fin l'attribution de bourses d'études à des étudiants de doctorat). Bien souvent, ces personnes n'auront aucune vocation à être identifiées.

7. En effet, la création d'une fondation reconnue d'utilité publique requiert une dotation intangible d'un montant minimum d'un million et demi d'euros (Conseil d'État, Statuts types 2020 modèle 1, note 29 ss art. 11 ; modèle 2, note 64 ss art. 10).

8. PLANIOL Marcel, Note sous Nîmes, 22 janv. 1890 [1891], DP II 113.

L'acte contenant la libéralité ne prévoira d'ailleurs aucun moyen pour ce faire, cette dernière soutenant une activité d'intérêt général de façon impersonnelle. Toutefois, ces personnes, même si elles constituent une communauté diffuse⁹ dans le paysage philanthropique, n'en sont pas moins essentielles du point de vue de l'économie de l'acte. En effet, n'est-ce pas le rôle de la philanthropie que de servir le bien commun, que de prodiguer des bienfaits à autrui ? Dès lors, force est d'admettre que les personnes qui ont vocation à jouir de la réalisation du besoin social soutenu par la libéralité sont les bénéficiaires *réels* de l'acte. Pourtant, elles ne sont pas des bénéficiaires au sens du droit, faute d'un droit personnel quant à la réalisation du don : elles sont donc techniquement des tiers dans l'opération libérale¹⁰.

Par conséquent, puisque la finalité de l'opération constitue l'élément autour duquel l'ensemble de l'opération s'agrège, force est de reconnaître que les libéralités aux fins d'intérêt général opèrent une *gratification objective* par laquelle la personne morale récipiendaire n'est qu'un gratifié apparent, autrement dit, un affectataire. Dès lors, plus que des libéralités à caractère collectif du fait de leur finalité d'intérêt général, les libéralités aux fins d'intérêt général sont d'ampleur communautaire puisqu'elles permettent en toute hypothèse la réalisation d'un intérêt collectif, autonome, objectif et relevant du champ de l'intérêt général.

Cela étant établi, il convient à présent de se demander ce que les libéralités aux fins d'intérêt général peuvent révéler sur les notions de « communauté d'intérêt » et de « pratique communautaire ».

Leur apport se révèle riche dès lors que l'on ancre leur étude dans une perspective systémique afin de mettre en exergue les liens étroits que ces libéralités entretiennent avec l'ordre juridique, économique, politique, religieux et social dans lequel elles s'inscrivent. En effet, le rôle tenu par ces libéralités est très variable d'une juridiction à une autre, mais aussi d'une tradition juridique à une autre. Les libéralités aux fins d'intérêt général constituent des clés de lecture fondamentales pour comprendre le rapport entre l'initiative publique et privée dans la prise en charge de certains

9. ROCHFELD Judith, « Communauté négative, positive diffuse », in Marie Cornu, Fabienne Orsi & Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.

10. HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 329 et suiv.

besoins sociaux et les modes de réalisation de l'intérêt général. C'est ainsi que, sous couvert de l'étude des libéralités aux fins d'intérêt général et de la concurrence qu'elles entretiennent avec l'initiative publique, se pose la question de l'émancipation de besoins socialement localisés vis-à-vis du pouvoir politique et donc de l'influence des pratiques communautaires sur l'ordre politique et social.

Ce faisant, il devient pertinent de recourir à la comparaison juridique en ce qu'elle permet de mettre en lumière des compléments d'analyse qui n'auraient pu être décelés dans le cadre d'une étude seulement intrasystémique. Aussi, nous invoquerons les droits étatsunien et québécois, appartenant respectivement à la tradition de *common law* et de droit civil. Si le premier constitue le modèle référant en matière de philanthropie, le second permet d'établir un dialogue entre le droit civil et la *common law* tout en constituant un modèle philanthropique à mi-chemin entre ceux constatés en France et aux États-Unis.

Fort de ces éléments, nous verrons que les libéralités aux fins d'intérêt général oscillent entre pratiques (dé)structurantes et (a)structurelles au fil du temps et selon l'espace, nous permettant ainsi d'apprécier la place de ces libéralités d'essence communautaire au sein de l'ordonnancement juridique français.

PRATIQUES (DÉ)STRUCTURANTES

Les libéralités aux fins d'intérêt général n'ont pas connu une seule et même trajectoire en France, aux États-Unis et au Québec.

En France, une culture de suspicion et de méfiance vis-à-vis des libéralités aux fins d'intérêt général s'est développée à compter du Moyen Âge. À la différence du droit romain, qui admettait favorablement les œuvres pieuses¹¹, l'évolution du droit des libéralités aux fins d'intérêt général connut un coup d'arrêt lorsque, du fait de la charité privée, la

11. Par exemple, le règne de Justinien fut marqué par la volonté de libéraliser les œuvres charitables, par notamment la reconnaissance des œuvres dites *pia causae* et par l'existence d'établissements indépendants au profit des pauvres, malades, prisonniers ou orphelins bénéficiant de la personnalité morale sans que l'autorisation de la puissance publique ne soit requise. Voir BOODMAN Martin, *Les libéralités à des fins charitables au Québec et en France*, thèse de doctorat, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), 1980, p. 2-9.

richesse ecclésiastique est devenue suffisamment importante pour se révéler une menace pour le pouvoir politique en place. Vertu chrétienne, la charité privée était communément pratiquée et destinée à l'Église qui, du fait de l'absence d'un pouvoir central¹², assumait la prise en charge des principales missions sociales comme celles de l'enseignement et du secours aux pauvres et aux malades¹³. Ainsi, non seulement le patrimoine ecclésiastique s'est considérablement enrichi grâce aux œuvres pieuses, mais il était surtout constitué de biens de mainmorte, c'est-à-dire qu'une fois que l'Église recevait des biens, ces derniers étaient soustraits de toute mutation successorale et économique du fait de l'existence juridique perpétuelle de l'Église. La concentration de la richesse nationale au sein du patrimoine ecclésiastique participa à la chute du système féodal : l'Église s'enrichit au détriment de la Seigneurie tandis que les ressources royales diminuaient faute de perception des droits de mutation au décès. À cela s'ajoutait que les œuvres pieuses étaient accusées de freiner le dynamisme économique du pays ; les biens de mainmorte ne circulaient plus dès lors qu'ils devenaient propriété de l'Église. C'est ainsi que la richesse de l'Église devint l'objet d'une croisade politique au gré de laquelle le pouvoir royal s'engageait à veiller à « la protection de l'État contre la menace politique des personnes de mainmorte, la lutte contre l'évasion des droits de mutation et d'autres impôts, la répression des abus commis par le clergé, et la protection des fondations contre des charges trop onéreuses ou en dehors de leur but ou mission¹⁴ ». Si plusieurs textes furent adoptés dans le but d'assujettir les fondations ecclésiastiques au contrôle royal¹⁵, l'Édit d'Aguesseau d'août 1749 mit un fort coup d'arrêt à la charité privée. Outre des restrictions quant à la constitution et à l'enrichissement des fondations ecclésiastiques, ce texte catalysait la réticence sociale et politique envers

12. « En France, le Moyen Âge fut une époque de divisions, sinon de désordre. Il n'y avait pas de pouvoir central et le pays morcelé de régions, était gouverné par une élite, peu nombreuse, de propriétaires fonciers autonomes. Dans cette structure, l'Église ayant la propriété de beaucoup de terres était très puissante », *ibid.*, p. 10.

13. Boodman souligne également qu'au-delà de la réalisation des tâches relatives à l'intérêt général, le fonctionnement politique de l'Église ainsi que les problèmes de corruption y afférant permirent de justifier l'affluence de dons des particuliers au profit de l'Église (*Ibid.*).

14. BOODMAN Martin, *Les libéralités à des fins charitables au Québec et en France*, op. cit., p. 13 : note 2.

15. Voir BOODMAN Martin, *ibid.*, p. 13, citant les textes suivants : l'Édit de 1536, l'Ordonnance de 1629, l'Édit de 1659, l'Édit d'août 1661, l'Édit de décembre 1666, l'Édit d'août 1669 ainsi que la Déclaration de 1693.

les œuvres de bienfaisance compte tenu de leur lien systématique avec l'Église catholique. Plus largement, il posa les jalons d'une législation peu libérale envers les fondations en France¹⁶. Parallèlement, à compter du XIII^e siècle, la charité publique se développa si bien que l'initiative publique s'empara de la prise en charge des besoins sociaux et endigua le déclin de la charité privée.

Par la suite, le droit intermédiaire fut marqué par une forte méfiance politique et sociale envers l'Église et ses fondations ecclésiastiques dans la mesure où la pensée révolutionnaire condamnait les corps intermédiaires. Dès lors, l'Assemblée constituante vota, par une loi du 2-4 novembre 1789, que tous les biens ecclésiastiques se devaient d'être à la disposition de la Nation. Plusieurs textes ultérieurs proclamèrent ainsi tant la nationalisation que la vente des biens de l'Église¹⁷. Parallèlement, les fondations furent progressivement anéanties et les œuvres de bienfaisance abolies, puisque contraires au nouvel ordre social¹⁸.

Ce n'est qu'à la fin du XIX^e, durant l'Empire, que les fondations resurgissent dans le paysage français, le tout dans un climat de suspicion puisqu'elles sont placées sous le contrôle rigoureux du respect de l'intérêt général du Conseil d'État. Si ce contrôle fut largement atténué au cours des dernières années¹⁹, l'emprise publique sur les fondations demeure vive, ne serait-ce qu'au regard des lourdes conditions auxquelles sa constitution est soumise²⁰. Ainsi voit-on qu'au travers de l'histoire de la charité privée en France se joue non seulement la prise en charge de besoins sociaux par le pouvoir politique, mais également la centralisation

16. GARCIN Félix, *La mainmorte, le pouvoir, l'opinion de 1749 à 1901*, Paris, Larose et Lyon, Effantin, 1903, p. 35.

17. BOODMAN Martin, *Les libéralités à des fins charitables au Québec et en France*, op. cit., p. 17 : note 2.

18. *Ibid.*

19. HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 168.

20. « Le Conseil d'État a défini l'ensemble des critères requis pour obtenir la reconnaissance d'utilité publique, dont il vérifie pour chaque dossier qu'ils sont bien réunis. Ainsi, l'établissement sollicitant sa reconnaissance d'utilité publique doit-il poursuivre un but d'intérêt général (c'est à dire distinct des intérêts particuliers de ses propres membres, non contraires à la loi et n'empiétant pas sur les compétences normalement dévolues à la puissance publique [...]). Les fondations doivent apporter les garanties financières suffisantes (à titre indicatif, une dotation initiale d'un million et demi d'euros) et également assurer leur indépendance par rapport aux fondateurs, ce qui se vérifie par la composition du conseil d'administration ou de surveillance. » (Rép. Min. n°82915, JO AN Q 31 août 2010, 9511).

du pouvoir politique. Autrement dit, l'État français, bâti sur un modèle d'État-providence et s'affirmant garant de l'intérêt général, s'empare des pratiques communautaires à vocation philanthropique ne laissant dès lors qu'une place résiduelle à l'initiative privée. Ce phénomène s'accroît avec le développement de la théorie du service public à compter de la fin du XIX^e siècle.

Or, une telle histoire des libéralités aux fins d'intérêt général est à l'opposé de ce que l'on rencontre aux États-Unis et au Québec. En effet, contrairement à la France, la philanthropie se présente comme l'avenue traditionnelle et principale pour la prise en charge de besoins sociaux, aux États-Unis comme au Québec. Bien que de traditions juridiques distinctes, ces deux juridictions présentent d'importantes similitudes du point de vue des pratiques communautaires à vocation philanthropique.

S'agissant des États-Unis, l'histoire de la philanthropie puise ses sources dans la *common law* anglaise. L'Angleterre connut les mêmes difficultés que la France quant à l'enrichissement de l'Église pour la charité privée et la prolifération des biens de mainmorte. Pourtant, après avoir cherché à contenir ces pratiques, le Parlement anglais vota en 1601 une loi qui reconnaît, dans son préambule, diverses activités considérées comme relevant de l'intérêt général et pour lesquelles la Couronne souhaitait encourager l'initiative privée au moyen du *charitable trust*. Cette loi, plus connue sous le nom d'Elizabeth Statute, établissait une liste de vingt-et-une causes dites charitables (*charitable purposes*), au rang desquelles on retrouve l'éducation, la santé, la pauvreté ou encore la religion. Ainsi, le droit anglais prit parti de réglementer l'exercice de la philanthropie par la définition d'un cadre légal pour la réalisation des dons « charitables », et ce par l'intermédiaire d'un mécanisme juridique précis : le *charitable trust*. Ce texte fut fondateur des activités philanthropiques en attestant implicitement de l'importance de leur rôle dans la société et fut repris dans l'ensemble des pays de *common law*, dont les États-Unis. À cela, il convient de préciser que l'expression de *charitable purposes* est progressivement devenue un concept juridique autonome et laïque dont le champ matériel n'a eu de cesse de s'élargir²¹. Toutefois, l'application de l'Elizabeth Statute par les États-Unis a fait l'objet de vifs débats, car pris dans la tourmente du

21. HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 143.

rapport des États-Unis avec le droit anglais au moment de sa constitution comme État indépendant. Cependant, compte tenu des besoins imminents en matière de santé, de soutien aux pauvres, et même d'éducation dans un pays en construction, l'initiative privée se devait d'être encouragée, et ce d'autant plus que l'idéal américain aspirait au libéralisme, à l'instauration d'une souveraineté populaire et à un pouvoir régalien modéré par opposition au modèle politique anglais. Ceci eut pour conséquence d'exclure la prise en charge des besoins sociaux du champ régalien, ces dernières n'ayant dès lors d'autre appui financier que celui octroyé par la philanthropie. La philanthropie devint ainsi une pratique primordiale pour le développement de la société américaine. À cela, s'ajoutent d'autres facteurs contribuant à la prédominance des pratiques philanthropiques dans la prise en charge des besoins sociaux. En effet, les dons étaient portés par l'éthique protestante qui impose, en contrepartie de la réussite individuelle, une obligation de redistribution envers la société. De plus, la philanthropie était également perçue comme une nécessité sociale, seul moyen de tempérer l'accentuation des inégalités de richesse inhérentes à l'économie capitaliste naissante et prospère²². Fortes de ces éléments, les libéralités aux fins d'intérêt général se meuvent, dès le XIX^e siècle, aux États-Unis, en une « philanthropie de masse²³ », de sorte que la prise en charge des besoins sociaux par les acteurs privés constitue une obligation sociale intimement liée aux fondements de la société étatsunienne.

À l'instar des États-Unis, l'histoire de la philanthropie québécoise est liée au développement de la province. Les libéralités aux fins d'intérêt général présentaient le même degré de nécessité sociale. Le besoin d'encourager les œuvres de bienfaisance n'est d'ailleurs pas étranger au fait que le droit civil québécois se distanca du droit français. En effet, la consécration de la liberté absolue de tester dans l'Acte de Québec de 1774 et l'introduction de la fiducie aux fins de bienfaisance dans le Code civil du Bas-Canada de 1866, lesquels sont des emprunts au droit anglais, ont permis de bâtir un cadre juridique favorable aux libertés aux fins d'intérêt

22. Voir en ce sens, le texte fondateur de la philanthropie américaine : CARNEGIE Andrew, « Wealth », *North American Review*, vol. 148, n° 391, 1889, p. 653-664. [En ligne.] URL : <https://www.jstor.org/stable/25101798>

23. ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America: a History*, Princeton, Princeton University Press, 2012, p. 232, 45 et suiv. : spéc. 56.

général. En effet, objet de liberté individuelle, le patrimoine successoral peut dès lors se transmettre sans restriction, et grâce à un support juridique adapté, en dehors du cercle privé du *de cujus*. Toutefois, ce cadre juridique favorable témoigne de la *polyjuralité*²⁴ du droit civil québécois, et de là, de l'émergence de sa qualité de droit civil hybride.

De ces divers éléments, il convient de conclure que le mode de financement des besoins sociaux est une question éminemment politique et sociale où s'opposent l'initiative publique et privée. Les libéralités aux fins d'intérêt général ne sont pas que de simples modes de financement des causes d'intérêt général : elles participent à la définition de la place et du rôle de l'État dans la société. Alors qu'en France elles ont longtemps été le symbole d'une menace au pouvoir étatique, aux États-Unis comme au Québec, les libéralités aux fins d'intérêt général se révèlent l'unique solution pour répondre à certains besoins de ces sociétés émergentes. C'est ainsi que pour ces juridictions, les libéralités ont joué un rôle *structurant*, contrairement à la France, où elles ont été perçues comme *déstructurant* l'ordre social en place et, de ce fait, juridiquement bridées au profit de l'émergence de la théorie du service public et de l'appropriation par l'État français des problématiques relevant de l'intérêt général.

PRATIQUES (A)STRUCTURELLES

Face à la crise de l'État-providence et le recul des subventions publiques, la philanthropie s'est de plus en plus révélée une nécessité en France pour assurer tant la continuité que le renouveau du financement des œuvres répondant de besoins sociaux. Admiratif de la philanthropie nord-américaine tant pour la valeur de ses dons que pour ses méthodes, le législateur français prit la voie de l'incitation fiscale au début des années 2000 pour encourager le développement des libéralités aux fins d'intérêt général et insuffler une culture du don²⁵. Si les dons philanthropiques se sont

24. HOWES David, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » *McGill Law Journal*, 1987, vol. 32, n° 523.

25. Loi n°2003-709 du 1er août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations, JO, 20 septembre 2003, n°288, 16127, 'rectificatif. Bien que d'autres textes antérieurs aient introduits quelques incitatifs juridiques et fiscaux à l'égard de la philanthropie, ce texte marque une réel tournant compte tenu de l'importance des avantages fiscaux consentis en contrepartie des dons.

remarquablement développés depuis, la France demeure loin de la pratique nord-américaine de sorte que les libéralités aux fins d'intérêt général jouent encore le rôle de variables d'ajustement dans la prise en charge des besoins sociaux. Contrairement aux États-Unis, les libéralités aux fins d'intérêt général ne constituent pas, en France, le principal mode de soutien pour ce type de besoins qui restent dans le domaine de prédilection de la puissance publique. Par exemple, le secteur muséal est symptomatique de ce constat, puisqu'opéré pour sa quasi-intégralité sous la dépendance financière de l'initiative publique, contrairement aux États-Unis où les musées reposent pour l'essentiel sur un mode de financement privé²⁶. D'ailleurs, la philanthropie américaine est bien souvent qualifiée de « troisième secteur » en ce qu'elle constitue une puissante branche de financement de l'économie, alternative à celles du marché et de l'État²⁷. Comparativement, le Québec connaît un mode de financement moins clivant des besoins sociaux puisque s'y entremêlent davantage des fonds privés et publics. Ceci n'empêche que les libéralités aux fins d'intérêt général y jouent, comme aux États-Unis, un rôle majeur – autrement dit *structurel* –, du point de vue du financement des œuvres d'intérêt général.

Dès lors, face aux aspirations politiques de faire converger la France vers un modèle philanthropique de type nord-américain, nombre se demande aujourd'hui quels sont les leviers à mettre en œuvre pour donner aux libéralités aux fins d'intérêt général une portée *structurelle*.

La concentration des initiatives autour de leviers fiscaux incitatifs révèle actuellement ses limites. En effet, plusieurs dénoncent en pratique une instrumentalisation des libéralités aux fins d'intérêt général en quête d'importantes économies fiscales, et corrélativement accusent la philanthropie d'être une pratique altruiste qu'en apparence. Surtout, force est d'admettre qu'aussi déterminants que soient les incitatifs fiscaux pour encourager les libéralités aux fins d'intérêt général, ceux-ci s'avéreront toujours insuffisants. Afin de jouer un rôle structurel dans la prise en charge des besoins sociaux, encore faut-il que les libéralités aux fins d'intérêt général jouissent d'un cadre juridique favorable, notamment en reposant sur des techniques juridiques qui permettent d'affecter efficacement des

26. Voir en ce sens HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 72 et suiv.

27. ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America: a History*, op. cit. p. 232 : note 12.

biens à une fin d'intérêt général. La comparaison juridique avec le droit civil québécois permet de confirmer cette affirmation. En effet, en proclamant la primauté de la dévolution testamentaire grâce à l'affirmation de la liberté absolue de tester²⁸ et en introduisant la fiducie à des fins de bienfaisance²⁹ (renommée comme fiducie d'utilité sociale avec le Code civil), le droit civil québécois a posé les bases d'un cadre juridique bien plus favorable au développement des libéralités aux fins d'intérêt général que le droit français. La liberté absolue de tester octroie au *de cuius* la faculté de disposer de l'intégralité de ses biens à son décès comme il le souhaite. Le patrimoine successoral peut donc, théoriquement, être intégralement destiné à une fin d'intérêt général, notamment grâce au véhicule de la fiducie testamentaire³⁰. Même si la liberté de tester a depuis fait l'objet de tempéraments en droit québécois³¹, il n'en demeure pas moins que la philanthropie occupe une place majeure dans le financement et la réalisation des œuvres d'intérêt général au Québec. Là encore, le secteur muséal est un bon exemple puisque reposant pour sa grande majorité sur l'initiative et le financement privé³².

Partant de là, faut-il déduire de l'exemple québécois que la liberté absolue de tester et de la fiducie d'utilité sociale sont la clé pour que les libéralités aux fins d'intérêt général s'affranchissent de leur nature subsidiaire et acquièrent, dès lors, une portée structurelle dans la prise en charge de certains besoins sociaux ?

Il semble juste d'affirmer que la philanthropie trouve une assise appropriée dans les techniques fiduciaires à l'image du *charitable trust* et de la fiducie québécoise puisque celles-ci permettent d'affecter des biens à un

28. Code civil du Bas-Canada., art. 597.

29. Code civil du Bas-Canada., art. 869.

30. Code civil du Québec, art. 1262 et 1270, Code civil du Bas-Canada, art. 869.

31. Le caractère absolu de la liberté de tester fut remis en cause en pratique puis par dispositions législatives avec l'introduction du patrimoine familiale et la reconnaissance de la survie de l'obligation alimentaire (MORIN Christine, « La liberté de tester : évolution et révolution dans les représentations de la doctrine québécoise », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 38, n° 2, 2008, p. 339. [En ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_38/38-2-morin.pdf). Compte tenu du champ d'application restreint de ces limitations, il n'en demeure pas moins que la liberté de tester demeure un principe identitaire du droit civil québécois.

32. HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 83-86.

but précis, avec une très grande facilité, et surtout selon des arrangements institutionnels très variés.

En effet, le *charitable trust* et la fiducie d'utilité sociale permettent d'organiser la détention des biens dans un but altruiste, et ce de manière complètement privée. En droit français, les libéralités aux fins d'intérêt général demeurent sous le joug d'un contrôle administratif, quand bien même celui-ci ait été atténué. La fondation reconnue d'utilité publique fait d'ailleurs toujours l'objet d'une tutelle administrative tout au long de son existence juridique³³.

Par ailleurs, le *charitable trust* jouit de la capacité de répondre à la diversité des ambitions philanthropiques. C'est-à-dire qu'il peut autant être le support juridique d'un simple transfert à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort que permettre la création d'un organisme à but d'intérêt général. Cette flexibilité a indéniablement participé au développement de la philanthropie en *common law*. Un même constat peut être fait au Québec où la fiducie fut décrite comme « l'institution toute désignée » pour la réalisation des ambitions philanthropiques³⁴. Son rôle dans le soutien des œuvres d'intérêt général fut confirmé par le Code civil du Québec. En plus d'octroyer de façon générale une très grande flexibilité institutionnelle à la fiducie³⁵, le Code civil québécois accorde à la fiducie d'utilité sociale une place de choix en droit privé, notamment en introduisant un titre dédié aux œuvres philanthropiques³⁶. Comparativement au Code civil français, qui ne reconnaît qu'une disposition relative aux libéralités aux fins d'intérêt général³⁷ et qui prohibe les fiducies-libéralités³⁸, l'ensemble de ces dispositions illustrent l'importance des pratiques philanthropiques au Québec³⁹.

33. *Ibid.*, § 31, note 47.

34. CARDINAL Jean-Guy, « Les hommes meurent, les fondations demeurent », *Revue du Notariat*, vol. 63, n° 431, 1961, p. 443.

35. Code civil du Québec, art. 1262, 1266-1270, 1273.

36. Code civil du Québec, art. 1258 et suiv.

37. Code civil français, art. 910.

38. Code civil français, art. 2013.

39. Sur la fiducie d'utilité sociale et son application dans différents contextes relevant d'un intérêt collectif, sinon général, voir les travaux conduits dans le cadre du TIESS et les différents livrables associés [en ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : tiess.ca/projets/fiducie-dutilite-sociale

Finalement, ajoutons que le *charitable trust* comme la fiducie d'utilité sociale reposent sur des modèles de détention des biens qui intègrent l'exigence du respect de la finalité d'intérêt général. En effet, le régime juridique du *charitable trust* comme celui de la fiducie québécoise prévoit des mécanismes de surveillance des fiduciaires afin de veiller en tout temps à ce que les biens demeurent exclusivement affectés au but d'intérêt général. Une telle affirmation ne peut être faite avec autant de vigueur s'agissant des libéralités aux fins d'intérêt général, lesquelles reposent sur le respect de la volonté du disposant⁴⁰.

Ainsi voit-on que le cadre juridique des libéralités aux fins d'intérêt général fait l'objet d'un certain nombre de rigidités ou de déficiences en droit français, lesquelles entretiennent leur propension *astructurelle* dans le soutien des besoins sociaux. Une réforme globale des libéralités aux fins d'intérêt général aurait-elle véritablement le pouvoir d'inverser une telle tendance ?

En effet, outre d'éventuels obstacles politiques, sociaux et culturels, il importe de souligner que le droit français des successions donne primauté aux intérêts familiaux lors de la dévolution successorale. L'héritage constitue le vecteur de la cohésion familiale si bien que, pour certains, la propriété n'acquiert toute sa légitimité qu'une fois son rôle auprès de la famille rempli⁴¹. Forts de ces éléments, les libéralités aux fins d'intérêt général ne peuvent être réalisées que dans la limite où elles ne portent pas atteinte à la portion de la succession que la loi réserve à certains héritiers en vue de protéger la vocation irréductiblement familiale du patrimoine. Instrument de protection des proches parents, cette portion – dénommée « réserve héréditaire » – constitue un point majeur de divergence entre le droit civil français et la *common law*, mais aussi avec le droit civil québécois qui l'a écartée au profit de la liberté absolue de tester. En effet, la réserve héréditaire a pour effet de réduire drastiquement la part du patrimoine successoral pouvant être affectée à une œuvre d'intérêt général. Bridant le volume des libéralités aux fins d'intérêt général, elle est accusée par certains d'être le principal obstacle au déploiement de la

40. HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 328 et suiv.

41. CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001 [1969], 10^e éd., p. 384.

philanthropie française. Dès lors, son abandon pourrait-il être le remède contre la propension astructurelle des libéralités aux fins d'intérêt général, et un levier d'émancipation des pratiques communautaires pour la prise en charge des besoins sociaux ?

Plusieurs textes ont récemment exploré différentes options d'atténuation de la réserve héréditaire pour débrider les libéralités aux fins d'intérêt général⁴². Aussi bienvenues que soient ces réflexions pour libéraliser les actes philanthropiques, on ne saurait sous-estimer l'impact que de telles mesures auraient sur l'architecture globale du droit des successions, et *a fortiori* sur celle du droit civil français. La réserve héréditaire constitue l'un des piliers de l'ordre public successoral et incarne des valeurs jugées essentielles en droit français : « l'ordre familial, la solidarité et l'égalité et la liberté⁴³ ». Même assouplie par les réformes récentes, la réserve héréditaire constitue un instrument de protection et de cohésion familiale contre le pouvoir du *de cuius* de disposer à titre gratuit de ses biens. Elle donne au droit des successions sa texture familiale et sociale, et ce contrairement au droit des successions québécois qui se veut davantage d'inspiration individualiste. Par conséquent, toute proposition qui irait dans le sens de son amoindrissement au profit de la philanthropie française jouit d'un effet systémique qui se traduirait par un recul de la texture familiale du droit des successions au profit d'intérêts collectifs autres. Ceci un changement d'orientation, si ce n'est dire de *culture*, du droit des successions qui est loin d'être anodin.

Pour conclure, force est de se demander si l'ordre politique, social et juridique français ne condamne pas, de façon irrémédiable, les libéralités aux fins d'intérêt général à une certaine marginalité. La convergence vers les modèles philanthropiques nord-américains ne pourra se faire sans reconsidérer le rôle et la place de l'État français dans le domaine des besoins sociaux ni sans toucher à quelques-unes des institutions fondamentales de l'ordre juridique et social français. Pourtant, dans l'entre-deux, rien n'empêche de rechercher un modèle *français* de philanthropie qui, sans ébranler l'ordonnancement juridique et social, permettra à ces pratiques communautaires de pleinement agir en partenariat avec

42. Par ex., voir HULIN Anne-Sophie, *La philanthropie au profit des musées d'art*, op. cit., § 187-189.

43. GORÉ Marie, « Requiem pour la réserve héréditaire », *Deffrénois*, n° 22, 2017, p. 23.

l'initiative publique dans la prise en charge de besoins sociaux particuliers et, pour ce faire, de se voir reconnaître un statut juridique à la hauteur de leur utilité sociale.

Bibliographie indicative

- BOODMAN Martin, *Les libéralités à des fins charitables au Québec et en France*, thèse de doctorat, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), 1980.
- BOISSON Julien, *Les libéralités à caractère collectif*, Issy-les-Moulineaux, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat (n° 61), 2019.
- CASSIN René. *Droit civil approfondi et comparé : des libéralités avec charge et fondations en droit français*, coll. Licence 1^{re} année, Paris, Les Cours de droit, 1939.
- FISHMAN James J. « The Development of Nonprofit Corporation Law and an Agenda for Reform », *Emory Law J*, vol. 34, n° 617, 1985. [En ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/71/
- FLOUR Jacques & SOULEAU Henri. *Les libéralités*, Paris, Armand Colin, coll. Collection U Série Droit privé, 1982.
- FRIEDMAN Laurence M., *Dead hands : A social history of wills, trusts and inheritance Law*, Stanford, Stanford Law Books, 2009.
- HULIN Anne-Sophie, « Translating the Charitable Affectation in Civil Law », *Journal of Civil Law Studies*, vol. 9, n° 2, 2017 p. 410-426. [En ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol9/iss2/4/
- , *La philanthropie au profit des musées d'art : une étude de droit privé comparé (France/États-Unis/Québec)*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2022.
- JONES Gareth H. *History of the Law of Charity, 1532-1827*, Londres, Cambridge University Press, coll. Cambridge studies in English legal history, 2011 [1969]. DOI : 10.1017/CBO9780511896187
- ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America: a History*, Princeton, Princeton University Press, 2012.



Outils juridiques concrétisant la propriété culturelle d'intérêt partagé

Marie-Sophie DE CLIPPELE

Professeure, UCLouvain Saint-Louis Bruxelles (Belgique)

L'autrice nous expose les différents mécanismes de patrimoine d'affectation (fondation, fiducie et *trust*) qui, selon les systèmes juridiques (droit civiliste et *common law*), peuvent constituer des outils mobilisés pour préserver et gérer un patrimoine culturel.

Mots clés : Fiducie, Fondation, Patrimoine culturel, Patrimoine d'affectation, *Trust*

Certains instruments juridiques permettent de penser l'intérêt partagé de la propriété culturelle¹. Nous présenterons brièvement le potentiel de la fondation ainsi que la tentative d'introduction de la fiducie en droit belge. Ces deux figures impliquent qu'un patrimoine (au sens civil, mais cela peut comprendre un bien du patrimoine culturel) soit extrait du patrimoine du propriétaire, qui l'affecte – par la création d'une fondation ou d'une fiducie – à une finalité culturelle par exemple. La propriété de la fondation ou de la fiducie est ainsi *finalisée* pour la protection du patrimoine culturel notamment, concrétisant ainsi en partie le modèle de propriété culturelle d'intérêt partagé expliqué dans une autre entrée de l'*Encyclopédie*.

1. Les propos ci-dessous sont en partie repris de mes recherches doctorales, CLIPPELE Marie-Sophie de, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Collection générale (n° 157), 2020.

LA FONDATION ET LE PATRIMOINE PARTAGÉ

La fondation constitue une personne morale, créée par la volonté d'un ou de plusieurs fondateurs, personnes physiques ou morales, d'affecter un patrimoine à la réalisation d'un but désintéressé déterminé².

La fondation d'utilité publique et la fondation privée

La fondation est distinguée en deux catégories en droit belge. La première porte sur les fondations d'utilité publique³, qui sont reconnues par le gouvernement fédéral et doivent satisfaire une des sept finalités énumérées dans la loi, tendant ainsi à la réalisation d'une œuvre à caractère philanthropique, philosophique, religieux, scientifique, artistique, pédagogique ou culturel. De nombreuses fondations d'utilité publique poursuivent un but de protection du patrimoine, devenant parfois également des musées dédiés à l'œuvre d'un artiste ou d'un courant artistique.

La seconde catégorie reprend les fondations privées, qui se retrouve également à l'article 11:1 du nouveau Code des sociétés et des associations (CSA). Les fondations privées ne nécessitent pas une reconnaissance du gouvernement, mais elles doivent toujours remplir un intérêt désintéressé, bien qu'il puisse revêtir un caractère plus privé. Les fondations privées pourraient ainsi être subdivisées en cinq types, selon leur mission : la défense de l'intérêt général (comme une fondation d'utilité publique) ; la représentation d'une personne vulnérable⁴ ; la certification de titres de

2. Voir l'article 1:3 du nouveau Code des sociétés et des associations (CSA) : « Une fondation est une personne morale dépourvue de membres, constituée par une ou plusieurs personnes, dénommées fondateurs. Son patrimoine est affecté à la poursuite d'un but désintéressé dans le cadre de l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées qui constituent son objet. Elle ne peut distribuer ni procurer, directement ou indirectement, un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses administrateurs ni à toute autre personne, sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts. Toute opération violant cette interdiction est nulle. » ; MALHERBE Jacques, « Fondation belge, Trust et fondation étrangère – régime fiscal », in COLLECTIF, *Le nouveau droit des ASBL et des fondations. La loi du 2 mai 2002. Journée d'études du 21 novembre 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 339-410.

3. Art. 11:1 du CSA.

4. Voir la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, M.B du 14 juin 2013. Par cette loi, une fondation privée peut désormais être le représentant légal d'une personne vulnérable et/ou en situation de handicap, à condition qu'elle se consacre exclusivement à la personne à protéger (article 496/3 de l'ancien Code civil).

société⁵ ; la gestion de patrimoine à des fins privées ; d'autres missions⁶. Ainsi, les fondations privées peuvent porter sur la restauration d'un bien du patrimoine culturel, la préservation d'une collection d'œuvres d'art ou le maintien de l'intégrité d'éléments de patrimoine⁷. Souvent, lors du décès d'un artiste, les héritiers décident de placer ses œuvres dans une fondation, comme la Fondation Delvaux (1979) ou la Fondation Walter et Nicole Leblanc (2006). Dans ces deux cas, leur mission est de « veiller aux intérêts de l'artiste, d'assurer la gestion de ses œuvres et de ses archives ainsi que de ses droits d'auteurs, mais aussi d'étudier et de promouvoir sa production à l'échelle nationale et internationale⁸ ».

La fondation et le patrimoine d'affectation

Il est intéressant de remarquer que la fondation est, de manière générale, une « notion plutôt étrangère à la tradition civiliste » belge, ayant fait l'objet de certaines réticences, notamment en raison de la scission du patrimoine que la création d'une fondation entraîne⁹. L'universalité et l'indivisibilité du patrimoine se trouvent en effet au cœur de la définition qu'en donne le Code napoléonien, s'appuyant sur la théorie personnaliste du patrimoine d'Aubry et Rau. La création d'une structure juridique distincte fait dès lors sortir une partie du patrimoine d'une personne pour l'affecter à une finalité désintéressée.

C'est pourtant cet aspect qui nous intéresse dans la recherche d'instruments de partage de la charge pour la protection du patrimoine culturel. On retrouve dans la définition de la fondation, davantage en droit

5. Voir la loi du 15 juillet 1998 relative à la certification de titre émis par des sociétés commerciales, M.B. du 5 septembre 1998 ; MALHERBE Jacques, « Fondation belge, Trust et fondation étrangère – régime fiscal », , *op. cit.*, p. 342.

6. MERNIER Amélie & XHAUFLAIR Virginie, *Les Fondations en Belgique, Rapport 2017*, Liège, Chaire Baillet Latour en Philanthropie et Investissement Social, CES, HEC Liège, 2017, p. 48. hdl.handle.net : 2268/219795

7. Projet de loi sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 1854/1, p. 24.

8. RADERMECKER Anne-Sophie V.E. & DU ROY DE BLICQUY Sybille, « L'art et son marché », *Dossiers du CRISP*, vol. 89, n° 1, 2018, p. 13-150 : 105. DOI : dscrisp.089.0013

9. VANDENBULCKE Antoine, « Fondations, philanthropie et mécénat », *Revue pratique des sociétés - Tijdschrift voor Rechtspersoon en Venootschap*, n° 7, 2016, p. 847-867 : 848. hdl.handle.net : 2268/204109

français qu'en droit belge d'ailleurs¹⁰, les notions d'affectation et de finalité désintéressée qui renvoient vers les concepts de patrimoine objectif ou de patrimoine d'affectation.

Les patrimoines dits d'affectation¹¹ ont notamment été pensés au sein de la doctrine allemande au XIX^e siècle, entre autres par Alois Brinz¹², qui ne prône plus l'unité du patrimoine mais sa potentielle division en affectations diverses. La doctrine du *Zweckvermögen* (affectation à un but) ou du *Sondervermögen* (patrimoine séparé) suppose que le patrimoine renvoie à « des masses de biens » qui pourraient « exister en étant regroupées autour d'une finalité » et non autour d'une personne¹³.

Le droit belge n'avait, jusqu'il y a peu, pas de reconnaissance législative concernant le patrimoine, mais le nouveau Code civil semble également ouvrir une brèche en faveur du patrimoine d'affectation, en insérant la définition suivante à l'article 3.35 :

Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir.
Toute personne physique ou morale a un et, sauf si la loi en dispose autrement, un seul patrimoine.

Dans les travaux préparatoires, le législateur précise sa démarche de la manière suivante :

Ainsi qu'il ressort des dispositions suivantes, le point de départ est plus nuancé que précédemment. La personnalisation de la notion de patrimoine fait place jusqu'à un certain point à une fonctionnarisation de cette notion. Progressivement, la conception « subjective » du patrimoine

10. Le droit français définit la fondation, « moins comme une personne morale que comme l'affectation d'un patrimoine à une œuvre d'intérêt général », mettant l'accent sur l'« acte par lequel une ou plusieurs personnes juridiques décident d'affecter irrévocablement des biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif », c'est-à-dire sur la libéralité plutôt que la structure juridique (article 18 de la loi 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat). *Ibid.*, p. 862.

11. ZENATI Frédéric, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ*, 2003, p. 607.

12. Alois Brinz est étudié par XIFARAS Mikhaïl, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 293 et suiv.

13. ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2013 [2011], 2^e éd., p. 358.

– c'est-à-dire le lien entre le patrimoine et le sujet de droit – a fait place à une interprétation « objective ». Notre droit reconnaissait déjà plusieurs formes de patrimoines d'affectation, liés à une destination déterminée et qui ne font pas partie du droit de gage général des créanciers. L'introduction proposée d'un concept de fiducie et du concept de compte tiers y contribue certainement¹⁴.

Par ailleurs, certaines figures juridiques existantes peuvent être qualifiées de patrimoine d'affectation, comme de manière assez classique la société à responsabilité limitée (unipersonnelle), l'indivision ou la communauté des biens dans les régimes matrimoniaux. De manière plus anecdotique, la propriété familiale sur les « souvenirs de famille » (bijoux, portraits ou tableaux de famille, lettre de noblesse, armes, documents ou manuscrits) formerait également un patrimoine d'affectation. Ces souvenirs de famille forment une catégorie de biens particuliers, caractérisée par leur valeur morale et l'affectation familiale que leur donne le fondateur en les transmettant aux membres de sa famille¹⁵.

Dans le sillage de la reconnaissance des patrimoines d'affectation, la fondation permet de préserver un patrimoine en vue de l'utiliser pour une certaine finalité désintéressée, comme la protection du patrimoine culturel. L'objet de la fondation visant à protéger le patrimoine culturel peut ainsi revêtir deux aspects. D'une part, il peut contenir des biens du patrimoine culturel (biens culturels mobiliers, monuments, sites, etc.) qui lui sont affectés et qui, selon les statuts, doivent être préservés, l'objet étant dès lors directement la finalité de protection. D'autre part, la fondation peut également se voir affectée un patrimoine non doté d'un intérêt culturel (des biens mobiliers [titres, argent, etc.] et/ou des biens immobiliers) mais qui doit être mis au service d'un but de protection du patrimoine culturel (utiliser le patrimoine placé dans la fondation pour restaurer ou acquérir des biens du patrimoine culturel par exemple). La fondation contiendra dans le meilleur des cas les deux objets, tant un patrimoine culturel à

14. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl., Ch.*, sess. 2018-2019, 31 octobre 2018, n° 3348/001, p. 81. La dernière proposition – introduire la fiducie –, n'a finalement pas été retenue (*voir infra*).

15. JONGMANS C., note sous Liège, 13 juin 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 407.

préserver que les moyens financiers pour la conservation, dans la mesure où le second sert à assurer la protection du premier.

Par ailleurs, la fondation, du fait de sa durée indéterminée, permet de penser la transmission du patrimoine culturel, en ce que la structure ne se trouve nullement soumise au passage des générations et peut perdurer, en principe, indéfiniment¹⁶. Elle échappe ainsi au règlement des successions et de la réserve héréditaire, comportant souvent un risque de dispersion du patrimoine (tant au sens civil que culturel). La récente modification du droit successoral en Belgique, élargissant la quotité disponible à une proportion fixe de 50 % de la succession, peu importe le nombre d'héritiers réservataires, pourrait quelque peu soulager le règlement de la propriété et la préservation d'un patrimoine culturel dans son intégrité¹⁷.

La fondation comme outil d'une propriété culturelle d'intérêt partagé

Ainsi, si nous reprenons le modèle de la propriété culturelle d'intérêt partagé, la structure de la fondation pourrait en partie l'illustrer. Si le propriétaire particulier d'un monument décide de placer celui-ci dans une fondation privée à l'intention de sa famille par exemple¹⁸, le nouveau propriétaire – la fondation privée – se verrait limité en son principe par l'obligation de conserver le monument et de gérer celui-ci de manière désintéressée. La propriété est ainsi pétrie dès sa création d'un intérêt, l'intérêt culturel, agissant en fonction de sa finalité assignée, la protection de ce patrimoine culturel, et affectant son capital à cette fin. Tant les missions de conservation et de transmission du patrimoine culturel

16. La fondation privée peut toutefois être limitée dans le temps et ainsi revenir dans le giron familial, alors que la fondation d'utilité publique est en principe perpétuelle, mais l'article 39 de la loi de 2002 prévoit la dissolution de la fondation (sans préciser s'il s'agit d'une fondation privée ou d'utilité publique) lorsqu'elle sa durée est arrivée à son terme, laissant sous-entendre que les fondations peuvent être limitées dans le temps.

17. Voir la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, M.B. du 1^{er} septembre 2017, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018.

18. Voir par exemple la Fondation Jean van Caloen pour le Château de Loppem en Flandres telle que présentée sur son site Internet : « Le Baron Jean van Caloen établit en 1951 une fondation portant son nom, à laquelle il transféra le château avec son parc et ses dépendances, ainsi que tout son mobilier. Cette fondation a pour but de préserver l'ensemble du complexe pour les générations futures, ainsi que de développer et faire connaître les collections. » [En ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : <https://www.kasteelvanloppem.be/fr/presentons-nous>

se trouveraient remplies par la fondation. Par ailleurs, les statuts de la fondation ou les administrateurs peuvent prévoir des modalités d'accès au monument, notamment à l'égard de la famille grandissante avec le temps ou à l'égard du public de manière plus large. Tant que la fondation est privée, elle garde une grande liberté dans la confection de son rôle de gardien du monument, étant surtout obligée d'affecter son patrimoine au but de protection mais n'accordant pas nécessairement des droits d'usage et de jouissance collectifs à des tiers bénéficiaires.

Si l'intention est de créer une fondation d'utilité publique, l'envergure est plus large et viserait non plus la protection d'un monument ou d'un bien culturel mobilier en particulier, mais plutôt la protection du patrimoine culturel de manière plus générale, comprenant par exemple plusieurs biens du patrimoine culturel dans son patrimoine affecté ou cherchant à soutenir plusieurs projets patrimoniaux via le capital de départ. Ici aussi, une fondation d'utilité publique pourrait agir comme propriétaire limité à une action en faveur de l'intérêt culturel, veillant à ce que les biens qu'il détient soient protégés et accessibles au public (sa mission d'intérêt général étant au cœur de sa constitution, l'accès se retrouve souvent d'emblée dans les statuts de la Fondation¹⁹).

Certaines fondations d'utilité publique sont également des musées, renforçant davantage les droits du collectif à l'accès, selon le choix du ou des fondateurs, comme la Fondation Folon, créée du vivant de l'artiste belge en 2000, qui expose plus de 500 œuvres de l'artiste, mais dispose d'une collection de 4 561 œuvres (aquarelles, sérigraphies, gravures, affiches, objets détournés, vitraux, sculptures de Folon), qu'elle veille à conserver et à transmettre. La Fondation Folon poursuit par ailleurs un objectif social, en accueillant « chaque année des milliers de visiteurs rencontrant des fragilités mentales ou physiques²⁰ ».

19. Voir en ce sens la Fondation de Moffarts qui a pour « pour but de préserver le patrimoine artistique et historique qui lui a été confié par ses fondateurs, de l'enrichir et de le rendre accessible au public ». [En ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : <https://www.stichting-demoffarts.be/FR/>

20. « Les bénéfices générés par le musée sont destinés aux personnes handicapées pour qui la visite est gratuite et adaptée », « La Fondation - Folon ». [En ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : fondationfolon.be/fondation-parent/fondation/

La plupart des fondations (d'utilité publique ou privée) agissent ainsi tant comme propriétaire de patrimoine que comme mécanisme de soutien, financier principalement, à la protection du patrimoine.

LE TRUST RECONNU EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ BELGE ET LA FIGURE PROCHE DE LA FIDUCIE

Le droit anglo-saxon s'appuie entre autres sur le *trust* comme outil pour protéger le patrimoine culturel. Cette figure juridique, sans traduction parfaite en droit continental, malgré les nombreuses tentatives²¹, s'inscrit dans la théorie du *bundle of rights*, soit du faisceau d'intérêt ou des propriétés simultanées sur un même objet. En ce sens, elle constitue un instrument fécond pour la propriété culturelle d'intérêt partagé, qui reconnaît une pluralité de droits et d'intérêts sur la chose.

Les figures du *trust* contiennent en effet de nombreux éléments intéressants, mais ne connaissent pas de pendant à l'identique en droit belge, même si les fondations ou le domaine public s'en approchent. Reconnu en droit belge, en vertu des règles du droit international privé, un *trust* ne peut toutefois pas être créé sur la base du droit belge. Il n'est en effet pas possible de fonder un *trust* devant un notaire belge pour des biens situés en Belgique. Selon le notaire honoraire Luc Weyts, le *trust* doit être reconnu dans notre droit continental, moyennant le respect des règles de l'ordre public belge et notamment la règle de la réserve héréditaire, le *trust* ne pouvant avoir pour effet de déshériter entièrement un héritier au profit d'un autre, nommé bénéficiaire du *trust*²².

Le droit continental connaît toutefois une figure très proche du *trust*, celle de la fiducie. Non définie en droit belge²³, mais néanmoins reconnue,

21. MALHERBE Jacques, « Fondation belge, Trust et fondation étrangère – régime fiscal », *op. cit.* ; CORNU Marie & FROMAGEAU Jérôme (dir.), *Fondation et trust dans la protection du patrimoine: en droit français et droit comparé*, Paris, L'Harmattan, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, 1999.

22. WEYTS Luc, « To trust or not to trust : het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor », *Tijdschrift voor Notarissen*, n° 5, 2017, p. 389-402 : 396.

23. Contrairement à ses pays voisins. Voir à cet égard la contribution de WITZ Claude, « La fiducie en Europe : France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours », in Jacques Herbots & Denis Philippe (dir.), *Le trust et la fiducie/De trust en*

la fiducie est « un acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendu titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figurent généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période, soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire²⁴ ».

Il s'agit en réalité d'une institution juridique ancienne, remontant à la *fiducia* romaine et trouvant une traduction dans le *trust* anglo-saxon, prenant tous racine, au sens étymologique, dans la notion de confiance. Il faut en effet se baser sur des relations de confiance pour oser conférer ses avoirs à un autre. Cependant, contrairement au *trust*, la fiducie repose sur des relations contractuelles et non sur un démembrement de la propriété, pour permettre d'affecter le patrimoine. Elle est de ce fait plus facilement compatible avec notre système juridique continental. La littérature distingue deux types de fiducie, celle servant comme outil de sûreté (« fiducie-sûreté²⁵ »), et celle permettant la gestion et la transmission d'un patrimoine (« fiducie-gestion »). Cette deuxième forme de fiducie nous intéresse en ce qu'elle permet au fiduciant de confier à un tiers, le fiduciaire, la gestion d'un patrimoine, soit dans son propre intérêt (la fiducie-gestion pour le compte du fiduciant), soit dans l'intérêt de bénéficiaires déterminés auxquels ce dernier remettra les biens à un moment donné (la « fiducie-libéralité²⁶ »). Ainsi pourrait-on imaginer un propriétaire d'un monument ou d'une collection d'art confier la gestion de ces biens à une personne de confiance pour qu'il administre les biens au bénéfice des héritiers, à une organisation ou une fondation culturelle, ou à d'autres personnes déterminées par le pacte de fiducie.

En France, ce système de fiducie-libéralité n'est toutefois admis que dans la mesure où il ne cherche pas à éviter les droits de succession, passant par un tiers pour faire sortir une partie de son patrimoine de

de fiduciaire overeenkomst. Implications pratiques/Practische implicaties, Colloque U.C.L.-K.U.L., 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 51-70.

24. WITZ Claude, *La fiducie en droit français*, Paris, Economica, 1981, p. 15.

25. La propriété est alors transférée à un fiduciaire à titre de garantie. Voir à ce sujet T'KINT François, « La fiducie-sûreté », in Jacques Herbots & Denis Philippe (dir.), *Le trust et la fiducie/De trust en de fiduciaire overeenkomst*, op. cit., p. 247-260.

26. RAVANAS Emmanuel, « Les difficultés d'introduction de la fiducie québécoise dans un pays de tradition civiliste connaissant l'institution de la réserve héréditaire - l'exemple de la France », *Revue du notariat*, vol. 109, n° 2, 2007, p. 265-331. DOI : 10.7202/1045581ar

la succession. L'article 2013 du Code civil français précise en effet : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. » Le droit belge ne prévoit rien pour les fiducies, mais il se pourrait qu'un raisonnement analogue soit appliqué en cas de fiducie-libéralité²⁷, réduisant sensiblement le potentiel de cet instrument pour penser la transmission du patrimoine culturel.

En Belgique, la figure de fiducie-libéralité a failli être adoptée et était reprise aux articles 3.38 à 3.51 du projet du Code civil, c'est-à-dire tout de suite après la partie sur le patrimoine (et non sur la propriété), ce qui était bien l'intention du législateur qui s'en explique comme suit :

Cette Section a été introduite intentionnellement dans la partie générale sur le « patrimoine », afin d'éviter des discussions délicates sur l'impact d'un concept de fiducie sur la nature du droit de propriété. De cette manière, le projet concerné est également neutre par rapport à la question de savoir dans quelle mesure le trust fait par là son entrée dans le droit belge.²⁸

Cela étant et malgré la tentative belge avortée, la fiducie contient des éléments très intéressants, proches du *trust*, où le patrimoine est affecté à un but conclu dans le pacte de fiducie, comme la protection d'un monument ou d'une collection d'art, et contraint le fiduciaire, agissant comme un *steward*, gérant ou régent de la partie de son patrimoine affectée au fiduciaire. Passer par la fiducie pour mieux se rapprocher du *trust* et concrétiser une propriété culturelle d'intérêt partagé serait ainsi une piste féconde à suivre.

27. « La fiducie en droit belge : quelques applications ». [En ligne, consulté le 28/07/2024.] URL : www.idefisc.be/themes/fiducie.html

28. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *op. cit.*, p. 86. Voir également la thèse de Dorothy Gruyaert à ce sujet, GRUYAERT Dorothy, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016. Les articles étaient inspirés du droit français et québécois, mais n'ont finalement pas été retenus, notamment pour des raisons fiscales : voir l'amendement n° 10 pour supprimer ces articles, se justifiant de la sorte : « Lors des auditions, des interrogations ont été exprimées quant à la réelle nécessité d'introduire dans notre droit le mécanisme de la fiducie et quant aux possibles conséquences de celle-ci en matière fiscale. Il apparaît dès lors préférable de supprimer cet aspect de la proposition de loi. », Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, sess. 2019-2020, n° 0173/002, p. 15.

Bibliographie indicative

- ADELL Nicolas, BENDIX Regina F., BORTOLOTTI Chiara & TAUSCHEK Markus (DIR.), *Between imagined communities and communities of practice: participation, territory and the making of heritage*, Göttingen, Göttingen University Press 2017.
- VAN BALEN Koen & VANDESANDE Aziliz (dir.), *Community involvement in heritage, Reflections on cultural heritage theories and practices*, Antwerpen, Garant, 2015.
- BERNARD Nicolas, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis : un essai d'évaluation législative*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- BIDAULT Mylène, *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- CLIPPELE Marie-Sophie de, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Collection générale (n° 157), 2020.
- CORIAT Benjamin (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, les Liens qui libèrent, 2015.
- CORNU, Marie, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- , « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre », in COLLECTIF, *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Frison-Roche, 2013, p. 145-161.
- CORNU Marie & FROMAGEAU Jérôme (dir.), *Fondation et trust dans la protection du patrimoine: en droit français et droit comparé*, Paris, L'Harmattan, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, 1999.
- CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.
- DE NOBLET Christel, *Protection du patrimoine architectural aux Etats-Unis et au Royaume-Uni*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- GRUYAERT Dorothy, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016.
- JAKUBOWSKI Andrzej, (dir.), *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016.
- JONGMANS C., note sous Liège, 13 juin 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 407 et sv.
- MALHERBE Jacques, « Fondation belge, Trust et fondation étrangère – régime fiscal », in COLLECTIF, *Le nouveau droit des ASBL et des fondations. La loi du 2 mai 2002. Journée d'études du 21 novembre 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 339-410.
- MERNIER Amélie & XHAUFLAIR Virginie, *Les Fondations en Belgique, Rapport 2017*, Liège, Chaire Baillet Latour en Philanthropie et Investissement Social, CES, HEC Liège, 2017. hdl.handle.net : 2268/219795

- OST François, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003.
- OST François, « Le patrimoine, un concept dialectique adapté à la complexité du milieu », *Het Milieu. L'environnement*, Congrès notarial, 1993, p. 13-67.
- OST François, MISONNE Delphine & CLIPPELE Marie-Sophie de, « Propriété et biens communs », in Bénédicte Winiger, Matthias Mahlmann, Sophie Clément & Anne Kühler (dir.), *La propriété et ses limites/Das Eigentum und seine Grenzen: Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 26 septembre 2015, Université de Genève/Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 26. September 2015, Universität Genf = Das Eigentum und seine Grenzen*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 131-172.
- RADERMECKER Anne-Sophie V.E. & DU ROY DE BLICQUY Sybille, « L'art et son marché », *Dossiers du CRISP*, vol. 89, n° 1, 2018, p. 13-150. DOI : dscrisp.089.0013.
- RAVANAS Emmanuel, « Les difficultés d'introduction de la fiducie québécoise dans un pays de tradition civiliste connaissant l'institution de la réserve héréditaire - l'exemple de la France », *Revue du notariat*, vol. 109, n° 2, 2007, p. 265-331. DOI : 10.7202/1045581ar
- ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2013 [2011], 2^e éd.
- ROMAINVILLE Céline, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- SALEILLES, R., « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art : étude de droit comparé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1895, vol. 5, n° 1, pp. 1-98.
- VANDENBULCKE Antoine, « Fondations, philanthropie et mécénat », *Revue pratique des sociétés - Tijdschrift voor Rechtspersoon en Venootschap*, n° 7, 2016, p. 847-867 : 848. hdl.handle.net : 2268/204109
- VAN DE VOORDE Johan, « Het nieuwe goederenrecht en het milieu », *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2020, n° 3, p. 272-303.
- WEYTS Luc, « To trust or not to trust : het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor », *Tijdschrift voor Notarissen*, n° 5, 2017, p. 389-402.
- XIFARAS Mikhaïl, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.
- ZENATI Frédéric, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ*, 2003, p. 607 et suiv.

L'organisation de communautés autour de biens non délimités

Flora VERN

Enseignant-chercheur, Université Glasgow (Écosse)

Les biens non délimités sont des immeubles dont la localisation géographique au sein d'une parcelle cadastrale plus grande est inconnue. La pluralité des propriétaires ne forme pas une indivision, et chacun devrait faire borner sa parcelle pour la localiser. Dans nombre de cas, toutefois, ces biens non délimités se caractérisent par la formation d'une communauté d'intérêts autour d'un territoire pour organiser la gouvernance de ces propriétés dont la jouissance est *de facto* collective.

Mots clés : Biens non délimités, Cadastre, Indivision, Communauté d'intérêt(s), Communautés usagères, Gouvernance, Jouissance collective

Les biens non délimités sont un artifice du cadastre français autour duquel peuvent émerger – bien que cela soit rare en pratique – des communautés organisées autour de la jouissance et de la préservation d'un territoire. La notion de biens non délimités désigne, en France, un ensemble d'immeubles dont la localisation géographique précise n'est pas connue, et qui sont désignés au cadastre sous le numéro d'une parcelle plus grande. Ne pouvant déterminer l'assiette foncière de leurs droits respectifs, sauf à faire borner leurs terrains à grands frais, les différents propriétaires de tels biens sont contraints d'exercer leurs droits en commun et d'instituer, le cas échéant, des organes de gouvernance pour organiser la prise de décisions concernant ces biens.

ORIGINES

Le cadastre est né de la nécessité, pour les services fiscaux, de faire coïncider les titres de propriété avec la réalité géographique du territoire, dans

le but de répartir équitablement l'impôt entre les citoyens¹. La confection d'un plan parcellaire est nécessaire pour documenter précisément le type de construction ou de culture sur chaque parcelle, et adapter l'impôt en conséquence. Le plan parcellaire est établi par des géomètres du cadastre en fonction des limites naturelles ou artificielles données aux parcelles, ainsi que de la contenance des titres des différents propriétaires.

Parmi les limites naturelles des parcelles foncières, on notera, par exemple, que les cours d'eau non domaniaux appartiennent aux propriétaires riverains *chacun en droit soi*, ce qui signifie que chaque parcelle s'avance jusqu'à une ligne située au milieu du cours d'eau sauf s'il existe un titre contraire². De la même manière, l'existence d'une falaise ou de tout autre obstacle insurmontable marque la limite entre les deux propriétés qui la jouxtent³.

Le droit français reconnaît aussi, dans nombre de cas, l'existence de limites artificielles entre les propriétés, lorsque celles-ci correspondent à des impératifs supérieurs comme la sécurité juridique. La loi établit ainsi une présomption de mitoyenneté pour tous les murs, haies et clôtures qui en remplissent les conditions⁴, de sorte que la ligne séparative entre les deux héritages est réputée se trouver au milieu de l'ouvrage mitoyen, sauf la preuve d'un titre contraire. Renforçant cette idée, la jurisprudence ferme totalement l'action en bornage en présence de bâtiments jointifs, tant il serait contraire à la sécurité juridique de permettre la contestation des limites des parcelles foncières, et par suite la démolition d'au moins l'un des ouvrages⁵.

Dans tous les autres cas, la délimitation des parcelles foncières est réalisée au moyen d'un bornage amiable ou judiciaire⁶. Cette opération se fonde sur les limites topographiques décrites dans les actes juridiques,

1. JAILLARD Pierre, « Du cadastre napoléonien au cadastre numérisé », in Florence Bourillon & Nadine Vivier (dir.), *De l'estime au cadastre en Europe. Les systèmes cadastraux aux XIX^e et XX^e siècles*, Actes du colloque des 20-21 janv. 2005, t. 3, Paris, IGPDE, 2008, p. 233-239. DOI : 10.4000/books.igpde.10793

2. Art. L. 215-2 du C. env. ; Cass., civ., 11 déc. 1901, Joybert c. Laval-Noizet : D. 1902.I.353.

3. Cass., civ. 3^e, 13 déc. 2018, n° 17-31270.

4. Art. 653 et 666 du C. civ.

5. Cass., civ. 3^e, 25 juin 1970, n° 68-13674 : Bull. III, n° 443.

6. Art. 646 du C. civ.

sur les actes fonciers antérieurement établis par un géomètre (bornage, division, remembrement, etc.), sur les limites naturelles ou artificielles secondaires. La vérification de la contenance des titres (la surface de terrain que chaque titre confère à son propriétaire) ou de la contenance cadastrale (la surface de la parcelle dessinée sur la matrice cadastrale) est également utilisée en dernier recours lorsque la demande en bornage porte sur l'intégralité d'une ou plusieurs parcelles, ce qui est nécessairement le cas en présence d'un bien non délimité. Ces éléments permettent aux géomètres-experts de redessiner le plan parcellaire du cadastre et d'apposer des marques physiques du bornage. La surface réelle des parcelles est alors mesurée dans une opération d'arpentage.

En droit français, le bornage est une pure faculté, qui est imprescriptible et peut être exercée à tout moment par les intéressés, sous réserve qu'il n'existe pas de bornage antérieur de ces terrains, matérialisé au sol par des bornes⁷, des traits de peinture ou la référence dans un procès-verbal de délimitation à tout élément présentant une permanence suffisante⁸. Cela signifie donc que, théoriquement, n'importe quel immeuble peut faire l'objet d'un bornage pour apparaître sur les documents cadastraux. Corrélativement, cela signifie aussi que les propriétaires ne sont nullement tenus de borner leurs terrains, et qu'ils peuvent choisir ou subir un état de non-délimitation. Il est donc possible, en droit français, que plusieurs titres de propriété distincts se réfèrent à différentes fractions d'une seule parcelle cadastrale, laquelle n'a jamais été subdivisée par une opération de bornage, de sorte que les diverses fractions de cette parcelle constituent autant de biens non délimités.

Les biens non délimités sont donc des immeubles entre lesquels il n'existe pas de limites artificielles ou naturelles, et qui n'ont jamais fait l'objet d'un bornage, de sorte qu'ils sont représentés au cadastre comme une parcelle unique alors que plusieurs propriétaires ont chacun des droits à prétendre sur une fraction de cet espace. En l'absence de bornage, les propriétaires sont toutefois dans l'impossibilité de savoir où se situent leurs parcelles qui, bien souvent, n'ont jamais été identifiées au-delà de leur appartenance à l'ensemble plus grand, interdisant ainsi

7. Cass., civ. 3^e, 19 janv. 2011, n° 09-71207.

8. Cass., civ 3^e, 4 juill. 2012, n° 10-26113, inédit.

toute délimitation même approximative des terrains⁹. Le titre mentionne ainsi un certain nombre d'hectares sis sur la parcelle connue des services cadastraux, sans aucune indication géographique quant à l'assiette de ces droits à l'intérieur de cette parcelle.

NATURE JURIDIQUE

Les biens non délimités sont des immeubles qui font l'objet d'une appropriation individuelle de type exclusiviste, mais dont la localisation géographique au sein de la parcelle cadastrale n'est pas connue. Ils ne sont donc pas techniquement en indivision. Les propriétaires de tels biens forment toutefois une communauté d'intérêts, dans la mesure où ils ne peuvent jouir de l'immeuble que sous réserve de respecter les droits les uns des autres.

Il est important d'appuyer l'argument selon lequel les biens non délimités ne sont pas soumis au régime de l'indivision, qui consiste pour plusieurs personnes à exercer concurremment, sur le même bien, des droits de même nature. Chaque indivisaire peut jouir de la totalité du bien pourvu qu'il respecte le droit égal des autres indivisaires¹⁰, et chacun est titulaire d'une quote-part abstraite qui constitue une anticipation des résultats du partage¹¹. Plus précisément, la quote-part représente la fraction de la valeur économique de la chose qui sera attribuée à son titulaire. Lorsqu'un indivisaire demande le partage, les choses indivises sont réparties en lots d'une valeur égale à la part de chacun dans l'indivision, le cas échéant en ajoutant le versement d'une soulte pour équilibrer les lots¹². La notion de répartition équitable en valeur se retrouve également dans la comptabilité de l'indivision, qui permet d'imputer les créances et les dettes de chaque indivisaire relativement à la conservation de la chose sur la part qu'il pourra prélever lors du partage¹³. Il en résulte que

9. *Demain, le territoire*. Rapport du 114^e Congrès des Notaires de France, 27-30 mai 2018 (Cannes). Paris, LexisNexis, 2018, p. 55 : n° 1199. [En ligne, consulté le 29/07/2024.] URL : rapport-congres-desnotaires.fr/2018-rapport-du-114e-congres

10. Art. 815-9 du C. civ.

11. Dross William, *Droit civil : Les choses*, Paris : LGDJ, 2012 : n° 160.

12. Art. 826 du C. civ.

13. Art. 815-13 du C. civ. ; Cass., civ. 1^{re}, 14 avr. 2021, n° 19-21313.

les indivisaires ne peuvent agir en paiement de leurs créances pendant l'indivision, ce qui a pour conséquence que la prescription ne court pas entre les indivisaires, dont les obligations respectives sont reportées sur la quote-part de chacun¹⁴.

Rien de tout cela n'est applicable aux biens non délimités. Le titre de propriété ne confère pas, dans ce cas, une fraction de la *valeur* de la parcelle cadastrée, mais une certaine *surface* de terrain dont l'assiette exacte est encore à déterminer¹⁵. La contenance du titre n'est, d'ailleurs, pas exprimée sous la forme d'une fraction ou d'un pourcentage, mais au moyen d'une valeur absolue comme un certain nombre d'hectares¹⁶. Par suite, lorsque les biens non délimités font l'objet d'un bornage destiné à identifier la parcelle de chaque propriétaire au cadastre et par l'implantation de bornes au sol, aucune comptabilité particulière n'est tenue. Les créances et les dettes de chacun sont des obligations personnelles ordinaires, soumises à la prescription de droit commun, et ne sont jamais imputées sur la quantité de terrain dont chacun est propriétaire. La notion de bien non délimité est donc exclusive de l'indivision. Les biens non délimités sont des propriétés indépendantes, qui sont seulement représentées par les services du cadastre au sein d'une parcelle unique qui détermine le contour extérieur de la zone dans laquelle les biens se situent¹⁷.

ÉLÉMENTS DE RÉGIME

Les biens non délimités sont une réalité foncière qui demeure, à ce jour, largement ignorée du législateur et d'une large part de la doctrine juridique alors qu'ils représentent environ 350 000 parcelles sur le territoire français, et jusqu'à 15 % de la surface totale de la Corse¹⁸. Ils ne sont soumis à aucun statut particulier, ce qui suppose de rechercher dans le droit commun les éléments de régime qui leur sont applicables.

14. Cass., civ. 1^{re}, 5 déc. 1978, n° 77-10692 : Bull. I, n° 377.

15. DUPUIS-BERNARD Rachel & LORISSON Guillaume, « Les biens non délimités », *Revue Lamy de droit civil – RLDC*, 2018, n° 159, p. 31 s.

16. *Demain, le territoire*, op. cit., p. 55 : n° 1198.

17. Ministère du Budget, Rép. min. n° 5929, *J.O. Sénat* du 7 nov. 2013, p. 3231.

18. Ministère du Budget, Rapport public : Éléments de diagnostic sur les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 29 déc. 2012 en matière de droits de succession en Corse, oct. 2013, p. 18-19.

En premier lieu, les biens non délimités demeurent, par définition, des parcelles appartenant divisément à leurs propriétaires, mais dont les limites n'ont pas été matérialisées au sol ni sur les documents cadastraux¹⁹. Il en résulte que ces biens ne relèvent pas du régime légal de l'indivision et ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une action en partage ; ils relèvent exclusivement de l'action en bornage²⁰, sauf évidemment à ce que certains biens non délimités soient, de surcroît, détenus en indivision par plusieurs propriétaires qui pourront les partager entre eux indépendamment de l'opération de bornage de la parcelle plus grande. Les deux actions ont des objets similaires – répartir des biens entre plusieurs personnes –, mais elles diffèrent radicalement en ce que le partage d'indivision tient compte de la valeur économique des lots, alors que le bornage s'intéresse uniquement à la surface mesurée des terrains.

Le partage d'une indivision est possible à tout moment, au moyen d'une licitation si aucune répartition équitable en nature ne peut être trouvée, parce que le mécanisme repose sur une équité en valeur. Or, si le bornage des biens non délimités est également un droit absolu, il aboutit très rarement en pratique parce que la licitation est, par définition, impossible²¹. Les biens soumis à ce régime sont généralement des terres de peu de valeur ou situées dans des zones difficilement accessibles comme des marais, des friches et des vallées encaissées²². Dans ce contexte, l'arpentage, qui permet de mesurer précisément le terrain et de proposer une délimitation, a généralement un coût dissuasif au regard de la valeur des parcelles qui seraient issues du bornage. Ailleurs, les biens non délimités se trouvent sur un terrain hétérogène en nature qui comporte, par exemple, des zones de prairie et de forêt, mais aussi de marais et de roche. Pour peu que le bornage soit économiquement viable, il susciterait des litiges sans fin pour l'attribution de tel ou tel type de sol, dont l'utilité pratique est supérieure à celle du terrain d'autres parcelles issues de la division.

19. SALVAT Olivier, « Une lacune du cadastre rénové : Les biens non délimités », *J.C.P. N.*, 2010, 1004.

20. Cass., civ. 3^e, 12 déc. 2019, n° 18-19291 : inédit.

21. Voir l'étude d'ensemble de CEPAS Lionel, *Le géomètre-expert face aux biens non délimités*, Mémoire de géomètre-expert, CNAM, 2020.

22. CEPAS Lionel, *Le géomètre-expert face aux biens non délimités*, op. cit.

Les biens non délimités constituent ainsi, pour la plupart, un reliquat des terres que l'on ne peut pas commodément borner²³.

En second lieu, les biens non délimités ne sont pas soumis au régime légal de l'indivision et ne bénéficient pas, à ce titre, des règles légales permettant de prendre à la majorité toutes les décisions relevant de l'administration des biens²⁴. Dans le silence de la loi, les biens non délimités se retrouvent dans la situation de l'indivision du Code Napoléon de 1804, dans laquelle toutes les décisions se prenaient à l'unanimité. Il en résulte, par exemple, que tous les propriétaires sont appelés à la cause dans une action en justice concernant un trouble survenu entre eux²⁵. Les propriétaires de biens non délimités peuvent évidemment vendre leur immeuble sous réserve de la même incertitude quant à son emplacement²⁶. Toutefois, pour toute décision relative à la gestion des biens non délimités, les propriétaires risquent à chaque instant d'enfreindre les droits des autres propriétaires, qui ne connaissent pas non plus la localisation de leurs immeubles²⁷. Dans la pratique, il existe des accords qui prennent généralement la forme d'usages immémoriaux en vertu desquels les propriétaires se répartissent soit la surface géographique du sol²⁸, soit la jouissance des utilités et des fruits de la terre – la pâture, le parcours, les ressources minières ou sylvicoles, etc. Cette solution est notamment mise en œuvre chaque fois que les biens non délimités sont d'anciens communaux, qui ont été acquis ou partagés en propriété entre les habitants au moment de la Révolution, mais qui n'ont jamais fait l'objet d'une délimitation cadastrale parce qu'ils ont continué d'être exploités en commun sans que personne n'en demande le bornage²⁹.

Si nombre de biens non délimités perdurent en raison du désintérêt que leur portent les propriétaires, il en existe appartenant à une communauté de propriétaires qui trouvent un intérêt à ce statut inextricable. L'absence d'indivision interdit le partage, alors que le bornage est généralement

23. SALVAT Olivier, « Une lacune du cadastre rénové : Les biens non délimités », *op. cit.*

24. Art. 815-3 du C. civ.

25. *Demain, le territoire*, *op. cit.*, p. 56 : n° 1200.

26. *Ibid.*, n°s 1101-1102.

27. DUPUIS-BERNARD Rachel & LORISSON Guillaume, « Les biens non délimités », *op. cit.*, p. 31.

28. *Ibid.*

29. SALVAT Olivier, « Une lacune du cadastre rénové : Les biens non délimités », *op. cit.*

impraticable et excessivement onéreux, ce qui garantit le *statu quo*. Par ailleurs, les biens non délimités échappent, pour leur gestion, aux règles contraignantes de l'indivision conventionnelle³⁰ et au statut impératif de la copropriété des immeubles bâtis³¹, autorisant ainsi les propriétaires à opter pour l'organisation de leur choix. Lorsque les propriétaires se mobilisent autour de leurs biens non délimités, on assiste donc à la formation d'une communauté usagère et de modes de gouvernance originaux.

COMMUNAUTÉ USAGÈRE

La particularité des biens non délimités réside dans la formation d'une communauté d'intérêts autour d'un territoire pour organiser la gouvernance de ces propriétés dont la jouissance est *de facto* collective. Ces communautés prennent des formes diverses, allant de mécanismes diffus fondés sur la coutume et les usages locaux, jusqu'à des entités dotées de la personnalité morale. La fonction et l'usage des biens non délimités y obéissent toutefois à des logiques similaires.

Les biens non délimités sont généralement des propriétés non bâties³². En effet, dès lors qu'un bâtiment à usage privatif, par exemple d'habitation, est implanté sur un terrain, l'emprise au sol de celui-ci détermine géographiquement la localisation de la parcelle. Celle-ci ne pourra varier qu'à la marge, au niveau du terrain attenant à la bâtisse. La présence d'édifices et constructions privatives est donc, sinon exclusive du bien non délimité, une forte incitation au bornage et à la délimitation effective des parcelles qui devient alors possible. On observera toutefois qu'un bien non délimité peut comporter quelques ouvrages plus modestes dont l'usage est collectif, comme un ancien four ou un puits³³. Il perdure, dans ce cas, une véritable incertitude sur la localisation des terrains appartenant aux différents propriétaires, d'autant que de tels ouvrages ne suscitent pas, en principe, de conflits d'usage ou de volonté d'exclure autrui, et sont d'ailleurs souvent grevés de servitudes.

30. Art. 1873-2 s. du C. civ.

31. Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

32. DUPUIS-BERNARD Rachel & LORISSON Guillaume, « Les biens non délimités », *op. cit.*, p. 31.

33. CEPAS Lionel, *Le géomètre-expert face aux biens non délimités*, *op. cit.*, p. 16, 66.

Il résulte de ce qui précède que les biens non délimités sont également *de facto* inconstructibles, sauf l'accord unanime des propriétaires, par exemple pour l'édification d'un ouvrage dont l'utilité est alors collective. Ces biens ont donc la particularité d'échapper aux logiques d'urbanisation et d'artificialisation des sols, ce qui permet de préserver les paysages.

La jouissance du bien non délimité est parfois répartie, par un accord unanime entre les propriétaires ou leur entente immémoriale, en plusieurs zones. En pratique, il est très fréquent que les propriétaires de biens non délimités soient également titulaires de parcelles adjacentes qui sont, pour leur part, délimitées. Il est donc logique que chaque propriétaire jouisse de la zone de bien non délimité qui est la plus proche de sa parcelle. Dans ce cas, la jouissance exclusive d'une zone de terrain préfigure le résultat du bornage, qui ne variera qu'à la marge pour offrir à chacun une parcelle d'un seul tenant³⁴. La même logique préside, par exemple, à l'attribution préférentielle des lots de bien non délimité aux propriétaires des parcelles riveraines en milieu forestier, pour éviter le morcellement³⁵.

Il est très fréquent également que la jouissance des biens non délimités soit répartie en fonction des utilités de la terre. Chaque propriétaire pourra ainsi prétendre à certains fruits ou utilités de la terre, concurremment avec les autres propriétaires, comme dans le système coutumier des propriétés simultanées dans l'ancien droit³⁶. Dans les zones marquées par le pastoralisme, l'entente des propriétaires pour la jouissance des biens non délimités peut ainsi prévoir le droit de ramasser du bois de chauffage et de couper un certain nombre d'arbres pour en récupérer le bois. Il existe aussi des droits de parcours pour le bétail³⁷. La caractéristique du parcours est qu'il s'exerce généralement sur une grande étendue de terrain, mais il n'est pas incompatible avec d'autres usages du sol comme la promenade, la pêche, la chasse ou la collecte de bois. Une telle répartition de la jouissance des utilités des biens non délimités ne permet pas d'anticiper le bornage, qui demeurera alors aussi onéreux qu'hypothétique puisqu'il

34. *Demain, le territoire*, op. cit., p.56 : n° 1200.

35. CEPAS Lionel, *Le géomètre-expert face aux biens non délimités*, op. cit., p. 44.

36. PATAULT Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989.

37. Cette situation est notamment observée sur les volcans du Puy-de-Dôme : VERN Flora, « Les vertus environnementales d'un commun : Le cas des biens non délimités du Puy-de-Dôme », *RJE*, vol. 48, n° 2, 2023, p. 305. [En ligne, consulté le 29/07/2024.] URL : hal.science/hal-04086133

aboutirait à priver les éleveurs de l'usage du grand terrain nécessaire à leurs troupeaux.

Enfin, il peut arriver que la localisation des lots de bien non délimité soit connue assez précisément, mais que la parcelle conserve ce statut faute d'intérêt à réaliser un bornage. Tel est le cas de certaines cours communes détenues en bien non délimité³⁸. Le bornage n'est pas demandé pour la bonne et simple raison que les accessoires des parcelles riveraines demeureraient, à l'issue de celui-ci, considérées comme une copropriété forcée et perpétuelle. La même technique est à l'œuvre dans plusieurs voiries privées nantaises cadastrées sous la qualification de bien non délimité, mais dont la propriété est répartie entre les propriétaires riverains, ce qui permettrait théoriquement le bornage³⁹. Situées dans des lotissements, ces voies appartiennent aux propriétaires des parcelles contiguës, chacun jusqu'au milieu de la rue⁴⁰. La solution prévue dans les titres est identique à celle reconnue par la loi pour les cours d'eau, à ceci près qu'une voie n'est pas considérée comme une limite naturelle ou artificielle des propriétés. Un bornage serait donc nécessaire pour sortir du régime des biens non délimités⁴¹. Celui-ci n'est toutefois pas demandé par les riverains qui ont besoin de pouvoir utiliser cette voie privée pour accéder à leurs logements. Le bornage serait ainsi nécessairement suivi de la mise en copropriété forcée des parcelles qui en seraient issues, ou de l'établissement de servitudes de passage entre ces mêmes parcelles. Dans ce cas, le bien non délimité perdure parce qu'il constitue un commun foncier nécessaire aux riverains.

La survivance des biens non délimités s'explique ainsi, outre les cas de désintérêt des propriétaires, par le fait qu'une communauté se forme autour d'un territoire. Chaque propriétaire a intérêt à jouir de la totalité de la surface de la parcelle, à la condition de respecter les droits des autres propriétaires, et particulièrement de ne pas détériorer le bien, de ne pas construire dessus, et de ne pas prélever plus que sa part des fruits et produits de la terre.

38. CEPAS Lionel, *Le géomètre-expert face aux biens non délimités*, op. cit., p. 26, 37, 41.

39. *Ibid.*, p. 23, 26.

40. *Ibid.*, p. 31-32.

41. *Ibid.*, p. 67-69.

GOVERNANCE

Les biens non délimités sont refoulés par le droit civil, qui ne reconnaît pas cette forme de propriété foncière, exercée de manière dégradée dans la mesure où elle n'a pas d'assiette géographique clairement déterminée. Aucun texte ne réglemente, par suite, les conventions que peuvent former les propriétaires pour organiser la jouissance de la parcelle sur laquelle se trouvent leurs terrains.

Les accords ou les usages organisant une jouissance exclusive du sol n'ont, évidemment, aucune valeur juridique face au bornage, amiable ou judiciaire, qui peut être demandé à tout moment par l'un des propriétaires⁴². Seul l'arpentage réalisé par un géomètre-expert pourra, dans ce cas, confirmer que les lots grossièrement délimités par les propriétaires ont bien la contenance prévue dans leurs titres, et ajuster leurs limites le cas échéant. Une fois le bornage réalisé, chaque propriétaire est libre d'exercer ses droits comme il l'entend sur l'assiette foncière qui lui a été attribuée.

En revanche, lorsque l'accord des propriétaires porte sur la seule jouissance commune de la parcelle dans l'attente d'un bornage qui, peut-être, ne surviendra jamais, tout porte à croire que les propriétaires sont libres de s'organiser comme ils le souhaitent et qu'une action en justice relative au respect de cet accord serait recevable. Certains biens non délimités sont ainsi gérés au moyen d'une association loi de 1901 ou d'une association syndicale libre (ASL). Celle-ci réglemente les usages de la terre susceptibles d'entraîner une rivalité entre les propriétaires, en accordant à chacun une part proportionnelle à la surface de terrain lui appartenant⁴³. Un mode de gestion analogue, au moyen d'une ASL, est utilisé entre les propriétaires de biens non délimités urbains⁴⁴. Sous plusieurs dénominations, ces entités permettent à des propriétaires privés d'organiser ensemble certains aspects de la gestion de terrains interdépendants, par exemple pour assurer leur entretien ou en confier la jouissance à un tiers. Dans les deux cas, le statut juridique que se donnent les propriétaires sera pris en

42. *Demain, le territoire*, op. cit., p. 56 : n° 1200.

43. VERN Flora, « Les vertus environnementales d'un commun : Le cas des biens non délimités du Puy-de-Dôme », op. cit.

44. CEPAS Lionel, *Le géomètre-expert face aux biens non délimités*, op. cit., p. 67-69.

compte par le juge pour les litiges relatifs à la jouissance et à l'entretien des biens non délimités.

Les biens non délimités peuvent ainsi être considérés comme de véritables communs, dans la mesure où ils permettent l'émergence d'une communauté liée à un territoire, et prenant en charge la gouvernance de celui-ci.

Bibliographie indicative

Demain, le territoire. Rapport du 114^e Congrès des Notaires de France, 27-30 mai 2018 (Cannes). Paris, LexisNexis, 2018. [En ligne, consulté le 29/07/2024.] URL : rapport-congresdesnotaires.fr/2018-rapport-du-114e-congres

CEPAS Lionel, *Le géomètre-expert face aux biens non délimités*, Mémoire de géomètre-expert, CNAM, 2020.

DELAQUERIE Géraldine, « Les biens non délimités », *Petites Affiches*, 11 mai 2018, n° 94-95, p. 30-35. [En ligne, consulté le 29/07/2024.] URL : actu-juridique.fr/professions/les-biens-non-delimites/

DUPUIS-BERNARD Rachel & LORISSON Guillaume, « Les biens non délimités », *Revue Lamy de droit civil*, 2018, n° 159, p. 31 et suiv.

SALVAT Olivier, « Une lacune du cadastre rénové : Les biens non délimités », *J.C.P. N.*, n° 1004, 2010.

VERN Flora, « Les vertus environnementales d'un commun : Le cas des biens non délimités du Puy-de-Dôme », *RJE*, vol. 48, n° 2, 2023, p. 305. [En ligne, consulté le 29/07/2024.] URL : hal.science/hal-04086133

Les règles de gestion des communautés foncières de montagne

Jean-François JOYE

Professeur de droit public, Université Savoie-Mont-Blanc

Les règles de gestion des propriétés collectives par les communautés foncières de montagne ont pour objet la préservation et la jouissance pérennes de ressources partagées. Ces règles découlent pour les unes d'usages ancestraux, pour les autres du droit administratif, certaines propriétés collectives étant prises dans un processus de municipalisation. L'étude de ces règles permet de mettre en exergue le rôle reconnu à chacun des protagonistes ainsi que la nécessité de leur évolution afin de répondre aux besoins et objectifs renouvelés de ces communautés.

Mots clés : Propriété partagée/collective, Communaux, Usages, Ayants droit, Patrimoine, Environnement

Dans la vie des propriétés collectives foncières¹, les règles de gestion et les mécanismes de gouvernance, qu'ils émanent des lois, coutumes ou usages locaux, sont déterminants. En effet, les décisions prises collectivement doivent durablement servir la fonction sociale des communaux et garantir le dépassement des intérêts individuels. En particulier, il s'agit de maintenir constamment une gestion prudente des ressources et leur transmission aux générations futures². C'est normalement en ce sens que les instances de gestion des communs fonciers sont destinées à réguler l'exercice des droits d'usage, mais aussi à sanctionner leur mésusage. Cependant, si certains communaux ont encore un statut juridique et un mode de fonctionnement assez fidèle à celui qui prévalait il y a plusieurs

1. Dans ce travail, les notions de propriété collective foncière, de commun foncier ou de système foncier collectif sont employées de manière synonyme.

2. Sur la fonction sociale du droit de propriété voir notamment : DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, La mémoire du droit, 1999 [1920, 2^e éd.], p. 147-178 ou JOSSEMAN Louis, « Essai sur la propriété collective », in SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES, *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris-Francfort, Librairie E. Duchenin-Sauer und Auvermann, 1969 [1904], p. 357-379.

siècles – l’essor des communes n’a pas conduit à les mettre en danger –, d’autres, du point de vue organique comme fonctionnel, ont subi le processus d’unification du droit de l’État moderne qui a conduit à réduire fortement leur autonomie de gestion. Cela peut se révéler dès lors préjudiciable à leur survie.

Nous allons tout d’abord montrer les effets variables des évolutions juridiques sur la gestion des propriétés collectives (I), puis observer d’autres mutations sociales ayant un impact sur l’investissement des membres de la communauté dans la gestion du commun foncier (II).

L’INFLUENCE DES ÉVOLUTIONS JURIDIQUES SUR L’AUTONOMIE DE GESTION DES PROPRIÉTÉS COLLECTIVES

Du point de vue organique, l’exercice collectif des droits sur les biens des communs fonciers est relié soit à une entité morale consubstantielle à la communauté (c’est alors un « corps moral » non administratif en la forme d’une « société » ou d’une « bourgeoisie » ; voir la notice « L’organisation de communautés sous forme de proto-sociétés »), soit à une personne morale dont la nature est précisée par l’État. Mais rien n’impose que cette entité soit explicitement une personne morale et c’est une évolution du droit moderne qui en a parfois décidé ainsi alors qu’elle n’avait rien d’évident au regard de l’histoire de ces systèmes. Leur fonctionnement sans personnalité morale tenait debout avant l’avènement de l’État moderne³. Par exemple, la section de commune, alors qu’elle n’est pas née d’une décision publique ou administrative et qu’elle existe indépendamment de tout acte administratif⁴, a été désignée personne morale de droit public au terme d’une lente évolution finalement consacrée par le juge de la Constitution⁵ puis par le législateur (alinéa 2 de l’article L. 2411-1 du Code général des collectivités territoriales – CGCT –, depuis la loi n° 2013-428 du 27 mai

3. JOSSERAND Louis, « Essai sur la propriété collective », *op. cit.*, p. 355-379.

4. La dénomination « section de commune » est d’ailleurs apparue assez tardivement (loi (décret) du 10 juin 1793 de la convention nationale sur le mode de partage des biens communaux).

5. Déc. n° 2011-118 du 8 avril 2011 (QPC), Lucien Mongaboure ; *GDDAB*, 3^e éd., 2018, note Charnard-Heim ; *Dr. adm.*, 2011, comm. 56 : note Hoffmann ; *AJCT*, 2011, p. 303 ; *RFDC*, n° 88, 2011, p. 830 : note Le Quinio ; *AJCT*, 2011, p. 303 : obs. Scanvic ; *D.*, 2011, p. 2298 : obs. Mallet-Bricout et Reboul-Maupin.

2013 modernisant le régime des sections de commune⁶). L'auto-gestion des communs fonciers dépend dès lors fortement de la manière dont ils sont corsetés par la loi ou non. Elle est ainsi à géométrie variable.

Les difficultés de gestion des sections de commune par la communauté des membres

En France, les sections de commune ont été prises dans les filets d'un processus de municipalisation ou de communalisation depuis près de deux cents ans⁷. L'association intime des communautés foncières à la gestion de leur « communal » a été affectée par un mouvement de fond en France visant à appliquer un régime de droit public pour leur gestion. Les communautés liées aux sections de commune ont été priées de s'effacer au profit de la compétence du conseil municipal notamment, mais pas seulement.

L'évolution politique et juridique décrite précédemment a permis le contrôle des sections de commune par la puissance publique. L'individualisation de gestion que permet la personne morale est possiblement une source de danger pour la gestion au quotidien des sections et de péril pour leur existence même. D'une part, les règles de gestion sont de plus en plus fixées par la loi et moins par les usages locaux. D'autre part, la loi fixe actuellement un mode d'administration qui met à distance les ayants droit de la prise de décision⁸. L'ensemble a une incidence sur l'implication des membres de la section dans la gestion du commun foncier.

Même si la transformation juridique de la section en personne morale de droit public a pu être conçue comme un moyen de préserver les intérêts des sections notamment face à la dislocation des communautés liées, en passant d'entité morale civile à personne administrative, on a créé un écran ou un intermédiaire entre les biens collectifs et les ayants droit. En effet, bien qu'elle affecte ses biens à la communauté d'habitants, la

6. YOLKA Philippe & JOYE Jean-François, *Sui generis* : des personnes publiques spéciales aux « biens publics spéciaux » ?, *JCP A*, n° 14, 2021, Étude 2103.

7. AUCOC Léon, *Des sections de commune et biens communaux qui leur appartiennent*, Paris, P. Dupont, 1869, 2^e éd. [1864], p. 91 et suiv.

8. Sur ce sujet, voir JOYE Jean-François, « Le profil juridique contemporain des communaux », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au xx^e siècle, Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université Savoie-Mont-Blanc, 2021, p. 339.

personne morale a une existence distincte des membres de la communauté. Ce qui semble appartenir à tous appartient en réalité à la personnalité morale même si elle est censée agir pour tous⁹. Or l'exercice collectif des droits d'usage ou de jouissance des habitants sur les biens des sections de commune (dits aussi biens sectionaux) est censé demeurer relié auxdits biens, que cela se fasse par l'entremise d'une personne morale ou non¹⁰. Ce lien pourrait tout à fait être garanti par le régime légal qui encadre le fonctionnement de la personnalité morale. Sauf que le droit français actuel permet la mise en cause des biens collectifs dont la section est propriétaire, le Code général des collectivités territoriales habilitant les autorités ou conseils compétents à prendre des décisions patrimoniales graves selon des procédures tenant de moins en moins compte de l'avis des communautés concernées. C'est tout d'abord la possibilité de doter la section d'une commission syndicale¹¹, c'est-à-dire d'une assemblée dont les membres sont élus pour une durée égale à celle du conseil municipal et pouvant agir de manière plus autonome par rapport à ce dernier grâce à des compétences élargies, qui a été fortement restreinte par la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013¹². Les conséquences sont importantes. Les membres du commun ont perdu un organe propre et permanent de représentation dédié aux affaires sectionales, sans pour autant remettre en place un système de convocation ponctuelle de la commission. La conséquence a été immédiate avec la diminution du nombre de commissions syndicales (d'environ 200 à une vingtaine d'après nos observations) ce qui laisse de fait le champ libre au conseil municipal – et, à un degré moindre, au maire –, pour décider de l'avenir de la section puisqu'il agit au nom de la section et pour son compte¹³. Cela n'est cependant pas

9. BOURJOL Maurice, *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 1989, p. 173. Dans sa décision n° 2011-118 du 8 avril 2011 (QPC), *supra*, le Conseil constitutionnel reconnaît un droit de propriété à la section de commune, mais pas à ses membres.

10. HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Des biens communaux et de la police rurale et forestière*, Paris, T. Barrois et B. Duprat, 1833, 3^e éd., p. 179.

11. Art. 65 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 (anc. art. L. 151-2 et suiv. du Code des communes).

12. Elle a notamment élevé le seuil de revenu annuel cadastral dont la section doit disposer (voir CGCT, art. L. 2411-5). Lire not. le rapport n° 540, COLLOMBAT Pierre-Yves, *Proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à moderniser le régime des sections de commune*, commission des lois, 24 avril 2013.

13. On peut rappeler que les décisions du conseil municipal ou du maire prises pour le compte de la section de commune engagent la responsabilité de celle-ci (CE, 30 mai 2012, *Becamel*, n° 340513 :

synonyme d'agir pour leur bien... Ils peuvent être animés d'une véritable volonté de gérer et protéger les sections en respect de leur histoire, de leurs caractéristiques et de l'avis de leurs membres ou, au contraire, ils peuvent activer les procédures permettant de réduire ou de supprimer le patrimoine sectionnel. Nous faisons référence ici aux possibilités de ventes, de transferts ou de changement de destination des biens, procédures multipliées par le législateur depuis 1985 et pour lesquelles les avis des membres des sections ou de leurs électeurs ne sont plus bloquants (c'est le comble¹⁴). Le préfet, représentant de l'État, joue quant à lui un rôle décisif pour entériner ou non les initiatives du conseil municipal¹⁵. D'un côté, certains maires lui demandent de trancher les désaccords avec les ayants droit en faveur des projets de la commune ; de l'autre les services de l'État sont censés être à l'écoute des difficultés sociales qu'expriment les membres des communautés foncières. Ainsi, les affaires voire la destinée des sections échappent de plus en plus souvent à leurs membres, une diversité d'instances et de personnes pouvant interférer et prendre des décisions à la place de la communauté elle-même. Ces évolutions ne signifient pas que les membres de la communauté ne peuvent plus du tout agir, mais cela complique les choses.

La gestion des sections de commune peut être dès lors source de querelles avec la commune ou l'État, notamment avec l'Office National des Forêts s'agissant de la mise en œuvre des droits d'usage à l'affouage. Ceci n'est pas nouveau¹⁶. En effet, les membres des sections ne sont pas toujours d'accord avec ces entités quant aux actions à mener dans leur

BJCL 2012, p. 611, concl. Daumas ; AJCT 2012, p. 54, obs. Yazı-Roman. – CE, 26 déc. 2013, *M. A. et a. c/ Cne Malbo*, n° 357045).

14. V. le détail des procédures à partir de l'article L. 2411-2 du CGCT.

15. Il convoque les électeurs de la section, tranche des désaccords entre la commune et la section à propos de l'aliénations des biens, etc.

16. AGULHON Maurice, DÉSERT Gabriel & SPECKLIN Robert, 3. *Apogée et crise de la civilisation paysanne : 1789-1914*, in Georges Duby et Armand Wallon (dir.), *Histoire de la France rurale*, Paris, Le Seuil, 1992 [1976], p. 128. Sur les querelles anciennes avec la doctrine de l'administration forestière centralisée, voir AGULHON Maurice, *La république au village. Les populations du Var, de la Révolution à la seconde République*, Paris, Seuil, 1970, p. 81 et suiv. ; COUTURIER Pierre, *Sections et biens sectionaux dans le Massif central. Héritage et aménagement de l'espace*, Clermont-Ferrand, CERAMAC, 2000 ; CAFFIN M. & CAFFIN Ernest, *Des droits respectifs de propriété des communes et des sections de communes sur les biens communaux (...)*, Bordeaux, impr. A. Pérey, 1868, p. 11 et suiv.

intérêt comme dans celui du territoire. Ils font entendre leur voix pour préserver leur patrimoine collectif alors même qu'ils ne sont en général pas très visibles dans les cénacles politiques et qu'ils ne sont pas organisés en groupe d'influence structuré au plan national¹⁷. Or, se passer de l'accord des ayants droit ne fait qu'envenimer les relations entre acteurs d'un même territoire rural (déclenchant nombre de contentieux¹⁸). Les réformes législatives n'ont donc produit aucune simplification et fait qu'accentuer le ressentiment des populations rurales à l'égard de la puissance publique.

Pour contrer cette privation de pouvoir de gestion des sections de commune, les membres sont parfois à l'origine de la création de personnes morales d'une toute autre nature que celle de la propriété collective elle-même, afin d'organiser les relations juridiques ou sociales avec les tiers ou être mieux identifiés sur le territoire. Ainsi, la création d'associations (loi 1901) est constatée pour, par exemple, restaurer le patrimoine ou restaurer des zones naturelles et obtenir des subventions à cet effet. Il s'agit ainsi de recréer une instance décisionnelle locale qui prenne en charge la gestion de tout ou partie du commun, bien que l'association ne puissent être propriétaire des biens. En conséquence se superposent à l'endroit des communaux divers mécanismes de gestion des biens, modernes ou plus anciens, destinés à pallier l'insatisfaisante situation dans laquelle le droit français continue de placer les propriétés collectives. Une autre stratégie, dans une section de commune non dotée d'une commission syndicale, est que les membres de la section s'investissent au sein du conseil municipal en vue de peser sur les décisions qu'il prend au nom de la section (si l'on parvient à s'y faire élire...).

La solide gestion des communautés attachées aux propriétés collectives « privées »

Là où subsistent des propriétés collectives « privées » (à savoir les « sociétés » bourgeoises ou foncières ; voir les notices « Présentation des communautés foncières en montagne » et « L'organisation de communautés sous forme de proto-sociétés »), comme en Haute-Savoie, la commune a

17. Il faut toutefois signaler l'existence d'associations de défense des sections de commune. La principale est la « Force de Défense des Droits et Biens des Communautés Villageoises et des Membres de Sections de Commune » (AFASC), dont le siège est en Haute-Loire.

18. Voir par exemple CE, 12 oct. 2020 : *Rochette et a. sections c/ Commune de Présailles*, n° 423152, *AJDA*, n° 44, 2020, 2563 : comm. Joye.

été tenue à distance. Les communautés restent impliquées à l'écart du processus de municipalisation. Du point de vue fonctionnel, l'administration du commun relève toutefois d'organes décisionnels aux compétences et compositions variables d'un système à l'autre. Les biens du « club » sont gérés en vertu de règles coutumières que la communauté locale se donne selon les valeurs qui la guident. Ces entités connaissent néanmoins elles aussi des mutations juridiques, mais celles-ci sont principalement fonctionnelles puisqu'il s'agit en général de faire évoluer les modalités internes de prise de décision ou de mise en œuvre des droits d'usage. Leurs actions ne sont pas limitées par un régime juridique prévu par la loi et arrimé au droit administratif. Dans le respect du droit commun (civil notamment) et de leurs propres usages, ces entités sont relativement souveraines. Ainsi, concrètement, elles peuvent faire évoluer le fonctionnement de leurs organes de gestion, réaliser, rénover ou financer des infrastructures et équipements selon leurs moyens financiers, être mécènes d'associations locales, participer au financement et à la mise en œuvre de projets locaux portés par des collectivités publiques, etc. De quoi garantir l'adhésion des habitants du territoire à leurs actions¹⁹.

INFLUENCE DES ÉVOLUTIONS SOCIALES SUR LA GESTION DES PROPRIÉTÉS COLLECTIVES

Les mutations qui affectent les sociétés et territoires de montagne engendrent une évolution des usagers et bénéficiaires du commun foncier (voir notice « Présentation des communautés foncières en montagne »), ce qui peut rendre moins homogène la communauté. De surcroît, l'une des critiques de certains élus locaux à l'encontre des communs fonciers

19. Les usages locaux et les relations interpersonnelles ont un rôle fondamental dans l'administration de ces sociétés. Leurs « règlements intérieurs » encadrent également la prise de décision et la gestion de leurs activités (par exemple, la bourgeoisie de Saint-Gingolph s'est dotée, outre son assemblée générale, d'un conseil d'administration lui-même divisé en différentes commissions (« Bois et alpages », « Antennes », « carrière », « bâtiments », « bords de l'eau », « bureau »). Voir JOYE JEAN-FRANÇOIS & BONNEMAINS Anouk, « À la recherche de l'identité des communautés d'habitants à partir de la typologie des "communaux" en territoire de montagne. Étude de cas en Savoie et Haute-Savoie », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke – RDUS*, vol. 50, n° 1-2-3, 2020-2021. DOI : 10.7202/1088129ar

porte sur le désengagement des communautés, afin de justifier que la gestion du commun soit reprise par le conseil municipal.

L'évolution des usagers et bénéficiaires du commun foncier

Dans les communs fonciers, les ayants droit, faut-il le rappeler, ne sont pas propriétaires du fonds, qui appartient soit à leur communauté, soit à autrui²⁰. En revanche, ils bénéficient de droits d'usage qui sont issus des arrangements entre individus pour l'accès aux ressources (prés ou pâturages, bois, eau, etc.) : selon les saisons (par exemple l'été s'agissant des alpages), selon des utilités (chauffage, construction, alimentation ou circulation) ou selon des techniques d'exploitation ou de production (pâturage, irrigation, affouage, etc.). L'origine de ces droits comme leur mode d'exercice sont propres à chaque système car issus de titres émanés d'un ancien seigneur ou accordés par des ordres ecclésiastiques. Ce sont des droits réels, mais dont la mise en œuvre dépend grandement de considérations personnelles. Ils ont également une vocation perpétuelle. La notion d'ayants droit n'étant pas universelle, elle dépend en pratique de chaque système foncier collectif. Pour jouir des droits, il faut intégrer la communauté à la jouissance de laquelle le bien est affecté. En général, soit on jouit des droits de manière héréditaire, soit on en jouit en étant habitant d'un territoire donné (par exemple, le membre d'une section de commune doit y avoir son domicile « réel et fixe »²¹).

De nos jours, les utilisateurs des biens collectifs ne sont toutefois plus systématiquement des ayants droit. En effet, les mutations qui affectent les sociétés et territoires de montagne conduisent aussi à ce que les ayants droit soient parfois moins usagers directs des biens du patrimoine collectif que leurs gestionnaires ou animateurs. L'entité gestionnaire du commun foncier (commission syndicale, conseil d'administration, conseil municipal, selon les cas) peut concéder par convention à des tiers des droits exclusifs permettant d'exploiter ou d'occuper tel bien de la propriété

20. Réserve faite du cas où les ayants droit sont pleinement propriétaires du fonds sur lequel ils exercent leurs droits en commun par le truchement de systèmes complexes comme les biens non délimités ou les copropriétés forcées (voir les notices « L'organisation de communautés autour de biens non délimités » et « L'organisation de communautés sous forme de proto-sociétés »).

Cela étant, ils vont aussi réciproquement exercer des droits sur les biens des autres propriétaires.

21. CGCT, art. L. 2411-1.

collective à des fins économiques ou touristiques : gîtes, chalets d'alpage, carrières, etc. On dénombre dès lors deux catégories d'utilisateurs des biens du commun : des utilisateurs historiques et classiques, à savoir les ayants droit qui vont exercer les droits d'affouage, de chasse, de cueillette, d'occuper des terres agricoles, etc., et des utilisateurs tiers (agriculteurs²², touristes, etc.). L'entité gestionnaire en retire alors des revenus qui vont être réinvestis dans l'intérêt général sur le territoire du commun (réfection de chemins, de bâtiments...). Ils servent aussi à remplir ses obligations fiscales et ainsi pérenniser son existence.

Enfin, dans certains cas, les communautés ne sont pas libres de gérer leurs biens car le législateur leur impose un régime particulier : c'est le cas une fois de plus dans les sections de commune. C'est ainsi que les forêts sectionales sont soumises au régime forestier et ainsi au contrôle de l'Office Nationale des Forêts, ou que l'attribution des terres agricoles est bornée par une procédure fixée par la loi.

Ces évolutions posent la question de l'unité de la communauté dès lors que l'on fragmente les utilisateurs et contrôleurs possibles des ressources naturelles du commun, pas tous habités d'un esprit de solidarité mais plutôt d'une visée économique, quoique leur attitude puisse être tout à fait en phase avec celle des membres de la communauté. Quand on leur en laisse la possibilité, ces derniers veillent en général à passer des accords avec des tiers partageant pleinement leur vision d'une gestion à long terme du bien collectif et le respect de la nature²³. Par ailleurs, les modes de répartition des coupes de bois ou des terres et pâturages à cultiver ou occuper sont en théorie régulièrement révisés. Il revient à la communauté de décider à qui attribuer quoi sachant que la jouissance concédée n'est pas perpétuelle (même si par exemple les baux ruraux permettent en pratique le maintien en place des exploitants agricoles sur de longues durées). Autrement dit, même si les communs fonciers sont

22. Par exemple, des exploitants agricoles non-ayants droit prioritaires d'une section de commune peuvent, dans certains cas, obtenir l'attribution des terres agricoles et pastorales des sections de commune : voir CGCT, art. L. 2411-10.

23. Sur ce sujet voir BAUD Dominique & BONNEMAIS Anouk, « Entre contrainte et opportunités : les ressources détenues par les propriétés collectives foncière », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université de Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 247 et suiv.

de plus en plus hybrides, il convient que les membres des communautés soient toujours en capacité de les gérer, directement ou indirectement. Mais dans tous les cas, les gestionnaires ne sauraient perdre de vue la « règle d'or » qui assure la pérennité ou la durabilité des biens : ils ne sont que les administrateurs des communs fonciers. « Ils en doivent compte à ceux qui viendront après eux : ils doivent les conserver comme un dépôt sacré.²⁴ »

Le prétendu désengagement des communautés foncières

L'une des critiques que portent certains élus aux propriétés collectives concerne la baisse d'investissement des communautés dans leur gestion. Il s'agirait soit d'un désintérêt des populations pour la gestion collective, soit, à l'inverse, d'une perte de sens collectif qui conduit à utiliser certaines ressources dans un but purement individualiste²⁵. Par ailleurs, le fonctionnement au quotidien des propriétés collectives peut être ardu et irrégulier. Or, à la décharge des communautés, on rappellera que les moyens « administratifs » dont elles disposent sont en général très faibles, et que l'investissement personnel repose uniquement sur le bénévolat que le législateur méfiant impose même aux membres des sections de commune ce qu'il ne fait pas pour le fonctionnement d'autres collectivités publiques²⁶. Rien que tenir à jour une liste d'ayants droit peut se révéler difficile. Si d'importantes propriétés collectives « privées » aux revenus appréciables peuvent prendre en charge la rémunération d'une personne à temps partiel pour effectuer des tâches de secrétariat ou défrayer les personnes de la communauté parmi les plus investies pour des frais qu'elles engagent au service du commun, en revanche les sections de commune n'ont que les moyens en personnel que la commune veut bien mettre à leur disposition. Toutefois, on observe de nombreux comportements vertueux. Par exemple de plus en plus de communautés rendent publiques leurs

24. HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Dissertations féodales*, t. 1, Paris, T. Barrois, 1789, p. 449-450.

25. Par exemple, l'attribution des terres des sections de commune est parfois l'objet de tensions entre agriculteurs en place désireux de conserver, voire d'accroître, les surfaces exploitables procurant les subventions de la politique agricole commune et les jeunes agriculteurs membres du commun souhaitant débiter leur activité.

26. Bénévolat imposé s'agissant des membres de la commission syndicale des sections de commune (ils ne reçoivent ni indemnité ni rémunération : CGCT, art. D. 2411-9).

actions et décisions en utilisant notamment des panneaux d'affichage ou des ressources et réseaux numériques. Il est désormais nécessaire pour elles de communiquer davantage sur leur fonctionnement et leurs actions et surtout d'avoir la capacité de naviguer dans les arcanes administratifs afin de gérer des dossiers complexes comme des demandes de subventions ou la signature de contrats divers... sauf à toujours dépendre de l'ingénierie d'organismes tiers. En ce sens, les nouvelles générations de « communiers » (nom que l'on donnait dans le temps aux membres des communs fonciers) joueront sûrement un rôle clé de nature à revenir à une auto-organisation et auto-gestion plus effectives des communs fonciers.

Même s'il faut prendre au sérieux la question du désengagement des populations et ses ressorts (c'est une question transversale dans la société), c'est avant tout un prétexte destiné à justifier la suppression des communaux. Il ne faut pas croire que les populations concernées ont cessé de vouloir s'impliquer dans leur gestion, puisqu'elles y sont encore attachées. Bien au contraire et pour preuve, comme dit plus haut (1) il arrive de plus en plus fréquemment que les membres des sections de commune créent des associations pour compenser la difficulté à s'impliquer dans les organes de cette propriété collective. C'est ainsi bien le cadre légal fixé par la puissance publique qui bride l'investissement des populations dans les communs fonciers. Il n'est plus en adéquation avec le changement de perception dont ceux-ci font l'objet dans la société.

Bibliographie indicative

AGULHON Maurice, *La république au village. Les populations du Var, de la Révolution à la seconde République*, Paris, Seuil, 1970.

AGULHON Maurice, DÉSERT Gabriel & SPECKLIN Robert, 3. *Apogée et crise de la civilisation paysanne : 1789-1914*, in Georges Duby et Armand Wallon (dir.), *Histoire de la France rurale*, Paris, Le Seuil, 1992 [1976].

AUCOC Léon, *Des sections de commune et biens communaux qui leur appartiennent*, Paris, P. Dupont, 1869, 2^e éd. [1864].

BAUD Dominique & BONNEMAIS Anouk, « Entre contrainte et opportunités : les ressources détenues par les propriétés collectives foncière », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au xx^e siècle, Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université Savoie-Mont-Blanc, 2021.

- BONNEMAINS Anouk & JOYE JEAN-FRANÇOIS, « À la recherche de l'identité des communautés d'habitants à partir de la typologie des "communaux" en territoire de montagne. Étude de cas en Savoie et Haute-Savoie », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke – RDUS*, vol. 50, n° 1-2-3, 2020-2021. DOI : 10.7202/1088129ar
- BOURJOL Maurice, *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 1989.
- CAFFIN Ernest & CAFFIN M., *Des droits respectifs de propriété des communes et des sections de communes sur les biens communaux (...)*, Bordeaux, impr. A. Pérey, 1868.
- COUTURIER Pierre, *Sections et biens sectionaux dans le Massif central. Héritage et aménagement de l'espace*, Clermont-Ferrand, CERAMAC, 2000.
- , « L'héritage paysan à l'épreuve de la modernité : terres communes et communauté rurales dans les montagnes d'Europe occidentale », in Pierre Charbonnier, Pierre Couturier, Antoine Follain & Patrick Fournier (dir.), *Les espaces collectifs dans les campagnes. XI^e-XXI^e siècle*, Presses Universitaires Blaise-Pascal, 2007, p. 357-373.
- DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, La mémoire du droit, 1999 [1920, 2^e éd.]
- HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Dissertations féodales*, t. 1, Paris, T. Barrois, 1789.
- , *Des biens communaux et de la police rurale et forestière*, Paris, T. Barrois et B. Duprat, 1833, 3^e éd.
- JOSSERAND Louis, « Essai sur la propriété collective », in SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES, *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris-Francfort, Librairie E. Duchemin-Sauer und Auvermann, 1969 [1904]
- JOYE Jean-François, Fasc. 34-20 « Biens communaux » et 34-30 « Biens des sections de commune », *JCl. Propriétés publiques*, 2020.
- , « Le profil juridique contemporain des communaux », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle, Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université Savoie-Mont-Blanc, 2021, p. 339.
- LOCHER Fabien (dir.), *La nature en communs. Ressources, environnement et communautés (France et empire français, XVII^e-XXI^e siècle)*, Ceyzérieux, Champ-Vallon, 2020.
- MARILLIA Georges-Daniel, *La section de commune*, Paris, La Vie Communale et départementale, 2015, 6^e éd.
- YOLKA Philippe & JOYE Jean-François, *Sui generis : des personnes publiques spéciales aux « biens publics spéciaux » ?*, *JCP A*, n° 14, 2021, Étude 2103.

Communautés de création et communs numériques de connaissance

Nicolas JULLIEN

LEGO/Marsouin, IMT Atlantique

Karine ROUDAUT

LABERS (EA 3149), Université de Brest

Les communautés de chose (en l'espèce de connaissances) qui connaissent un essor substantiel qualitatif et quantitatif ont des similitudes avec les communs étudiés par Elinor Ostrom. Leurs particularités sont dues en grande partie aux outils numériques d'organisation auxquels elles ont recours ainsi qu'à leur objet : la connaissance. Il s'agit ici d'étudier le dynamisme de ces communs, en précisant ce qu'est la ressource commune qu'ils gèrent et comment cette gestion est organisée. Ceci nous permet d'expliquer en quoi il s'agit bien de communs au sens d'E. Ostrom et quelle est la « communauté », telle que définie dans cette encyclopédie, qui gère un commun, qui en fait partie et qui participe au projet sans en être membre.

Mots clés : Communautés de création, Communs, Elinor Ostrom, Gestion communautaire, Logiciels libres, Participation, Règles de fonctionnement, Sentiment d'appartenance, Wikipédia

Les pratiques collectives et volontaires de production de connaissance en ligne sont désignées par les participants et les chercheurs par les expressions de « commun numérique de connaissance », ou « communautés de création »¹. Le terme de « commun », directement emprunté des travaux d'Elinor Ostrom², consacrés à l'analyse des structures institutionnelles de gouvernance collective permettant de maintenir durablement l'usage de

1. RULLANI Francesco & HAEFLIGER Stefan, « The Periphery on Stage: The Intra-Organizational Dynamics in Online Communities of Creation », *Research Policy*, vol. 42, n°4, 2013, p. 941-953. DOI : 10.1016/j.respol.2012.10.008

2. OSTROM Elinor, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

biens renouvelables mais limités comme les ressources naturelles, est ici transposé à la connaissance, produite en ligne. L'utilisation de ce terme n'est pas anodine : elle souligne un renouveau dans la capacité d'acteurs individuels, non professionnels, à s'engager dans ces projets et à organiser et gérer des actions collectives de production comparable en qualité et en volume à celle des organisations traditionnelles, universitaires ou entreprises. Ainsi, Wikipédia, qui fêtera ses 25 ans en 2026, a été capable de produire des encyclopédies en plus de 50 langues, avec 10 à 40 fois plus d'articles disponibles que dans les encyclopédies traditionnelles, pour les langues les plus diffusées. Pour autant, le mot « commun » désigne-t-il la même chose dans ces différents contextes ? Que recouvre cette analogie ? Que partagent les communs de connaissance avec les communs de ressources naturelles, tels qu'étudiés par E. Ostrom ?

Il y a d'emblée une dimension politique posée ; une volonté de construire dans et par ces différentes actions collectives un modèle social qui soit alternatif aux modèles de l'État et du Marché³. Ainsi, Pierre Dardot et Christian Laval⁴ défendent l'idée que ces « nouveaux communs » sont des communautés choisies (au sens de la « commune » de Proudhon⁵ et de l'opposition que fait Ferdinand Tönnies⁶ entre *Gemeinschaft* et *Gesellschaft*) ; qu'elles peuvent être émancipatrices et constituer le socle d'une action politique de construction de la société au-delà du duopole État-Marché. Là résiderait précisément leur intérêt, voire leur « révolution ».

Il est cependant difficile de comprendre si ces communs « modernes » et les « anciens » communs partagent plus qu'un nom, et peut-être des similitudes de fonctionnement dans la gouvernance, telles que soulignées par l'économie institutionnaliste⁷. Comme le relève C. Laval⁸, le « geste

3. SHULZ Sébastien, « Histoire sociologique d'un mouvement ambigu. Ce que la critique de l'État nous apprend des formes de communs numériques », *Terminal. Technologie de l'information, culture & société*, n°130, 2021. DOI : 10.4000/terminal.7684

4. DARDOT Pierre & LAVAL Christian, *Commun : essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

5. PROUDHON Pierre-Joseph, *De la capacité politique des classes ouvrières*, Paris, E. Dentu, 1865.

6. TÖNNIES Ferdinand, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, 7^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2010 [1887].

7. WEINSTEIN Olivier, « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, vol. 14, n°2, 2013. DOI : 10.4000/regulation.10452

8. Fin du § 7 de LAVAL Christian, « "Commun" et "communauté" : un essai de clarification sociologique », *SociologieS, Dossiers : Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?*, 2016. DOI : 10.4000/sociologies.5677

analogique, qui a trouvé sa légitimité scientifique dans des travaux d'économistes [institutionnalistes], de juristes ou de politistes, dont la plus célèbre est sans conteste Elinor Ostrom », n'est pas expliqué.

Dans cet article, nous rappellerons ce qu'est un commun classique et pourquoi cette définition s'applique *a priori* mal aux communautés de création (I). Pour dépasser ce paradoxe, il est nécessaire de mieux « quali[er] des choses, la co-obligation entre les individus, la formation du collectif⁹ ». Autrement dit, il s'agira d'analyser les objectifs et les activités des projets et des participants (II) pour saisir ce qu'est la ressource rare et rivale, gérée par ces projets. En quoi peut-on, effectivement, parler de commun numérique de connaissance (III) ? Nous pourrions alors questionner la spécificité des communs de connaissance et de l'impact du numérique (IV). En conclusion, nous soulignerons que ces mécanismes de coordination (virtuels, ou plus exactement logiciels), en construisant la structure de gouvernance et les différents rôles, déterminent les frontières entre ceux qui, d'un côté, font partie du groupe et ceux qui, d'un autre côté, en sont exclus, définissant ainsi ce qu'est la « communauté »¹⁰.

LE COMMUN CLASSIQUE : LA GESTION PAR UN COLLECTIF DE PETITE TAILLE D'UNE RESSOURCE RARE ET RIVALE

Un commun est défini classiquement par des arrangements institutionnels (basés sur les usages, les coutumes, en plus du droit), des ressources physiques ou matérielles, qui peuvent être par exemple des logiciels ou des dispositifs techniques de surveillance dans le cas de communs numériques. Ceux-ci permettent de construire des mécanismes d'exclusion de l'accès et de l'exploitation d'une ressource rare, ou rivale¹¹. Le projet est d'avoir une exploitation durable de cette ressource, donc de gérer collectivement les prélèvements sur la ressource.

9. Voir le § 6 de VIBERT Stéphane, « L'institution de la communauté », *SociologieS*, Dossiers : Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?, 2016. DOI : 10.4000/sociologies.5683

10. Cette présentation s'appuie fortement sur la lecture des communs par WEINSTEIN Olivier, « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *op. cit.*

11. OSTROM Elinor, *Governing the Commons*, *op. cit.*

C'est en tant que modèle d'organisation que les communs suscitent tant de curiosité. Réussir à gérer collectivement une ressource est en effet remarquable, l'intérêt individuel pouvant aller à l'encontre de l'intérêt collectif. Si un niveau de consommation d'une ressource est décidé dans un groupe, que ce niveau est divisé par le nombre de membres du groupe et si, enfin, chacun des membres s'évertue à respecter ce niveau, alors la consommation collective est rendue soutenable. Cependant, une moindre augmentation individuelle de la consommation de la ressource peut avoir des conséquences collectives désastreuses.

Or, du point de vue individuel, il pourrait y avoir un intérêt à faire défaut à la règle qui en limite la consommation, dès lors qu'à court terme, l'individu gagnerait plus. La modélisation du dilemme du prisonnier illustre bien cette situation. Lorsque la règle est respectée par chacun, tous y gagnent ; mais si un seul ne respecte pas la règle, celui-ci peut gagner davantage encore, au détriment des autres... Ces individus sont qualifiés de « passagers clandestins ». Leur action déviante peut n'avoir qu'un faible impact sur les autres dès lors qu'ils sont très peu nombreux à la commettre (mais à long terme, cela peut néanmoins mettre en péril la ressource). Au contraire, si peu d'individus respectent la règle, ou si certains consomment beaucoup plus que ce qui est accepté, tout le monde est perdant à brève échéance (voir tableau 1).

Matrice de gain		Consommateur 1	
		Respecter le niveau de prélèvement	Prélever un peu plus
Consommateur 2	Respecter le niveau de prélèvement	3/3	2/4
	Prélever un peu plus	4/2	0/0

Tableau 1 – Un exemple du dilemme du prisonnier dans la consommation d'une ressource rivale

À partir de ces observations, Mancur Olson¹² a soutenu l'idée, premièrement, qu'il était extrêmement difficile pour un collectif de parvenir à gérer une ressource commune et, deuxièmement, qu'il fallait que les participants puissent se surveiller pour que la défection soit détectée et sanctionnée

12. OLSON Mancur, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

(si rapidement qu'elle en devient inefficace). Ce faisant, M. Olson affirme surtout le raisonnement suivant : plus le groupe est important, plus la défection est tentante, les individus étant moins facilement observables¹³.

Les travaux d'E. Ostrom ont montré qu'un groupe de taille réduite est tout à fait en mesure d'organiser des mécanismes de coopération et de régulation qui fonctionnent. L'analyse est cohérente avec l'argument développé par M. Olson, qui dénomme ces petits groupes les groupes « privilégiés ».

E. Ostrom a étudié les principes fondamentaux d'une telle régulation collective¹⁴, ce dont nous rendons compte à présent.

La majorité de la population est constituée de simples « utilisateurs » ayant le droit de profiter de l'existence de la ressource naturelle (par exemple se promener dans un parc, une forêt), mais pas de la consommer (couper du bois) ou de l'exploiter.

Ce privilège est réservé au groupe restreint, constitué des « consommateurs ». Surveiller l'application des droits et sanctionner sont des droits supplémentaires, qui ne sont accordés qu'à une sous-partie de ces consommateurs. L'articulation des droits et des pouvoirs qu'ont certains individus pour les faire respecter, ou « faisceaux de droits¹⁵ » (et de devoirs), organise ainsi la gouvernance du groupe des consommateurs¹⁶. Ces pouvoirs sont issus de la loi (par exemple, le droit de propriété), de l'usage, ou de la maîtrise de technologies (barrières, systèmes de surveillance).

Finalement, alors que le public des utilisateurs peut être flou, peu structuré et avoir des frontières poreuses ou indéfinies (par exemple, quiconque peut être autorisé à traverser un parc naturel ou une étendue maritime), les consommateurs sont eux strictement définis. Cet aspect serait plutôt

13. Plus grand est le groupe, plus coûteuse est son observation. L'impact d'une surconsommation, faible par rapport à la consommation totale, est aussi moins facile à détecter rapidement.

14. À propos des 8 principales « règles » de gestion des communs, voir OSTROM Elinor, « Design Principles and Threats to Sustainable Organizations that Manage Commons », Workshop in Political Theory and Policy Analysis, W99-6. Center for the Study of Institutions, Population, and Environmental Change. Indiana University, USA, 1999. [En ligne.] URL : hdl.handle.net/10535/5465

15. SCHLAGER Edella & OSTROM Elinor, « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », *Land economics*, vol. 68, n°3, 1992, p. 249-262. DOI : 10.2307/3146375

16. ORSI Fabienne, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, vol. 14, n°2, 2013. DOI : 10.4000/regulation.10471

caractéristique de ce qui est appelé une « communauté de chose » dans cet ouvrage. Cependant le problème va bien au-delà, car il ne s'agit pas seulement de gérer le partage d'une ressource ; encore faut-il aussi en gérer le renouvellement dans le temps. Certaines personnes n'accèdent qu'à la chose (les utilisateurs), alors que d'autres ont des intérêts sur la chose : elles peuvent en même temps l'exploiter (consommer la ressource rare) et la gérer. La « communauté », telle que définie par les éditrices de cet ouvrage, correspond à ce groupe de consommateurs, petit en taille.

Les pratiques collectives et volontaires de production de connaissance en ligne semblent échapper à cette caractérisation. Autant on comprend aisément pourquoi une ressource physique doit être préservée et pérennisée, autant cela reste plus délicat de le saisir concernant une connaissance qui a été « codifiée¹⁷ », qui peut être partagée sans rivalité. La technologie numérique rend, de plus, le coût de cette transmission ou diffusion faible. La non-exclusivité et la non-rivalité définissent ce que les économistes appellent un « bien public ». Ceci introduit toutefois une nouvelle difficulté pour les communautés de création. Dans la théorie économique classique, les utilisateurs du bien (public) n'ont pas d'incitation individuelle à participer à la production de ce bien. On se retrouve à nouveau dans une situation comparable à celle du dilemme du prisonnier, équivalente à la surexploitation, où peu vont produire de connaissance, attendant que d'autres fassent l'effort de cette production.

La réussite des « communautés de création » apparaît donc d'autant plus remarquable puisque les plus grands projets coordonnent des centaines (par exemple, Linux), voire des milliers de contributeurs (par exemple, Wikipédia). De plus, ces contributeurs ne sont pas nécessairement identifiés (ou seulement par un pseudonyme qui peut être changé). Ces groupes paraissent plus proches des groupes « latents » qui ont été décrits par M. Olson, c'est-à-dire des très grands groupes où l'action individuelle, notamment une défection, n'affecte pas suffisamment les autres membres d'un groupe pour les faire réagir. Si l'on doit bien admettre le succès, on ne saisit donc pas encore en quoi le scénario de ces projets correspondrait

17. Un travail de description (réalisé à l'écrit ou à l'oral) ou d'écriture, par exemple un code informatique, qui rend la connaissance « codifiée » transmissible, car accessible par d'autres, éventuellement de façon autonome.

à la définition classique d'un commun, c'est-à-dire un groupe restreint qui organiserait collectivement la régulation de la consommation d'une ressource rare, rivale.

Pour ce faire, il est nécessaire d'explicitier ce qui est régulé dans ces groupes.

RÉGULER LES CONTRIBUTIONS À DES PROJETS DE CONNAISSANCE

Les communautés de création ont pour objet d'organiser la production (plus précisément, la « codification ») d'éléments de connaissance articulés entre eux. Plus le stock de ces éléments grossit, plus il devient riche et intéressant pour les utilisateurs. Cet enrichissement se traduit par une augmentation du nombre de fonctionnalités pour un logiciel, davantage de domaines de connaissances couverts par une encyclopédie, plus de connaissances scientifiques diffusées.

Autrement dit, comme l'ont montré les travaux sur l'économie de la connaissance¹⁸, ce stock de connaissances doit sans cesse être actualisé, les besoins, les connaissances scientifiques ou les technologies évoluant. La production de nouvelles connaissances (ce que nous appelons le « flux ») doit en permanence améliorer, actualiser ou entretenir le « stock ».

L'économie de la connaissance est classiquement régulée par le droit de la propriété intellectuelle, qui octroie un droit de propriété aux producteurs du flux. Par ce droit, ces producteurs peuvent contrôler l'accès au stock et, au passage, se rémunérer en facturant cet accès. C'est parce qu'ils anticipent la rémunération qu'ils pourront tirer d'un péage sur l'accès au stock que les producteurs investissent dans la production du flux.

Cette considération nous permet de reformuler le défi des « communautés de création ». Pourquoi des contributeurs sont-ils prêts à travailler pour entretenir le flux de connaissances sans extraire une rémunération de l'accès ?

Des travaux de recherche ont montré, depuis une quinzaine d'années, l'existence de bénéfices à contribuer à la production du flux. Dans les projets de développement de logiciel, le défi intellectuel (résoudre un

18. FORAY Dominique, *The Economics of Knowledge*, New York, MIT Press, 2004.

problème complexe, se comparer à ses pairs) et le besoin de modifier un logiciel pour qu'il réponde à ses besoins propres expliquent la contribution¹⁹. Les motivations à contribuer à Wikipédia sont, en plus du défi intellectuel, d'avoir accès à des pairs pour approfondir ses connaissances, ou la possibilité de voir ses productions exposées sur une plateforme populaire²⁰. Dans les forums en ligne, ce sont par exemple l'accès à de l'expertise qui incite à poser des questions, l'utilisation d'une plateforme comme lieu de structuration de ses connaissances. S'y ajoute parfois l'idée d'être visible dans une arène, ce qui n'est pas sans lien avec un marché professionnel potentiel (une communauté de pratiques professionnelles)²¹.

Finalement, il ressort que pour les participants les plus actifs et les plus anciens (particulièrement ceux qui assurent des tâches de régulation des contributions), l'attachement au projet²² et les interactions sociales²³ sont au cœur de la motivation à contribuer.

19. HERTEL Guido, NIEDNER Sven & HERRMANN Stefanie, « Motivation of software developers in Open Source projects: an Internet-based survey of contributors to the Linux kernel », *Research Policy*, vol. 32, n°7, 2003, p. 1159-1177. DOI : 10.1016/S0048-7333(03)00047-7 ; SHAH Sonali K., « Motivation, Governance, and the Viability of Hybrid Forms in Open Source Software Development », *Management Science*, vol. 52, n°2, 2006, p. 1000-1014. DOI : 10.1287/mnsc.1060.0553
20. FORTE Andrea & BRUCKMAN Amy, « Why do People Write for Wikipedia? Incentives to Contribute to Open-Content Publishing », *Proceedings of 41st Annual Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS)*, 2008, p. 1-11. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : andreaforte.net/ForteBruckmanWhyPeopleWrite.pdf ; KAMATA M. *et al.*, « Web Community Contributor's Motivation: Japanese Wikipedia Case Study », *Proceedings of the IADIS International Conference Collaborative Technologies 2010, Proceedings of the IADIS International Conference Web Based Communities 2010, Part of the IADIS Multi Conference on Computer Science and Information Systems 2010*, 2010, p. 2933.
21. BATEMAN Patrick J., GRAY Peter H. & BUTLER Brian S., « Research Note - The Impact of Community Commitment on Participation in Online Communities », *Information Systems Research*, vol. 22, n°4, 2011, p. 841-854. DOI : 10.1287/isre.1090.0265 ; JULLIEN Nicolas, ROUDAUT Karine & LE SQUIN Sandrine, « L'engagement dans des collectifs de production de connaissance en ligne. Le cas GeoRezo », *Revue française de socio-économie*, vol. 8, n°2, 2011, p. 59-83. DOI : 10.3917/rfse.008.0059
22. JULLIEN Nicolas, ROUDAUT Karine & LE SQUIN Sandrine, « L'engagement dans des collectifs de production de connaissance en ligne. Le cas GeoRezo », *op. cit.* ; CROWSTON Kevin & FAGNOT Isabelle, « Stages of Motivation for Contributing User-Generated Content: A Theory and Empirical Test », *International Journal of Human-Computer Studies*, vol. 109, 2018, p. 89-101. DOI : 10.1016/j.ijhcs.2017.08.005
23. BUTLER Brian *et al.*, « Community Effort in Online Groups: Who Does The Work and Why? », in Suzanne P. Weisband (dir.), *Leadership at a distance: Research in Technologically Supported Work*. New York, Psychology Press, 2007, p. 171-194. DOI : 10.4324/9780203809686

Autrement dit, en reprenant le modèle d'Edward Deci et Richard Ryan²⁴, des motivations intrinsèques (être efficace dans ces tâches, faire des choses stimulantes, être reconnu par ses pairs) suffisent à expliquer la contribution, même si les motivations peuvent différer selon les tâches. Les contributeurs réguliers ont, toutefois un profil particulier²⁵, différent de celui des contributeurs intermittents et des simples utilisateurs. Pour contribuer, certaines compétences spécifiques sont nécessaires : des compétences techniques, ainsi que la capacité à produire une connaissance et à la formaliser, à connaître les « codes » de fonctionnement du projet²⁶).

Admettons qu'un projet qui débute peut rencontrer la difficulté à attirer des contributeurs. Les projets qui ont du succès peuvent, eux, au contraire, avoir des difficultés à gérer les contributeurs plus nombreux, qui proposent un contenu non aligné avec l'esprit du projet et n'en respectent pas les « règles ». Il devient alors utile et inévitable d'arbitrer entre des intérêts individuels parfois contradictoires²⁷. Ainsi, l'histoire de Wikipédia décrit un accroissement des règles et des critères spécifiant ce qu'est une « bonne contribution²⁸ ». On remarque aussi que toutes les « communautés de création » étudiées ont des systèmes (règles, outils techniques, etc.) pour réguler la contribution²⁹.

24. DECI Edward L. & RYAN Richard M. (dir.), *Handbook of self-determination research*, Rochester, University of Rochester Press, 2002.

25. DEJEAN Sylvain & JULLIEN Nicolas, « Big from the Beginning. Assessing Online Contributors' Behavior by Their First Contribution », *Research Policy*, vol. 44, n°6, 2015, p. 1226-1239. DOI : 10.1016/j.respol.2015.03.001 ; CROWSTON Kevin & FAGNOT Isabelle, « Stages of Motivation for Contributing User-Generated Content: A Theory and Empirical Test », *op. cit.*

26. Pour le logiciel libre, voir STEINMACHER Igor, UCHÔA CONTE Tayana & REDMILES David F., « Social Barriers Faced by Newcomers Placing Their First Contribution in Open Source Software Projects », in Association for Computing Machinery, *Proceedings of the 18th ACM conference on Computer supported cooperative work & social computing*, Vancouver, Canada, 2015, p. 1379-1392 ; Sylvain & JULLIEN Nicolas, « Big from the Beginning. Assessing Online Contributors' Behavior by Their First Contribution », *op. cit.*

27. GREENSTEIN Shane, GU Yuan et ZHU Feng, *Ideological Segregation among Online Collaborators: Evidence from Wikipedians*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 2274, 2016. DOI : 10.3386/w22744

28. BUTLER Brian, JOYCE Elisabeth & PIKE Jacqueline, « Don't Look Now, But We've Created a Bureaucracy: The Nature and Roles of Policies and Rules in Wikipedia », *Proceeding of the twenty-sixth annual SIGCHI conference on Human factors in computing systems*, Association for Computing Machinery, New York, 2008, p. 1101-1110.

29. HALFACKER Aaron *et al.*, « The Rise and Decline of an Open Collaboration System How Wikipedia's Reaction to Popularity Is Causing Its Decline », *American Behavioral Scientist*, vol. 57, n°5, 2013,

En résumé, le problème n'est donc pas tant l'incitation à contribuer qu'à « bien contribuer ». Le passager clandestin n'est pas en ce sens celui qui ne contribue pas, mais celui qui, en n'agissant que dans son intérêt propre (par exemple, chercher à tout prix à imposer sa vision de la connaissance), nuit à l'intérêt collectif qui est de proposer un stock de connaissance « cohérent ». Il faut s'accorder sur ce qui est publié et ce qui ne peut pas l'être (parce que contraire aux règles ou à l'esprit du projet). Il faut aussi surveiller et rectifier les contributions volontaires ou involontaires, contraires à cet esprit. Tout cela est coûteux en temps de surveillance, en gestion des controverses, mais nécessaire.

Autrement dit, c'est précisément cet acte de contribuer qui correspond à la consommation de ressources rares qu'il faut donc réguler, et cela implique que la contribution devient une ressource rare et rivale, pour les contributeurs.

LE COMMUN DES COMMUNAUTÉS DE CRÉATION : LA CONTRIBUTION

À l'instar de Wikipédia, nous comprenons que l'accès à l'écriture d'un article (puis à l'exposition de son travail) et l'accès au groupe de pairs (à l'interaction qui produit l'apprentissage) sont deux ressources rares et rivales³⁰. Une expression célèbre dans l'économie des plateformes permet de l'explicitier simplement : à chaque instant, le temps de cerveau disponible des pairs n'est pas extensible. Dans les forums, les questions doivent être régulées. De cette façon, les « experts » peuvent se concentrer sur celles qui n'ont jusqu'alors pas trouvé de réponse et/ou qui présentent un défi intellectuel plus important. Un thème ou un nom d'article dans Wikipédia, un package ou la mise en forme d'un logiciel dans Debian, sont uniques. Effectivement, il n'y a par exemple qu'un article pour le titre « Seconde Guerre mondiale » dans Wikipédia, même s'il renvoie vers

p. 664-688. DOI : 10.1177/0002764212469365 ; STEINMACHER Igor, UCHÔA CONTE Tayana & REDMILES David F., « Social Barriers Faced by Newcomers Placing Their First Contribution in Open Source Software Projects », *op. cit.* ; CARILLO Kevin, HUFF Sid & CHAWNER Brenda, « What Makes a Good Contributor? Understanding Contributor Behavior within Large Free/Open Source Software Projects—A Socialization Perspective », *The Journal of Strategic Information Systems*, vol. 26, n°4, 2017, p. 322-359. DOI : 10.1016/j.jsis.2017.03.001

30. JULLIEN Nicolas & ROUDAUT Karine, « Commun numérique de connaissance : définition et conditions d'existence », *Innovations*, vol. 3, n°63, 2020, p. 69-93. DOI : 10.3917/inno.063.0069

d'autres articles plus spécialisés sur le domaine, tout comme il n'existe qu'un « package Firefox » dans Debian.

Les revues scientifiques sont un autre exemple permettant d'explicitier la question de l'accès à la ressource rare. Une revue ne produit qu'un certain nombre d'articles par an, notamment parce que la ressource des pairs, les évaluateurs, est rare. Si l'on veut que son article soit retenu, discuté et amélioré, il est nécessaire de pouvoir accéder à cette ressource. Il apparaît indispensable de proposer un angle nouveau, une enquête qui produit des résultats inédits, ou un apport qui complète un savoir ou contribue à améliorer ce qui existe déjà dans le cadre de la revue en question, qui définit un projet scientifique, caractérisant une communauté de création.

Plusieurs « communautés de création » peuvent avoir le même but (différentes revues abordant le même « champ scientifique » ou domaine de connaissances) ; l'accès à la ressource rare que sont par exemple les évaluateurs d'articles peut alors devenir plus ou moins concurrentiel. Les revues les plus connues ont vraisemblablement moins de difficultés pour trouver des candidats. Mais plus la revue rend visible la production scientifique, plus elle rend aussi la contribution à cette « communauté de création » intéressante, et plus il y a un flux de contributions conséquent à gérer. Ceci renforce également l'intérêt de l'accès aux positions de contrôle de la ressource rivale, c'est-à-dire accéder à un des comités de la revue, éditoriaux ou de rédaction par exemple, obtenir la responsabilité d'une rubrique, etc. Le besoin de régulation de ces accès s'en trouve, par conséquent, accru.

La régulation de l'accès à ces ressources est bien au centre du fonctionnement de ces collectifs de production, de la « structure de gouvernance qui permet d'assurer la reproduction à long terme de la ressource et de la communauté qui la gouverne », pour reprendre les mots de Benjamin Coriat³¹. Du point de vue du projet, il s'agit de réguler les intérêts individuels basés sur des motivations intrinsèques pour leur faire accepter ses obligations, ses règles collectives³².

31. CORIAT Benjamin, « Le retour des communs », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, vol. 14, n°2, 2013. DOI : 10.4000/regulation.10463

32. DANG NGUYEN Godefroy, DEJEAN Sylvain & JULLIEN Nicolas, « Do Open Online Projects Create Social Norms? », *Journal of Institutional Economics*, vol. 14, n°1, 2018, p. 45-70. DOI : 10.1017/S1744137417000182

Pour résumer, l'activité dans la production d'un commun de connaissance, telle une revue scientifique, consiste à produire un corpus commun partagé (le stock), où chaque acteur-membre essaie de mettre en avant une vision de la connaissance, en soumettant une codification de celui-ci (la contribution, le flux de connaissance) ; le projet doit coordonner, filtrer, réguler ces contributions.

Les utilisateurs sont ceux qui accèdent seulement au stock de connaissances (ce qu'Ostrom appelle « le droit de profiter des bénéfices non-soustractifs » du commun³³. Garantir cet accès peut être coûteux ou nécessiter des régulations, pour des questions de congestion (il faut financer sa mise à disposition, les serveurs et les accès Internet), ou de coûts de diffusion (l'impression des revues en format papier). Il existe différents modèles de financement (pensons de nouveau aux revues scientifiques), qui assurent plus ou moins un accès à tous au stock. Mais il n'y a pas de sélection de ces utilisateurs.

Les consommateurs sont quant à eux les « contributeurs » : ils ont le droit de participer à la production du flux de connaissance et d'accéder à différentes ressources rares (par exemple, les espaces de publication, les retours de pairs), dont les contributions sont régulées. Comme dans un commun classique, il y a différents types de « consommateurs » qui ont différents pouvoirs sur ces ressources. Dans ce contexte des « communautés de création », les pouvoirs sont également issus de la loi (le droit de propriété intellectuelle), de l'usage ou de la maîtrise de technologies numériques : la plateforme qui gère les contributions, donc le système d'édition (le logiciel MediaWiki pour Wikipédia, par exemple, la plateforme GitHub pour bon nombre de projets de logiciels libres), mais aussi des outils de surveillance des contributeurs³⁴, comme les algorithmes d'analyse automatique des contributions³⁵. Ces règles et ces outils construisent des rôles hiérarchisés (voir tableau 2³⁶).

33. OSTROM Elinor, « How Types of Goods and Property Rights Jointly Affect Collective Action », *Journal of theoretical politics*, vol. 15, n°3, 2003, p. 239-270. DOI : 10.1177/0951692803015003002

34. Voir CARDON Dominique & LEVREL Julien, « La vigilance participative. Une interprétation de la gouvernance de Wikipédia », *Réseaux*, vol. 2, n°154, 2009, p. 51-89. DOI : 10.3917/res.154.0051

35. GEIGER R. Stuart, « Bots, Bespoke, Code and The Materiality of Software Platforms », *Information, Communication & Society*, vol. 17, n°3, 2014, p. 342-356. DOI : 10.1080/1369118X.2013.873069

36. Adapté de JULLIEN Nicolas & ROUDAUT Karine, « Commun numérique de connaissance : définition et conditions d'existence », *op. cit.*

	Propriétaire	Responsable Projet/ Administrateur	Modérateur/ Responsable article/ Responsable package	Contributeur	Utilisateur
Capacité, droit de :	Accès au stock de connaissance	X	X	X	X
	Accès au dispositif de production	X	X	X	
	Gestion des contribution	X	X		
	Exclusion de contributeurs	X			
	Aliénation (code, marque, serveur, etc.)	X			

Tableau 2 – Faisceaux de droits associés avec la position (le rôle), dans le cas des projets collectifs numériques

Les communs de connaissance ne remettent donc pas en cause la définition classique des communs, celle d'Ostrom, ou d'acteurs revendiquant le modèle des communs : « Les biens communs, ou tout simplement communs, sont des ressources gérées collectivement par une communauté. [C]elle-ci établit des règles et une gouvernance dans le but de préserver et pérenniser ces ressources³⁷. »

Cette définition est souvent reprise par des chercheurs³⁸, notamment par les éditrices de cette encyclopédie. La régulation dont il est question ici ne porte plus sur celle de l'accès à un droit de prélèvement (comme pour les communs « physiques » ou de la nature) mais sur un droit de « publicisation » et/ou de sollicitation (d'un espace de publication, d'un pair...), passant ainsi d'un droit de contrôle sur ceux qui prélèvent à un contrôle sur ceux qui sollicitent. Ce déplacement, auquel s'ajoutent les spécificités du numérique, explique pourquoi les communautés de création ont été capables de dépasser les difficultés des « groupes latents » relevées par Olson.

LES SPÉCIFICITÉS DES COMMUNS NUMÉRIQUES DE CONTRIBUTION EN CONNAISSANCE

Il est sans doute plus facile d'initier de tels projets que des projets de communs classiques, pour deux raisons : leur aspect cumulatif, incrémental³⁹, et la plus grande facilité à atteindre des personnes très intéressées par le projet, grâce à Internet⁴⁰.

37. Définition issue du « Portail des communs », porté par « un collectif d'acteurs de l'économie des biens communs », mais qu'on retrouve, avec quelques nuances chez d'autres collectifs, comme la Coop des communs. Nous précisons simplement que ces sont des ressources « rivales », ce qui est sous-entendu par les termes « préservation » et surtout « pérennisation », mais pas explicitement mentionné.

38. BOLLIER David & HELFRICH Silke (dir.), *The Wealth of the Commons: A World beyond Market and State*. Amherst, Leveller Press, 2012, p. 462 ; CORIAT Benjamin, « Le retour des communs », *op. cit* ; ZIMMERMANN, . *Wikipédia* Paris, 2020,

39. MARWELL Gerald & OLIVER Pamela, *The Critical Mass in Collective Action: A Micro-Social Theory*. Cambridge, Cambridge University Press, 1993. DOI : 10.1017/CBO9780511663765

40. VAN ALSTYNE Marshall & BRYNJOLFSSON Erik, « Electronic Communities: Global Village or Cyberbalkanization? », *ICIS 1996 Proceedings*, Cleveland, Ohio, 1996. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : aisel.aisnet.org/icis1996/5/

Chaque incrément de Wikipédia, ou d'un forum (article, couple question-réponse), chaque article scientifique a une valeur en soi. Il n'y a pas d'impératif à atteindre un certain niveau de réalisation. Il n'est donc pas nécessaire de convaincre *a priori* un certain nombre de contributeurs, ni de réunir une certaine somme d'argent, ni d'attendre que la réalisation soit finalisée (commun un pont, par exemple). À partir du moment où existe la plateforme qui permet la contribution, le projet peut être initié par les plus intéressés au projet. Par sa croissance, le projet gagne en intérêt pour de nouveaux contributeurs, générant ainsi un effet de rendement croissant d'adoption. La situation est un peu différente pour le logiciel, qui réclame un niveau minimal requis de fonctionnalités pour être utilisable. Mais, comme l'ont montré des travaux de recherche, les utilisateurs-développeurs à l'initiative des projets de logiciels libres sont justement prêts à collaborer pour développer un nouveau produit, mieux adapté à leurs besoins⁴¹.

La création d'espaces d'échanges spécialisés sur Internet, favorise l'émergence de tels projets. Il apparaît plus aisé d'atteindre un groupe de potentiels contributeurs intéressés par le projet d'une plateforme, comme a pu le faire Linus Torvalds en initiant Linux et en recrutant des contributeurs dans une liste du forum Usenet. En contrepartie, il peut s'avérer difficile de convaincre de nouveaux contributeurs au-delà du noyau des premiers contributeurs ; ces derniers peuvent avoir du mal à adapter leurs préférences et leurs pratiques à ces nouveaux contributeurs potentiels. Par ailleurs, il peut exister une concurrence entre différents projets similaires sur les objectifs poursuivis, comme dans une économie des plateformes classique. Si le projet arrive à attirer ces premiers « adopteurs », et toujours en suivant le modèle de Marwell et Oliver, il entre dans une phase d'expansion, qui requiert de mettre en place une organisation de régulation. La nature incrémentale et modulaire de la production permet aussi de segmenter le projet général en différents sous-projets (différents articles, différents portails, différents fichiers logiciels, différents forums de

41. VON HIPPEL Eric & VON KROGH George, « Open Source Software and the "Private-Collective" Innovation Model: Issues for Organization Science », *Organization Science*, vol. 14, n°2, 2003, p. 209-223. DOI : 10.1287/orsc.14.2.209.14992 ; JULLIEN Nicolas & VISEUR Robert, « Les stratégies open-sources selon le paradigme des modèles économiques », *Système d'information et management*, vol. 26, n°3, 2021, p. 67-103 DOI : 10.3917/sim.213.0067

discussion, etc.). Une « architecture de participation » se construit, ce qui facilite l'entrée de nouveaux contributeurs. Chaque nouveau contributeur peut se concentrer sur la partie spécifique qui l'intéresse. La régulation se fait d'abord dans ces espaces de contribution, au plus près de la tâche. Les contributeurs ont aussi tendance à se spécialiser sur des tâches, des rôles qui les intéressent et qui amènent à des positions différenciées dans le projet. Discuter de la tâche peut amener à discuter des règles la régulant, et plus largement du projet, faisant ainsi progresser sa vision de la contribution, et par extension du projet global. Les contributeurs les plus investis – les méta-contributeurs – passent beaucoup plus de temps à gérer le projet, négocier et surveiller qu'à contribuer en connaissance. Il existe une « carrière » dans la contribution au sein des communautés de création. Les carrières d'entrée impliquent de faire ses preuves dans la tâche d'édition⁴². Cette dernière ne se réduit pas à l'apport en connaissance, elle inclut la capacité de négocier la co-construction de cette connaissance avec des participants expérimentés, tels que des méta-contributeurs⁴³. La contribution est donc soumise à des conditions. Pouvoir prendre des responsabilités de contrôle implique d'obtenir des droits supérieurs au droit simple de contribuer, ce qui s'acquiert d'abord dans l'accomplissement de ces tâches.

Le numérique favorise la régulation *a posteriori* de la consommation de la ressource rare. D'abord, il faut contribuer, pour, ensuite, être évalué, avoir un retour des pairs. Dans les communs de gestion de ressources naturelles, les individus ayant le droit de consommer la ressource sont, au contraire, sélectionnés en amont. Ni les règles ni les espaces de négociation ne sont d'emblée perçus par les individus⁴⁴, entre autres parce qu'il n'y a pas

42. SINGHAL SINHA Vibha, MANI Senthil & SINHA Saurabh, « Entering the Circle of Trust: Developer Initiation as Committers in Open-Source Projects », *Proceedings of the 8th Working Conference on Mining Software Repositories*, Honolulu, Hawaï, 2011, p. 133-142. DOI : 10.1145/1985441.1985462

43. DUCHENEAUT Nicolas, « Socialization in an Open Source Software Community: A Socio-Technical Analysis », *op. cit.* ; BURKE Moira & KRAUT Robert, « Taking Up The Mop: Identifying Future Wikipedia Administrators », *Conference on Human Factors in Computing Systems - Proceedings*, Florence, Italie, 2008, p. 3441-3446. DOI : 10.1145/1358628.1358871

44. HALFACKER Aaron, KITUR Aniket & RIEDL John, « Don't Bite the Newbies: How Reverts Affect the Quantity and Quality of Wikipedia Work », *Proceedings of the 7th International Symposium on Wikis and Open Collaboration*. WikiSym'11. Mountain View, Californie. DOI : 10.1145/2038558.2038585

d'accompagnement humain aux premières contributions. Dans le numérique, grâce au développement d'outils algorithmiques d'analyse des contributions et à une infrastructure de gestion des collaborations⁴⁵, la surveillance des contributions et la coordination des différents sous-projets sont fortement automatisées. Cela peut rendre difficile d'obtenir le statut de consommateurs, car réussir une contribution demande un fort investissement.

Cette régulation par les règles, gérée de façon plus ou moins automatique par des intelligences artificielles (bots), offre la possibilité d'apprendre ces règles, qui sont explicitées et peuvent être testées plusieurs fois (essai-erreur). L'apprentissage est donc possible et personne n'est exclu *a priori* de ce rôle. Pour cette raison, la production de connaissance en ligne pourrait être plus accueillante à la diversité des profils que d'autres projets de communs, où les contributeurs sont sélectionnés *a priori*⁴⁶, mais au prix d'un effort important pour devenir contributeur.

CONCLUSION : RÉGULATION ET COMMUNAUTÉ

La gouvernance des communautés de création est donc, comme tout autre commun, basée sur différents espaces hiérarchiques, régis par des règles de fonctionnement, des conventions différentes, qui permettent de réguler les différents objectifs du projet et des sous-groupes. On peut parler de différentes « cités », au sens de l'économie de la grandeur de Luc Boltanski et Laurent Thévenot⁴⁷.

Igor Syeinmacher *et al.* (2015). « Social barriers faced by newcomers placing their first contribution in open source software projects, *Proceedings of the 18th ACM conference on Computer supported cooperative work & social computing*, Vancouver, Canada, 2015, p. 1379-1392.

45. DE SOUZA Cleidson R. B., REDMILES David et DOURISH Paul, « "Breaking the Code", Moving Between Private and Public Work in Collaborative Software Development », *Proceedings of the 2003 International ACM SIGGROUP conference on Supporting group work*, Sanibel Island, Floride, 2003, p. 105-114. DOI : 10.1145/958160.958177 ; GEIGER R. Stuart, « Bots, Bespoke, Code and The Materiality of Software Platforms », *op. cit*

46. C'est également le cas des projets de production de connaissance plus classiques, où le statut joue un grand rôle dans le droit de produire. Voir notamment les travaux sur les communautés épistémiques de COHENDET Patrick, CRÉPLET Frédéric & DUPOUËT Olivier, « Innovation organisationnelle, communautés de pratique et communautés épistémiques: le cas de Linux », *Revue française de gestion*, vol. 5, n° 146, 2003, p. 99-121. DOI : 10.3166/rfg.146.99-121.

47. BOLTANSKI LUC & THÉVENOT Laurent, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991. On trouvera une rapide présentation du concept et des différentes « cités » ici : fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89conomies_de_la_grandeur

Le contrôle et la sélection des contributions (de la partie « production » du projet) sont basés sur les principes de la cité industrielle (l'efficacité, la science), donc selon leur respect des règles (de fond et de forme). Le contrôle est procédural⁴⁸ et la supervision « panoptique »⁴⁹, ce qui est fortement favorisé par le numérique qui permet de développer des outils automatiques. Ce fonctionnement n'est pas très différent de celui des plateformes privées⁵⁰. Les personnes qui deviennent consommatrices (les contributeurs) sont celles qui ont fait l'effort individuel d'apprendre et d'intégrer ces usages, ces règles, ces normes du projet⁵¹. Néanmoins, le contrôle est toujours contestable via des espaces de discussion, en particulier si la règle a été mal appliquée ou dans le cas d'un conflit de règle. Là encore, c'est au contributeur de prouver sa bonne foi, de négocier la règle dans le cadre de la « cité de projet ». Des discussions de coordination sur des tâches de production (entre auteurs d'un article, contributeurs à un logiciel) peuvent, elles aussi, déboucher, à l'occasion, sur des discussions plus générales sur le projet global. Ce n'est cependant pas récurrent⁵²; les méta-contributeurs discutent entre eux des règles du projet, dans des espaces qui leur sont dédiés (Le Bistrot, par exemple, pour Wikipédia, ou les listes de discussion des contributeurs dans un projet de logiciel libre). Ces espaces ne sont pas forcément connus des simples contributeurs⁵³; ils sont plus ou moins ouverts. Dans certains projets, l'accès ne se fait que par invitation. Dans tous les cas, seuls ceux qui ont démontré leur capacité à contribuer et attesté leur intérêt pour le projet, prêts à garantir l'intérêt commun, ne sont écoutés ou acceptés. Ces rôles de méta-contributeur,

48. CARDON Dominique & LEVREL Julien, « La vigilance participative. Une interprétation de la gouvernance de Wikipédia », *op. cit.*

49. Au sens de FOUCAULT Michel, « The Subject and Power », *Critical Inquiry*, vol. 8, n°4, 1982, p. 777-795. DOI : 10.1086/448181

50. Pour une étude de la régulation dans ces plateformes : GEGENHUBER Thomas, ELLMER Markus & SCHÜSSLER Elke, « Microphones, not Megaphones: Functional Crowdsworker Voice Regimes on Digital Work Platforms », *Human Relations*, vol. 74, n°9, 2020. DOI : 10.1177/0018726720915761

51. DANG NGUYEN Godefroy, DEJEAN Sylvain & JULLIEN Nicolas, « Do Open Online Projects Create Social Norms? », *op. cit.*

52. BIRD Christian *et al.* « Latent Social Structure in Open Source Projects », *Proceedings of the 16th International Symposium on Foundations of software engineering (SIGSOFT)*, Atlanta, Georgie, 2008, p. 24-35 ; PANCIERA Katherine, HALFAKER Aaron & TERVEEN Loren, « Wikipedians Are Born, Not Made: A Study of Power Editors on Wikipedia », *Proceedings of the ACM 2009 international conference on Supporting group work*. GROUP '09. Sanibel Island, Florida, 2009, p. 51-60.

53. *Ibid.*

de « policy-maker » dirait Ostrom, ou de « commoners⁵⁴ » sont conquis et accordés à partir des actions des personnes. Elles sont toujours contestables, à condition de connaître les espaces de discussion respectifs, ou ceux du projet en général. Ces espaces sont gérés comme des « cités de projet ». Leur but est de proposer des idées pour développer le projet, faire évoluer ses règles. Ces espaces sont aussi des lieux de reconnaissance de la créativité ou de la capacité à organiser le collectif via des discussions. Ici, il n'est plus question de contrôle à proprement parler ou du « pouvoir sur » de Gilles Deleuze⁵⁵. S'appuyant sur les travaux de Mary Parker Follett⁵⁶, Arne Carlsen *et al.*⁵⁷ parlent d'activités de « pouvoir avec ». Cette spécification constitue une différence majeure avec les plateformes privées, dont les propriétaires décident seuls des règles de fonctionnement.

Comme souligné par M. P. Follett, ces activités de « pouvoir avec » développent les sentiments d'appartenance au projet et au groupe⁵⁸. Les participants à la cité de projet forment ainsi une « communauté », c'est-à-dire un groupe fermé en interaction avec l'extérieur, avec une frontière entre ceux qui participent et y sont reconnus (les contributeurs), et les autres⁵⁹, c'est-à-dire les simples utilisateurs. Cette communauté choisie, par les nouveaux qui ont fait l'effort d'être acceptés, et par les anciens qui les ont acceptés. Ses frontières sont poreuses, sinon la communauté disparaît à plus ou moins court terme ; ceux appartenant à la communauté sont capables d'identifier si un contributeur a ou non mérité sa place. Ce groupe qui discute de l'intérêt commun est aussi, de notre point de vue, la communauté telle que définie dans cette encyclopédie.

54. CORIAT Benjamin, « Le retour des communs », *op. cit.*

55. DELEUZE Gilles, *Foucault*. Paris, Éditions de Minuit, 1986, p. 144.

56. PARKER FOLLETT Mary, « Community is a Process », *The Philosophical Review*, vol. 28, n°6, 1919, p. 576-588. DOI : 10.2307/2178307

57. CARLSEN Arne *et al.*, « From Ideas of Power to the Powering of Ideas in Organizations: Reflections from Follett and Foucault », *European Management Journal*, vol. 38, n°6, 2020, p. 829-835. DOI : 10.1016/j.emj.2020.03.006

58. JULLIEN Nicolas, ROUDAUT Karine & LE SQUIN Sandrine, « L'engagement dans des collectifs de production de connaissance en ligne. Le cas GeoRezo », *op. cit.* ; CROWSTON Kevin & FAGNOT Isabelle, « Stages of Motivation for Contributing User-Generated Content: A Theory and Empirical Test », *op. cit.*

59. BOWLES Samuel & GINTIS Herbert, « Social Capital and Community Governance », *The Economic Journal*, vol. 112, n°483, 2002, p. 112.483, F419-F436. [En ligne.] URL : www.jstor.org/stable/798455

Bibliographie indicative

FORAY Dominique, *The Economics of Knowledge*, New York, MIT Press, 2004.

JULLIEN Nicolas & ROUDAUT Karine, « Commun numérique de connaissance : définition et conditions d'existence », *Innovations*, vol. 3, n°63, 2020, p. 69-93. DOI : 10.3917/inno.063.0069

LAVAL Christian, « “Commun” et “communauté” : un essai de clarification sociologique », *SociologieS*, Dossiers : Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?, 2016. DOI : 10.4000/sociologies.5677

OSTROM Elinor, « How Types of Goods and Property Rights Jointly Affect Collective Action », *Journal of theoretical politics*, vol. 15, n°3, 2003, p. 239-270. DOI : 10.1177/0951692803015003002

—, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

SCHLAGER Edella & OSTROM Elinor, « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », *Land economics*, vol. 68, n°3, 1992, p. 249-262. DOI : 10.2307/3146375

WEINSTEIN Olivier, « Comment comprendre les “communs” : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, vol. 14, n°2, 2013. DOI : 10.4000/regulation.10452

Quand les communautés de pratique deviennent des entrepreneurs institutionnels favorisant l'innovation au sein des territoires

Luciana CASTRO GONÇALVES

Professeure Associée HDR, ESIEE Paris,
IRG/Université Gustave Eiffel, France

Tatiane B. C. Guimarães

Professeure Assistante, Centro Universitário Unibh /
Centro Universitário Newton Paiva, Brésil

Liliana MITKOVA

Professeure des Universités, Université Paris-Saclay-Évry, France

L'objectif de cette contribution est de discuter les critères comportementaux d'une communauté de pratique (CoP) qui devient un entrepreneur institutionnel favorisant l'innovation au sein d'un territoire. Les autrices apportent un regard approfondi, de nature longitudinale, sur les modes d'influence de ce type d'institution informelle face aux institutions formelles présentes dans ce territoire. L'étude d'une CoP de startups, située dans la ville de Belo Horizonte, au Brésil, met en lumière sa logique institutionnelle qui désigne des critères communautaires spécifiques. Les résultats de la recherche montrent comment le pouvoir de cette logique institutionnelle se déploie, notamment quand elle se considère menacée par des institutions formelles du territoire pour mettre en œuvre leurs dynamiques d'innovation. Les comportements institutionnels identifiés de cette CoP transforment progressivement l'écosystème d'innovation de la ville.

Mots clés : Communauté de pratique, Écosystème local d'innovation, Entrepreneur institutionnel, Territoire

Cette contribution s'appuie sur les recherches en sciences de gestion et plus particulièrement en management de l'innovation. Nous partons de la notion d'écosystème local d'innovation pour mettre en lumière une

communauté de pratique qui, en évoluant, devient un entrepreneur institutionnel à part entière sur le territoire.

Un écosystème local d'innovation regroupe différents acteurs portant des logiques et des discours différents au sein d'un territoire donné et visant le développement de l'innovation¹. L'hétérogénéité institutionnelle peut complexifier, certes, les relations au sein de l'écosystème, mais elle apporte des externalités positives, par l'accès à des connaissances et des ressources nouvelles et, aussi, par un effet d'apprentissage qui apporte de la valeur dans le processus d'innovation. Cette hétérogénéité peut cependant être source de tensions et de conflits quand il s'agit de fédérer des logiques différentes, quelques fois opposées².

Ici se pose la question de comment fédérer ces logiques disparates, afin de rendre possible la collaboration entre les différentes entités impliquées. La théorie néo-institutionnelle peut fournir une perspective théorique intéressante, à travers laquelle les chercheurs peuvent identifier et examiner le rôle des pouvoirs publics³ et d'autres acteurs, les dispositifs alternatifs de soutien⁴ et l'environnement institutionnel⁵. Dans ce contexte, le concept d'entrepreneuriat institutionnel⁶ émerge, pour aider à comprendre comment de nouvelles institutions, capables de gérer des conflits, sont créées et peuvent évoluer. Peu d'études jusqu'à présent ont illustré empiriquement le comportement d'« entrepreneurs institutionnels collectifs » dans la transformation des arrangements institutionnels dominants⁷.

1. ADNER Ron & KAPOOR Rahul, « Value Creation in Innovation Ecosystems: How The Structure of Technological Interdependence Affects Firm Performance in New Technology Generations », *Strategic Management Journal*, 31(3), 2010, p. 306-333. URL : www.jstor.org/stable/40587479
2. ZILBER Tammar B., « Institutionalization as an Interplay between Actions Meanings, and Actors: The Case of a Rape Crisis Center in Israel », *Academy of Management Journal*, vol. 45, n°1, 2002, p. 234-254. DOI : 10.2307/3069294
3. BRUTON Garry D., AHLSTROM David & PUKY Tomas, « Institutional Differences and The Development of Entrepreneurial Ventures: A Comparison of The Venture Capital Industries in Latin America and Asia », *Journal of International Business Studies*, vol. 40, n°5, 2009, p. 762-778. DOI : 10.1057/jibs.2009.3
4. PENG Mike W., « How Entrepreneurs Create Wealth in Transition Economies », in Hayang Li (dir.), *Growth of New Technology Ventures in China's Emerging Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, p. 87-111.
5. BAUMOL William J., LITAN Robert E. & SCHRAMM Carl J., *Good Capitalism, Bad Capitalism, and The Economics of Growth and Prosperity*, New Haven, Yale University Press, 2009.
6. DiMAGGIO Paul, « Interest and Agency in Institutional Theory », in Lynne Zucker (dir.), *Institutional Patterns and Organizations Culture and Environment*, Cambridge (MA), Ballinger, 1988, p. 3-21.
7. JOLLY Suyash & RAVEN Rob P. J. M., « Collective Institutional Entrepreneurship and Contestations in Wind Energy in India », *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 42, 2015, p. 999-1011. DOI : 10.1016/j.rser.2014.10.039

Dans cette recherche, nous nous intéressons particulièrement à ces transformations dans des écosystèmes d'innovation entrepreneuriaux *bottom up*⁸. Il s'agit de dynamiques créées par les acteurs du terrain – dans ce cas, des entrepreneurs qui portent des projets d'innovation et qui cherchent à trouver des solutions alternatives face à leur manque de ressources. En analysant le comportement des entrepreneurs de cette communauté, notre regard porte plus particulièrement sur la confrontation entre les logiques d'ajustements stratégiques d'entrepreneurs formés dans une communauté de pratique (CoP)⁹ et les logiques institutionnelles régulatrices des pouvoirs publics. Cet angle d'analyse permet la compréhension du rôle d'entrepreneur institutionnel collectif par l'analyse de la tension entre les logiques formelles et informelles portées par ces multiples acteurs dans l'environnement pluri-institutionnel de cet écosystème d'innovation.

CADRE THÉORIQUE DE LA RECHERCHE ET POSITIONNEMENT

Les communautés de pratique : un acteur à part entière au sein des écosystèmes d'innovation entrepreneuriaux

Les écosystèmes locaux d'innovation regroupent des acteurs distincts sur le territoire tels que des grandes entreprises, des petites entreprises, des laboratoires de recherche publics et privés, des institutions locales et des établissements d'enseignement supérieur. L'enjeu est de générer des synergies favorisant le développement de l'innovation ainsi que les externalités positives associées. Celles-ci ne sont cependant pas systématiques étant donné l'hétérogénéité des logiques institutionnelles¹⁰

8. FETTERS Michael L., GREENE Patricia G., RICE Mark P. & SIBLEY BUTLER John (dir.), *The Development of University-Based Entrepreneurship Ecosystems: Global Practices*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010. DOI : 10.4337/9781849805896.00002

9. WENGER Etienne C., *Communities of Practice: Learning, Meaning and Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. DOI : 10.1017/CBO9780511803932

10. CASTRO GONÇALVES Luciana, CHABAULT Denis & TIXIER Julie, « Manager les tensions stratégiques entre le local et l'international : le cas des pôles de compétitivité », *Management & Avenir*, vol. 10, n°50, 2011, p. 172-189. DOI : 10.3917/mav.050.0172

formelles et dominantes portées tantôt par la grande entreprise¹¹, par des chercheurs¹² ou encore par des entrepreneurs¹³.

Dans ce contexte, les espaces communautaires, notamment les CoP, représentent une voie parallèle permettant d'accéder à des ressources et de favoriser l'innovation au sein des territoires¹⁴. Elles sont des espaces informels de partage de connaissances et d'entraide inscrits dans un domaine de savoir donné¹⁵. L'identité commune et l'engagement mutuel contribuent au soutien réciproque dans le processus d'apprentissage autour de la pratique. La CoP représente un espace de partage sécurisant dans la mesure où les comportements opportunistes sont contrôlés par l'autogestion qu'elle assure en se fondant sur des sentiments de confiance réciproque et de solidarité¹⁶.

L'environnement constitue un élément important pour étudier les critères de fonctionnement des CoP. Si les effets des pressions externes sur une CoP ont été soulignés dans la littérature au sein d'une même organisation¹⁷,

11. TIXIER Julie, CHABAULT Denis & CASTRO GONÇALVES Luciana, « La gouvernance à l'épreuve des faits : le cas des pôles de compétitivité », in Stéphane Callens & Dimitri Uzunidis, *Gouvernance, exercices de pouvoir*, Paris, L'Harmattan, coll. Marché et Organisations – Revue d'analyse stratégique (n°9), 2009.
12. CASTRO GONÇALVES Luciana, « Strategizing across Boundaries: Revisiting Knowledge Brokering Activities in French Innovation Clusters », *Journal of Knowledge Management*, vol. 19, n°5, 2015, p. 1048-1068.
13. FETTERS Michael L., GREENE Patricia G., RICE Mark P. & SIBLEY BUTLER John (dir.), *The Development of University-Based Entrepreneurship Ecosystems: Global Practices*, op. cit.
14. BROWN John S. & DUGUID Paul, « Organizational learning and communities of practice: Toward a unified view of working, learning, and innovation », in Eric Lesser, Michael Fontaine & Jason Slusher, *Knowledge and communities*, Londres, Routledge, 2000, p. 99-121 ; DIBIAGGIO Ludovic & FERRARY Michel, « Communautés de pratique et réseaux sociaux dans la dynamique de fonctionnement des clusters de hautes technologies », *Revue d'économie industrielle*, vol. 103, n°1, 2003, p. 111-130. DOI : 10.3406/rei.2003.3112 ; COHENDET Patrick, GRANDADAM David & SIMON Laurent, « Réseaux, communautés et projets dans les processus créatifs », *Management International*, vol. 13, n°1, 2008, p. 29-43. DOI : 10.59876/a-8g59-agb8 ; SCHIAVONE Francesco & BORZILLO Stefano, « Creating Technological Knowledge in Vintage Communities of Practice », *Journal of Knowledge Management*, vol. 18, n°5, 2014, p. 991-1003. DOI : 10.1108/JKM-06-2014-0251
15. WENGER Etienne C., *Communities of Practice*, op. cit.
16. CASTRO GONÇALVES Luciana & BARLETO CANIZELA GUIMARÃES Tatiane, « La gestion de la tension paradoxale de la coopération au sein des communautés de pratique en contexte d'innovation », *Management International*, vol. 24, n°5, 2020. DOI : 10.7202/1075481ar
17. VAAST Emmanuelle, « Les communautés de pratique sont-elles pertinentes ? », 2002. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : www.researchgate.net/publication/280750285_Les_communautés_de_pratique_sont-elles_pertinentes ; CASTRO GONÇALVES Luciana, « La face cachée d'une "communauté de pratique technologique" », *Revue française de gestion*, vol. 5, n°174, 2007, p. 149-169. DOI : 10.3166/rfg.174.149-169)

l'effet des pressions institutionnelles sur ce type de structure informelle à l'échelle du territoire reste encore inexploité. Une CoP soumise au pluralisme institutionnel d'un écosystème local doit pourtant tenir compte de l'hétérogénéité à l'œuvre pour garantir son évolution¹⁸ et assurer un rôle d'entrepreneur institutionnel.

Le concept d'entrepreneur institutionnel appliqué aux communautés de pratique

L'entrepreneur institutionnel (EI) désigne un acteur qui crée ou manipule intentionnellement un contexte institutionnel pour le redéfinir¹⁹. La théorie néo-institutionnelle reconnaît souvent comme EI des entreprises ou organisations qui mettent en œuvre des stratégies d'influence de l'environnement, leurs efforts visant à modifier les standards existants ou à en créer de nouveaux²⁰, de créer des modèles d'affaires²¹ ou des effets de *lock-in* par rapport à d'autres acteurs²². Dans cette recherche, nous nous attachons davantage à analyser les processus à travers lesquels l'EI génère de la compétitivité dans un but collectif²³.

Ainsi, en nous écartant de l'acception de l'EI en tant qu'un individu²⁴, le concept est pris en compte dans cette recherche comme une unité collective²⁵ capable d'altérer les pressions de l'environnement²⁶ en reconnaissant

18. KRAATZ Matthew S. & BLOCK Emily S., « Organizational Implications of Institutional Plurism », *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*, 2008. DOI : 10.4135/9781849200387

19. DiMAGGIO Paul, « Interest and Agency in Institutional Theory », *op. cit.* ; MAGUIRE Steve, HARDY Cynthia & LAWRENCE Thomas B., « Institutional Entrepreneurship in Emerging Fields: HIV/AIDS Treatment Advocacy in Canada », *Academy of Management Journal*, vol. 47, n° 5, 2004, p. 657-679. DOI : 10.5465/20159610

20. ZIMMERMAN Monica A. & CALLAWAY Stephen, « Institutional Entrepreneurship and the Industry Life Cycle: The Legitimation of New Industries », *USASBE-SBIDA Conference Proceedings*, 2001.

21. ANDERSON Carl R. & ZEITHAML Carl P., « Stage of The Product Life Cycle, Business Strategy, and Business Performance », *Academy of Management Journal*, vol. 27, n°1, 1984, p. 5-24. DOI : 10.2307/255954

22. MAGUIRE Steve, HARDY Cynthia & LAWRENCE Thomas B., « Institutional Entrepreneurship in Emerging Fields: HIV/AIDS Treatment Advocacy in Canada », *op. cit.*

23. JOLLY Suyash & RAVEN Rob P. J. M., « Collective Institutional Entrepreneurship and Contestations in Wind Energy in India », *op. cit.*

24. DiMAGGIO Paul, « Interest and Agency in Institutional Theory », *op. cit.*

25. WIJEN Frank & ANSARI Shaz, « Overcoming Inaction Through Collective Institutional Entrepreneurship: Insights From Regime Theory », *Organization Study*, vol. 28, n°7, 2007, p. 1079-1100. DOI : 10.1177/0170840607078115

26. BATTILANA Julie, LECA Bernard & BOXENBAUM Eva, « How Actors Change Institutions: Towards a Theory of Institutional Entrepreneurship », *Academy of Management annals*, vol. 3, n°1, 2009,

des opportunités et des menaces, en exploitant des ressources et des moyens institutionnels²⁷, et en développant de nouveaux modes de légitimation²⁸.

Le concept d'entrepreneuriat institutionnel collectif²⁹ peut être appliqué aux communautés de pratiques inter-organisationnelles (CoPi), pour l'étude des tensions au sein d'un écosystème d'innovation. La CoP est alors appréhendée dans sa globalité, comme un acteur à part entière, en coprésence avec d'autres acteurs qui se comportent de différentes façons face aux pressions exercées par d'autres acteurs de l'environnement.

Si une littérature riche existe sur l'intensité des liens entre les membres d'une CoP³⁰ et sur leur capacité créative au sein des territoires³¹, peu de travaux mettent en perspective les jeux de pouvoir que les CoPi sont capables de créer au sein d'un territoire³². Considérer la communauté de pratique comme un entrepreneur institutionnel permet d'apporter un regard sur la pratique au niveau méso de la dynamique sociale. La pratique est en effet le socle de la logique institutionnelle portée par la CoP.

Identifier les critères d'une CoP par l'étude de son comportement institutionnel

La prise en compte des logiques institutionnelles est nécessaire pour l'étude des actions des EI. Celles-ci sont un ensemble de pratiques et de constructions symboliques constituant des ordres institutionnels qui fondent les

p. 65-107. DOI : 10.5465/19416520903053598

27. SHANE Scott & VENKATARAMAN S. (2000). « The Promise of Entrepreneurship as a Field of Research », *Academy of Management Review*, vol. 25, n°1, p. 217-226. DOI : 10.2307/259271

28. BATTILANA Julie, LECA Bernard & BOXENBAUM Eva, « How actors change institutions: towards a theory of institutional entrepreneurship », *op. cit.*

29. WIJEN Frank & ANSARI Shaz, « Overcoming Inaction Through Collective Institutional Entrepreneurship: Insights From Regime Theory », *op. cit.* ; ALDRICH Howard E., « Heroes, Villains, and Fools: Institutional Entrepreneurship, NOT Institutional Entrepreneurs », *Entrepreneurship Research Journal*, vol. 1, n°2, 2011. DOI : 10.2202/2157-5665.1024

30. DIBIAGGIO Ludovic & FERRARY Michel, « Communautés de pratique et réseaux sociaux dans la dynamique de fonctionnement des clusters de hautes technologies », *Revue d'économie industrielle*, vol. 103, n°1, 2003, p. 111-130. DOI : 10.3406/rei.2003.3112

31. COHENDET Patrick, GRANDADAM David, SIMON Laurent & CAPDEVILA Ignasi, « Epistemic Communities, Localization and The Dynamics of Knowledge Creation », *Journal of Economic Geography*, vol. 14, n°5, 2014, p. 929-954.

32. CASTRO GONÇALVES Luciana & BARLETO CANIZELA GUIMARÃES Tatiane, « La gestion de la tension paradoxale de la coopération au sein des communautés de pratique en contexte d'innovation », *op. cit.*

principes des organisations³³. Elles sont responsables de la formation de l'identité collective d'une organisation³⁴ et sont actualisées et portées par des individus, leurs actions, leurs outils, et les technologies³⁵. Elles ont une importance sociale et présentent un sens cohérent pour assurer la stabilité dans un contexte donné.

Les logiques institutionnelles relient l'individu aux pratiques et aux règles institutionnelles socialement construites. Le développement du concept d'EI renforce le passage d'une vision déterministe de l'environnement qui agit sur les organisations³⁶ à une vision réursive des logiques institutionnelles où les actions peuvent aussi influencer l'évolution des institutions³⁷.

Les actions des EI se caractérisent par un ensemble de règles qui organisent les relations sociales de coopérations, de liens hiérarchiques, des obéissances, des contestations, d'entre autres relations sociales possibles³⁸. Ainsi, la diffusion des institutions dépend des pressions sociales exercées mais aussi de l'intérêt des acteurs³⁹. Dans une vision stratégique, l'EI renvoie à la capacité à changer/altérer les pressions environnementales⁴⁰.

33. FRIEDLAND Roger & ALFORD Robert R., « Bringing society back in: Symbols, practices and institutional contradictions », in Walter Powell & Paul DiMaggio (dir.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 232-263.

34. THORNTON Patricia H., OCASIO William & LOUNSBURY Michael, *The Institutional Logics Perspective: A New Approach to Culture, Structure, and Process*, Oxford, Oxford University Press, 2012. DOI : 10.1093/acprof:oso/9780199601936.001.0001

35. POWELL Walter W. & COLYVAS Jeanette A., « Microfoundations of Institutional Theory », *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*, Thousand Oaks (CA), SAGE Publication, 2008, p. 298. DOI : 10.4135/9781849200387

36. MEYER John W. & ROWAN Brian, « Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony », *American Journal of Sociology*, vol. 83, n°2, 1977, p. 340-363. [En ligne.] URL : www.jstor.org/stable/2778293

37. THORNTON Patricia H., OCASIO William & LOUNSBURY Michael, *The Institutional Logics Perspective... op. cit.* ; BRUTON Garry D., AHLSTROM David & PUKY Tomas, « Institutional differences and the development of entrepreneurial ventures... », *op. cit.* ; GREENWOOD Royston & SUDDABY Roy, « Institutional Entrepreneurship in Mature Fields: The Big Five Accounting Firms », *Academy of Management journal*, vol. 49, n°1, 2006, p. 27-48. DOI : 10.5465/amj.2006.20785498

38. GARUD Raghu, HARDY Cynthia & MAGUIRE Steve, « Institutional Entrepreneurship as Embedded Agency: An Introduction to the Special Issue », *Organization Studies*, vol. 28, n°7, 2007, p. 957-969. DOI : 10.1177/017084060707895

39. DiMAGGIO Paul, « Interest and Agency in Institutional Theory », *op. cit.*

40. HOLM Petter, « The Dynamics of Institutionalisation: Transformation Processes in Norwegian Fisheries », *Administrative Science Quarterly*, vol. 40, n°5, 1995, p. 398-422. DOI : 10.2307/2393791

Dans cette recherche, il s'agit de montrer comment la CoP peut être à l'origine de certaines propriétés et variations de l'écosystème d'innovation entrepreneuriale à travers l'exercice de ces pressions face aux autres acteurs. Dans le cas spécifique des écosystèmes entrepreneuriaux, les CoP peuvent assurer un certain *leadership* qui oriente les trajectoires d'innovation locales.

MÉTHODOLOGIE DE LA RECHERCHE

Cette recherche qualitative⁴¹ s'appuie sur la réalisation d'une étude de cas d'une CoP d'entrepreneurs de startups du domaine des technologies de l'information et la communication (TIC) présente dans l'écosystème d'innovation de la ville de Belo Horizonte (BH), au Brésil. Nous présentons ci-dessous les caractéristiques du territoire.

Le terrain de recherche

Après la stabilité macroéconomique des années 1990 du Brésil, les années 2015 et 2016 sont marquées par une grave récession, avec un recul du produit intérieur brut (PIB) du pays et une augmentation du taux de chômage⁴². Malgré cette crise économique, le nombre de startups a augmenté de 30 % au Brésil et de 38 % dans l'État du Minas Gerais en 2015. En 2017, Belo Horizonte, la capitale de Minas Gerais, regroupe 418 startups, la plus grande densité d'entreprises de TIC au Brésil. L'écosystème d'innovation de la ville est composé actuellement de plus de 3 500 entreprises, institutions et espaces d'innovation dédiés au secteur des TIC, dont 4 parcs technologiques, 8 incubateurs, 13 accélérateurs, 18 universités publiques et privées avec leurs centres de recherche, 4 institutions financières publiques et 47 espaces de coworking. La ville est ainsi dans une position privilégiée du point de vue des investisseurs potentiels, les multinationales telles Microsoft, IBM et Google ainsi que des entreprises locales participant à l'attraction de cet écosystème d'innovation.

41. STAKE Robert E., *Qualitative Research: Studying How Things Work*, New York, Guilford Press, 2010.

42. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA – IBGE, Cidades, Censo, Populacional. Système de recensement des municipalités et États du Brésil [en ligne. Consulté le 16/08/2024.] URL : cidades.ibge.gov.br/?uf=to>=

Même si les perspectives du territoire sont considérées comme positives, le chiffre d'affaires moyen du secteur reste l'un des plus faibles par rapport à d'autres centres économiques du Brésil. Belo Horizonte est placée au 12^e rang dans le pays avec un taux de croissance négatif, une jeunesse du pôle entrepreneurial (9 ans), de nombreuses petites entreprises traditionnelles et une faible participation des multinationales dans la dynamique entrepreneuriale locale.

C'est dans cet environnement à la fois propice à l'innovation mais aussi contraint par le manque de ressources locales, que la CoP de San Pedro Valley a émergé spontanément en 2011. Souffrant du manque de ressources financières et technologiques, et d'une difficulté d'accès aux informations et aux ressources de l'écosystème de la ville, six entrepreneurs de startups situées dans le quartier de São Pedro ont été à l'origine informelle d'une communauté qui est devenue rapidement un espace reconnu de coopération. Constituée à l'origine de trois membres, elle compte aujourd'hui 300 entrepreneurs de startups.

Pour analyser cette CoP, nous avons commencé par identifier les critères de la théorisation d'origine proposée par Wenger⁴³ :

- Le caractère informel et spontané : San Pedro Valley est une CoPi auto-organisée par ses membres. Les échanges informels en présents ou à distance (par Whatsapp, Telegram et Slack) sont privilégiés pour assurer son fonctionnement étendu.
- L'engagement mutuel des membres : la relation de confiance entre les entrepreneurs les amène à partager des connaissances et des ressources librement autour d'une pratique partagée (le développement entrepreneurial d'une startup du domaine des TIC). Même en étant concurrents, les entrepreneurs sont prêts à former les autres membres de la communauté sur les aspects technologiques ou managériaux ou encore à prêter des ressources comme une étude de marché ou une veille technologique.
- Le référentiel commun : le fait de partager un même langage ainsi que les modes de fonctionnement de la CoP, la capacité de production collective ainsi que son pouvoir d'influence localement sont

43. WENGER Etienne C., *Communities of Practice*, op. cit.

renforcés. Les entrepreneurs membres communiquent ainsi plus aisément en face à face ou à travers les outils de communication à distance.

La collecte et l'analyse des données

L'approche de l'étude de cas, fondée sur une perspective longitudinale⁴⁴, nous permet d'explorer en profondeur un phénomène encore peu connu⁴⁵. Les données ont été collectées entre 2013 et 2017 à l'aide des instruments suivants :

- l'observation non participante de 19 rencontres organisées par la communauté ainsi que 9 rencontres organisées par des institutions locales afin de mieux appréhender le contexte de la recherche ;
- des entretiens semi-directifs avec 33 entrepreneurs de la CoP et 9 représentants d'institutions de l'écosystème d'innovation locale (3 associations professionnelles, 4 institutions privées, 2 universités), ayant pour objet de retracer l'histoire de San Pedro Valley, préciser les composants de leur pratique, les actions à l'œuvre, les éventuels risques liés aux relations avec d'autres acteurs de l'écosystème ;
- les messages postés par les membres de San Pedro Valley sur leurs plateformes de communication (WhatsApp, Slack, Telegram) entre 2015 et 2016. Ces données ont été mobilisées selon l'approche netnographique⁴⁶. Un volume significatif de messages (340 pages de conversations) a été d'abord réduit par la recherche de mots clés, puis mis en forme selon des fiches d'observation.

44. MENARD Scott, *Longitudinal research*, Thousand Oaks (CA), SAGE Publishing, coll. Quantitative applications in the social sciences (76), 2002 [1991].

45. YIN Robert. K., *Case Study Research: Design and Methods* (3^e éd.). Thousand Oaks (CA), Sage Publication, 2003.

46. KOZINETS Robert V., « I want to believe: a netnography of the subculture of consumption », *Advances in Consumer Research*, vol. 24, n°1, 1997, p. 470-475. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : www.researchgate.net/publication/285771984_I_want_to_believe_A_netnography_of_the_X-philis_subculture_of_consumption

Nous avons mené l'analyse par triangulation de ces différentes sources de données puis par un codage en un glossaire de thèmes émergents réalisé en deux phases⁴⁷ :

- en codage ouvert, pour identifier de manière exploratoire les catégories de logiques institutionnelles de chaque acteur ;
- en codage thématique, qui prend en compte les codes émergents permettant de comprendre les arrangements institutionnels à l'œuvre dans l'écosystème d'innovation et le pouvoir d'influence de la CoP en tant qu'EI. Nous voyons émerger des codes pour qualifier ce comportement (mimétisme, coercitif, cohésif).

Nous avons enfin mis en forme les résultats de la recherche selon un ordre chronologique en trois temps, représentant la transformation de la CoP dans l'écosystème d'innovation locale de Belo Horizonte :

- Temps 1 : l'émergence (le début de développement l'écosystème local). Nous analysons les logiques institutionnelles des acteurs en place et montrons comment la CoP développe progressivement un processus de légitimation dans le territoire.
- Temps 2 : la croissance (l'écosystème local accueille un nombre croissant d'acteurs). Nous analysons le comportement de la CoP face aux pressions liées à cette arrivée de nouveaux acteurs.
- Temps 3 : la maturité. Certaines règles et certains modes de fonctionnement s'institutionnalisent par la création de standards. Nous exposons comment la CoP agit pour créer de nouveaux standards de façon à se légitimer dans l'écosystème local et à y assurer son pouvoir d'EI.

RÉSULTATS DE LA RECHERCHE

Les critères de la CoP en phase d'émergence de l'écosystème d'innovation local

Les premiers résultats mettent en perspective les dimensions pratiques et symboliques qui motivent quatre acteurs principaux et leurs actions en

47. MILES Matthew B. & HUBERMAN Michael A., *Analyse des données qualitatives*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2003 [1991].

termes d'engagement, de valeur, de risque, de performance et de fonctionnement de la communauté.

La logique régulatrice des pouvoirs publics

En s'inspirant des initiatives fiscales déployées aux États-Unis, en Israël, au Chili, en France et au Mexique⁴⁸, visant à favoriser la création et le développement des écosystèmes d'innovation locaux, l'État du Minas Gerais a élaboré sa loi sur l'innovation (loi 17348 de janvier 2008), qui établit des conditions appropriées pour le développement d'« une économie de la connaissance, compétitive et prospère ». En réalité, seules les entreprises détenant un capital important pour la phase d'amorçage des innovations peuvent bénéficier des avantages fiscaux. Les académiques peuvent également demander des subventions pour le développement des technologies nouvelles.

La logique statutaire des fédérations et syndicats professionnels ciblant les grandes entreprises de l'écosystème d'innovation local

Avant même la création d'un cadre juridique pour le secteur des TIC, les associations professionnelles dans le domaine du développement de logiciels se sont réunies pour établir un programme d'action et un plan de développement durable pour le secteur en 2004. À partir de ce programme, des outils institutionnels, comme des subventions fiscales proposées par le Minas Gerais ou l'accès à des financements publics pour le développement de projets, sont créés pour fédérer les professionnels. Cependant, ces deux actions du programme favorisent davantage les moyennes et grandes entreprises, notamment les projets d'internationalisation et d'amélioration de la qualité.

La logique scientifique des universités

L'environnement de la recherche scientifique et de l'enseignement universitaire contribue à la formation technique de la main d'œuvre employée dans les entreprises du secteur des TIC. Cette logique scientifique s'écarte

48. Dans ces pays, nous observons la création des supposées « valley » de startups avec des pseudonymes tels que la Silicon Valley (Californie), le Silicon Wadi (Tel-Aviv) et la Chilecon Valley (Santiago), parmi d'autres.

des logiques entrepreneuriales des startups et des logiques régulatrices et statutaires des syndicats et fédérations professionnels. Les activités se déploient en effet sur le long terme (2 et 3 ans, voire plus), alors que les startups ont des logiques de court terme. Par ailleurs les objectifs des projets de recherche ne visent parfois pas un marché. L'objectif premier est le développement technologique sans forcément se fonder sur une logique d'affaires.

La logique entrepreneuriale et communautaire fondée sur l'entre-aide de San Pedro Valley

En raison de la difficulté des startups locales à s'appuyer sur un contexte environnemental et réglementaire local pour les rendre durables et compétitives, les entrepreneurs développent des modes collaboratifs entre eux. La logique des autres acteurs dans l'écosystème tend en effet à les exclure de la dynamique à l'œuvre qui vise à promouvoir le secteur des TIC au niveau national et international, plutôt que d'aider les entrepreneurs à surmonter leurs faiblesses au niveau local.

Malgré ce contexte, il est possible de constater une première intensification du nombre de startups dans la ville après 2005, à la suite de l'achat par Google de la startup Akwan Information Technology en 2000. L'entrée de Google dans l'écosystème local favorise la création de startups cherchant à capter l'intérêt des investisseurs.

La dynamique collaborative des six entrepreneurs à l'origine de la CoP débute par amitié et désir d'entreprendre. Quatre autres entrepreneurs, puis d'autres, ont commencé à les côtoyer dans une brasserie du quartier afin d'échanger informellement sur leur savoir-faire, leurs connaissances, leurs expériences, leurs difficultés, leurs succès et échecs. San Pedro Valley fonctionne selon un processus de collaboration spécifique fondé sur l'adhésion volontaire et la participation spontanée des entrepreneurs. L'engagement mutuel fonde le ciment de la communauté et la base des « normes sociales » qui guident le comportement des membres. Dans ce contexte, la CoP a émergé spontanément dans le but de favoriser le partage des pratiques entrepreneuriales (« le manque de ressources et de soutien des entités du secteur » et « la passion pour le thème de l'innovation ») mais aussi de renforcer leur potentiel compétitif dans l'écosystème d'innovation.

Le choix du nom de la CoP exprime un comportement mimétique par rapport à des dynamiques entrepreneuriales reconnues aux États-Unis mais vise aussi à asseoir sa légitimité en tant que groupe d'entrepreneurs porteur d'une identité distincte dans l'écosystème local. Les collaborations se limitent initialement plutôt au périmètre de la CoP, sans pour autant assurer un *leadership* formel au sein de l'écosystème local. L'objectif est de répondre aux défis locaux en essayant simultanément de construire collectivement des avantages et transformer le contexte institutionnel. Les relations inter-organisationnelles et la concurrence entre les startups ont mis en évidence la nécessité d'améliorer le processus d'innovation, d'avoir accès à des nouveaux marchés et de réduire les coûts du développement des projets d'innovation.

Le comportement de la CoP face à l'arrivée de nouveaux acteurs lors de sa croissance dans l'écosystème d'innovation locale

De multiples logiques institutionnelles coexistent et cherchent à s'affirmer dans la phase de croissance de l'écosystème afin d'assurer le *leadership* des dynamiques territoriales.

La capacité de San Pedro Valley à fédérer un nombre croissant d'entrepreneurs qui souhaitent devenir membre de la CoP la rend visible au sein de l'écosystème. Ce réseau informel devient crucial pour la compétitivité des startups. Des 32 startups étudiées, 13 sont désormais au premier plan du Brésil en démontrant une forte croissance. San Pedro Valley continue de favoriser la croissance de la CoP en annonçant la possibilité d'intégrer tout entrepreneur intéressé par la dynamique locale. Ceci conduit la CoP à démultiplier des espaces de rencontres⁴⁹, faisant émerger d'autres formes d'échanges plus formels tels que les événements organisés en partenariats avec les entités de l'écosystème (des fédérations professionnelles, des institutions étatiques, des universités⁵⁰). L'effet de taille a impulsé

49. La CoP a pu occuper des espaces tels que le siège d'institutions publiques comme l'incubateur d'entreprise Seed, le centre de formations professionnelles Sebrae, des universités ou encore des locaux loués pour la tenue d'événements dédiés à un grand nombre de participants (plus de 200 personnes).

50. Par exemple des événements pour la présentation de nouveaux modèles d'affaires face à des investissements privés. Dans les trois éditions organisées, plus de 2 500 participants et plus de 100 investisseurs se sont réunis pour connaître plus de 100 startups sélectionnées.

l'ouverture vers d'autres membres de l'écosystème d'innovation local. Aujourd'hui, San Pedro Valley est une communauté reconnue au niveau national et international pour sa production d'un potentiel capital cognitif en innovation⁵¹.

Malgré ces retombées positives, San Pedro Valley exprime aussi une stratégie coercitive. Une coalition d'entrepreneurs défend collectivement la communauté dès lors qu'il y a tentative des nouveaux membres de prescrire des règles de fonctionnement, de réguler les aspects temporels et de s'approprier des espaces de la ville. Il s'agit par exemple de s'opposer au gouvernement de l'État qui souhaite utiliser le nom de San Pedro Valley pour obtenir plus de légitimité auprès de la société et ainsi « récupérer » le contrôle de San Pedro Valley. Une note publique est rédigée afin de réaffirmer son mode de fonctionnement autonome et autogéré. San Pedro Valley affiche aussi les débouchés économiques de ses actions en diffusant le recensement des startups membres et en devenir dans l'écosystème local. La CoP refuse le changement de règles que tente d'imposer l'écosystème d'innovation en insistant sur les standards qu'elle a créés selon son rôle d'EI dans l'écosystème. Selon les entrepreneurs, les pouvoirs publics doivent se concentrer sur les complémentarités que San Pedro Valley peut apporter par rapport aux actions des autres acteurs au lieu de se focaliser sur leur régulation.

La création de standards par la CoP en phase de maturité **au sein de l'écosystème d'innovation**

Nos analyses montrent que la CoP devient une unité importante dans l'écosystème d'innovation local de la ville en ce qu'elle :

- incite à la création de nouvelles startups ;
- véhicule et légitime le rôle des startups dans l'écosystème d'innovation ;
- améliore le réseau des relations entre startups ;

51. En 2014 et en 2015, San Pedro Valley est élue « meilleure communauté de startups au Brésil » par le Spark Awards de Microsoft. En 2016 et 2017, elle se classe parmi les trois premières communautés de startups du pays.

- accroît la visibilité des entreprises du secteur de TIC dans le pays et à l'international.

Tantôt motivée par l'hybridation de logiques institutionnelles de l'écosystème d'innovation, tantôt en opposition aux logiques formelles d'autres acteurs, San Pedro Valley réussit à affirmer son fonctionnement fondé sur l'entre-aide tout en régulant la croissance de la CoP. San Pedro Valley a progressivement élargi son centre d'intérêt incitant les innovations plus responsables à travers le programme « Belo Horizonte Smart City », développé en partenariat avec la mairie de Belo Horizonte. Ce programme compte sur le développement des TIC et services associés, qui contribuent aux actions de développement durable au sein de la ville. La dimension sociale est également portée par San Pedro Valley vis-à-vis des populations locales en situation précaire en s'impliquant dans la formation professionnelle de jeunes vivant en marge de la société dans les bidonvilles.

Ainsi, San Pedro Valley assure un fort pouvoir institutionnel au sein du territoire. La CoPi passe à s'imposer dans l'écosystème d'innovation locale en participant aux décisions en tant qu'une « entité » représentante des startups. Elle a participé activement à la création de l'un des premiers programmes d'incubation et d'accélération de startups du gouvernement du Minas Gerais en 2013, le Seed, puis dans de nombreux autres programmes au niveau national. Les membres de San Pedro Valley participent activement à ces activités, soit par la tenue de cours et tutorats à l'université ou au sein du Seed, soit dans l'aide à l'organisation et à la diffusion des activités. Par ces interactions avec les nouvelles générations de professionnels et d'entrepreneurs, San Pedro Valley participe au développement de compétences et d'expertise du domaine de TIC mais véhicule aussi leur logique institutionnelle. Elle favorise un rapprochement entre l'État et les startups de la ville en créant une commission dont l'objectif est de discuter avec les membres du gouvernement sur les règles à adopter dans le programme et les besoins des entrepreneurs. Les membres de la CoP perçoivent cette commission comme importante pour défendre les objectifs collectifs de la communauté.

D'autres partenariats œuvrés par San Pedro Valley participent à sa stratégie cohésive de diffusion de sa propre culture entrepreneuriale et d'innovation. Plusieurs actions dans ce sens ont attiré d'autres membres,

y compris des startups étrangères : la modification de la présence géographique des investisseurs qui, auparavant, se situaient au centre économique São Paulo ; le partenariat avec des banques pour fournir des comptes bancaires spécifiquement créés pour des startups (sans frais administratifs et avec des services numériques pour l'émission des factures). La Fédération de l'Industrie, dans le Minas Gerais, est une deuxième structure également marquée par une forte influence de San Pedro Valley. De ce partenariat est né le programme FIEMG Lab en 2016, dont l'objectif est de soutenir les startups à un stade plus avancé. De grandes entreprises présentes dans l'écosystème local, comme Google Brésil, se rapprochent de San Pedro Valley pour discuter de partenariats possibles et des orientations à suivre en termes d'innovation dans l'écosystème d'innovation de Belo Horizonte.

Pour affirmer leur place dans l'écosystème, les fédérations professionnelles sont les seules entités à exprimer une certaine résistance vis-à-vis de la dynamique impulsée par San Pedro Valley. Les résultats de la recherche montrent que, armée de la légitimité qu'elle a su bâtir au sein du territoire, San Pedro Valley déploie aisément sa stratégie cohésive et coercitive malgré ce comportement de résistance.

CONCLUSION

Considérer la CoP comme un EI permet d'apporter un regard original sur sa théorisation initiale⁵². En utilisant le concept d'entrepreneuriat institutionnel collectif, nous dépassons la présentation des critères concernant les spécificités de la CoP pour mettre en évidence les critères d'une CoP associés à son pouvoir d'influence et de *leadership* lui permettant d'assurer sa co-évolution avec l'écosystème d'innovation locale⁵³. La logique institutionnelle, fondée sur l'informel, et l'entre-aide répondent aux objectifs des entrepreneurs de startups de la ville face aux cadres de référence des multiples acteurs engagés dans le développement de l'écosystème d'inn-

52. WENGER Etienne C., *Communities of Practice*, *op. cit.*

53. DiMAGGIO Paul, « Interest and Agency in Institutional Theory », *op. cit.* ; MAGUIRE Steve, HARDY Cynthia & LAWRENCE Thomas B., « Institutional Entrepreneurship in Emerging Fields: HIV/AIDS Treatment Advocacy in Canada », *op. cit.*

vation local de Belo Horizonte. En tant qu'entité collective, la CoP crée intentionnellement des opportunités pour le développement des startups et pour sa propre évolution. Son comportement actif ou défensif modifie progressivement les rôles des acteurs de l'écosystème et transforme les dynamiques à l'œuvre en altérant les pressions de l'environnement dans lequel elle évolue.

La diffusion de la logique institutionnelle particulière et des standards créés par la CoP en font une référence en termes de pratique professionnelle sur le territoire, alors que ce rôle était tenu par les syndicats et fédérations professionnels. Elle participe aussi au développement des compétences dédiées l'innovation, alors que les universités déployaient seules ce rôle. La CoP déploie enfin un pouvoir de fédération des acteurs en centrant la dynamique de l'écosystème sur les pratiques entrepreneuriales et ce qu'elles génèrent. La CoP se montre ainsi capable de s'appuyer sur le cadre, ressources et moyens institutionnels pour se légitimer.

S'il est connu dans la littérature qu'innover prend du temps et que la pression temporelle est considérée comme antinomique à l'innovation, l'agilité les startups organisées en réseau informel peut contribuer au changement structurel en introduisant des nouveaux standards de développement de produits et services à forte intensité de connaissance. En tant que CoP, le réseau contribue également à soutenir l'innovation et à faire évoluer l'environnement qui les entoure et inversement.

Bibliographie indicative

- ADNER Ron & Kapoor Rahul, « Value Creation in Innovation Ecosystems: How The Structure of Technological Interdependence Affects Firm Performance in New Technology Generations », *Strategic Management Journal*, vol. 31, n°3, 2010, p. 306-333. URL : www.jstor.org/stable/40587479
- ALDRICH Howard E., « Heroes, Villains, and Fools: Institutional Entrepreneurship, NOT Institutional Entrepreneurs », *Entrepreneurship Research Journal*, vol. 1, n°2, 2011. DOI : 10.2202/2157-5665.1024
- ANDERSON Carl R. & ZEITHAML Carl P., « Stage of The Product Life Cycle, Business Strategy, and Business Performance », *Academy of Management Journal*, vol. 27, n°1, 1984, p. 5-24. DOI : 10.2307/255954

- BATTILANA Julie, LECA Bernard & BOXENBAUM Eva, « How actors change institutions: towards a theory of institutional entrepreneurship », *Academy of Management annals*, vol. 3, n°1, 2009, p. 65-107. DOI : 10.5465/19416520903053598
- BAUMOL William J., LITAN Robert E. & SCHRAMM Carl J., *Good Capitalism, Bad Capitalism, and The Economics of Growth and Prosperity*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- BROWN John S. & DUGUID Paul, « Organizational learning and communities of practice: Toward a unified view of working, learning, and innovation », in Eric Lesser, Michael Fontaine & Jason Slusher, *Knowledge and communities*, Londres, Routledge, 2000, p. 99-121.
- BRUTON Garry D., AHLSTROM David & PUKY Tomas, « Institutional differences and the development of entrepreneurial ventures: A comparison of the venture capital industries in Latin America and Asia », *Journal of International Business Studies*, vol. 40, n°5, 2009, p. 762-778. DOI : 10.1057/jibs.2009.3
- CASTRO GONÇALVES Luciana, « Strategizing across Boundaries: Revisiting Knowledge Brokering Activities in French Innovation Clusters », *Journal of Knowledge Management*, vol. 19, n°5, 2015, p. 1048-1068.
- , « La face cachée d'une "communauté de pratique technologique" », *Revue française de gestion*, vol. 5, n°174, 2007, p. 149-169. DOI : 10.3166/rfg.174.149-169
- CASTRO GONÇALVES Luciana & BARLETO CANIZELA GUIMARÃES Tatiane, « La gestion de la tension paradoxale de la coopération au sein des communautés de pratique en contexte d'innovation », *Management International*, vol. 24, n°5, 2020. DOI : 10.7202/1075481ar
- CASTRO GONÇALVES Luciana, CHABAULT Denis & TIXIER Julie, « Manager les tensions stratégiques entre le local et l'international : le cas des pôles de compétitivité », *Management & Avenir*, vol. 10, n°50, 2011, p. 172-189. DOI : 10.3917/mav.050.0172
- COHENDET Patrick, GRANDADAM David & SIMON Laurent, « Réseaux, communautés et projets dans les processus créatifs », *Management International*, vol. 13, n°1, 2008, p. 29-43. DOI : 10.59876/a-8g59-agb8
- COHENDET Patrick, GRANDADAM David, SIMON Laurent & CAPDEVILA Ignasi, « Epistemic communities, Localization and the dynamics of knowledge creation », *Journal of Economic Geography*, vol. 14, n°5, 2014, p. 929-954. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : academic.oup.com/joeg/article-abstract/14/5/929/2964668
- DIBIAGGIO Ludovic & FERRARY Michel, « Communautés de pratique et réseaux sociaux dans la dynamique de fonctionnement des clusters de hautes technologies », *Revue d'économie industrielle*, vol. 103, n°1, 2003, p. 111-130. DOI : 10.3406/rei.2003.3112

- DiMAGGIO Paul, « Interest and Agency in Institutional Theory », in Lynne Zucker (dir.), *Institutional Patterns and Organizations Culture and Environment*, Cambridge (MA), Ballinger, 1988, p. 3-21.
- FETTERS Michael L., GREENE Patricia G., RICE Mark P. & SIBLEY BUTLER John (dir.), *The Development of University-Based Entrepreneurship Ecosystems: Global Practices*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010. DOI : 10.4337/9781849805896.00002
- FRIEDLAND Roger & ALFORD Robert R., « Bringing society back in: Symbols, practices and institutional contradictions », in Walter Powell & Paul DiMaggio (dir.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 232-263.
- GARUD Raghu, HARDY Cynthia & MAGUIRE Steve, « Institutional Entrepreneurship as Embedded Agency: An Introduction to the Special Issue », *Organization Studies*, vol. 28, n°7, 2007, p. 957-969. DOI : 10.1177/017084060707895
- GREENWOOD Royston & SUDDABY Roy, « Institutional Entrepreneurship in Mature Fields: The Big Five Accounting Firms », *Academy of Management journal*, vol. 49, n°1, 2006, p. 27-48. DOI : 10.5465/amj.2006.20785498
- HOLM Petter, « The Dynamics of Institutionalisation: Transformation Processes in Norwegian Fisheries », *Administrative Science Quarterly*, vol. 40, n°5, 1995, p. 398-422. DOI : 10.2307/2393791
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA – IBGE, Cidades, Censo, Populacional. Système de recensement des municipalités et États du Brésil [en ligne. Consulté le 16/08/2024.] URL : cidades.ibge.gov.br/?uf=to>=
- JOLLY Suyash & RAVEN Rob P. J. M., « Collective institutional entrepreneurship and contestations in wind energy in India », *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 42, 2015, p. 999-1011. DOI : 10.1016/j.rser.2014.10.039
- KOZINETS Robert V., « I want to believe: a netnography of the subculture of consumption », *Advances in Consumer Research*, vol. 24, n°1, 1997, p. 470-475. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : https://www.researchgate.net/publication/285771984_I_want_to_believe_A_netnography_of_the_X-philies'_subculture_of_consumption
- KRAATZ Matthew S. & BLOCK Emily S., « Organizational Implications of Institutional Plurism », *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*, 2008. DOI : 10.4135/9781849200387
- MAGUIRE Steve, HARDY Cynthia & LAWRENCE Thomas B., « Institutional Entrepreneurship in Emerging Fields: HIV/AIDS Treatment Advocacy in Canada », *Academy of Management Journal*, vol. 47, n° 5, 2004, p. 657-679. DOI : 10.5465/20159610

- MENARD Scott, *Longitudinal research*, Thousand Oaks (CA), SAGE Publishing, coll. Quantitative applications in the social sciences (76), 2002 [1991].
- MEYER John W. & ROWAN Brian, « Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony », *American Journal of Sociology*, vol. 83, n°2, 1977, p. 340-363. [En ligne.] URL : www.jstor.org/stable/2778293
- MILES Matthew B. & HUBERMAN Michael A., *Analyse des données qualitatives*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2003 [1991].
- OH Deog-Seong, PHILLIPS Fred, PARK Sehee & LEE Eunghyun, « Innovation Ecosystems: A Critical Examination », *Technovation*, vol. 54, 2016, p. 1-6. DOI : 10.1016/j.technovation.2016.02.004
- PENG Mike W., « How Entrepreneurs Create Wealth in Transition Economies », in Hayang Li (dir.), *Growth of New Technology Ventures in China's Emerging Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, p. 87-111.
- POWELL Walter W. & COLYVAS Jeanette A., « Microfoundations of Institutional Theory », *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*, Thousand Oaks (CA), SAGE Publication, 2008, p. 298. DOI : 10.4135/9781849200387
- SCHIAVONE Francesco & BORZILLO Stefano, « Creating Technological Knowledge in Vintage Communities of Practice », *Journal of Knowledge Management*, vol. 18, n°5, 2014, p. 991-1003. DOI : 10.1108/JKM-06-2014-0251
- SHANE Scott & VENKATARAMAN S. (2000). « The Promise of Entrepreneurship as a Field of Research », *Academy of Management Review*, vol. 25, n°1, p. 217-226. DOI : 10.2307/259271
- STAKE Robert E., *Qualitative Research: Studying How Things Work*, New York, Guilford Press, 2010.
- SUCHMAN Mark C., « Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches », *Academy of Management Review*, vol. 20, n°3, 1995, p. 571-610. DOI : 10.2307/258788
- THORNTON Patricia H., OCASIO William & LOUNSBURY Michael, *The Institutional Logics Perspective: A New Approach to Culture, Structure, and Process*, Oxford, Oxford University Press, 2012. DOI : 10.1093/acprof:oso/9780199601936.001.0001
- TIXIER Julie, CHABAULT Denis & CASTRO GONÇALVES Luciana, « La gouvernance à l'épreuve des faits : le cas des pôles de compétitivité », in Stéphane Callens & Dimitri Uzunidis, *Gouvernance, exercices de pouvoir*, Paris, L'Harmattan, coll. Marché et Organisations – Revue d'analyse stratégique (n°9), 2009.
- VAAST Emmanuelle, « Les communautés de pratique sont-elles pertinentes ? », 2002. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : www.researchgate.net/publication/280750285_Les_communautes_de_pratique_sont-elles_pertinentes

- WENGER Etienne C., *Communities of Practice: Learning, Meaning and Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. DOI : 10.1017/CBO9780511803932
- WIJEN Frank & ANSARI Shaz, « Overcoming Inaction Through Collective Institutional Entrepreneurship: Insights From Regime Theory », *Organization Study*, vol. 28, n°7, 2007, p. 1079-1100. DOI : 10.1177/0170840607078115
- YIN Robert. K., *Case Study Research: Design and Methods* (3^e éd.). Thousand Oaks (CA), Sage Publication, 2003.
- ZILBER Tammar B., « Institutionalization as an Interplay between Actions Meanings, and Actors: The Case of a Rape Crisis Center in Israel », *Academy of Management Journal*, vol. 45, n°1, 2002, p. 234-254. DOI : 10.2307/3069294
- ZIMMERMAN Monica A. & CALLAWAY Stephen, « Institutional Entrepreneurship and the Industry Life Cycle: The Legitimation of New Industries », *USASBE-SBIDA Conference Proceedings*, 2001.

L'habitat participatif : une (quasi) communauté d'habitat

Paulette DUARTE

Sociologue-urbaniste, Professeure des universités à l'Université Grenoble Alpes, Chercheure au laboratoire de sciences sociales Pacte

L'habitat participatif réunit plusieurs personnes qui mutualisent leurs ressources afin de concevoir, réaliser, financer et gérer collectivement un bien commun. La pratique dévoile un éventail de communautés : communauté d'individus aux profils particuliers, communauté d'intentions et de valeurs et une communauté de gestion. Cependant, n'étant ni totalement conçu pour le groupe ni vécu de manière totalement collective, il constitue une (quasi) communauté spatialisée de liens et de pratiques.

Mots clés : Copropriété, Habitat communautaire, Habitat individuel, Habitat participatif, Propriété collective

L'habitat participatif est le fruit du regroupement de plusieurs personnes qui réfléchissent ensemble à un habitat commun et mutualisent leurs ressources afin de concevoir, réaliser, financer et gérer collectivement cette forme d'habitat. Nombre d'expressions telles que habitat groupé, cohabitat, habitat coopératif, habitat autogéré, habitat solidaire, habitat collaboratif, habitat partagé, habitat communautaire, habitat en autopromotion sont utilisées pour désigner des démarches proches de l'habitat participatif, mais aux contours flous¹. Ces différentes expressions peuvent se cumuler et déboucher sur des modes de réalisation et des formes juridiques variés, que les futurs habitants fassent réaliser leur projet immobilier ou qu'ils se regroupent et construisent eux-mêmes leur habitat (autopromotion). L'expression générique d'habitat participatif a permis – notamment en France à partir des années 2010 – de rendre ces formes d'habitat plus visibles auprès du public et des acteurs potentiellement concernés.

1. CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith , « Habitat participatif », *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017, p. 611-614 ; DEVAUX Camille, *L'habitat participatif. De l'initiative habitante à l'action publique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015.

Cet habitat dit « participatif » semble, dans ses formes sociales, s'apparenter à des formes communautaires. En sociologie, à l'origine, la communauté désigne un mode d'appartenance à un groupe qui s'impose à l'individu, un partage de normes, de valeurs non choisies par l'individu et une identité individuelle surdéterminée par le groupe². Aujourd'hui, sa définition s'étant élargie, la communauté renvoie à plusieurs formes sociales, et notamment à un groupe dont les membres ont choisi d'être unis par un lien social³. Ces membres choisissent de partager un but, un intérêt ou un bien commun et établissent des relations sociales privilégiées entre eux pour partager ce bien commun. Aussi, un groupe de personnes qui ont les mêmes intérêts et qui choisissent de construire et de partager un habitat peut être considéré comme une communauté. Seul le degré de lien et de partage entre futurs habitants peut définir l'habitat participatif comme un habitat communautaire ou quasi communautaire.

DES EXPÉRIENCES PASSÉES ET ACTUELLES D'HABITAT PARTICIPATIF

Les expériences d'habitat participatif ont existé de tout temps⁴. La deuxième moitié du XIX^e siècle et le XX^e siècle en offrent de nombreux exemples. On peut citer l'expérience de l'habitat coopératif développée à Paris en 1867. Napoléon III cherchait à créer un modèle-type de logement reproductible en série dans des quartiers réservés à certains habitants, notamment aux ouvriers. Cette alternative devait fournir des logements collectifs à bon marché et des conditions de salubrité plus supportables que celles des taudis qui constituaient la plupart des quartiers ouvriers. Napoléon III fit construire une cité ouvrière avenue Daumesnil dont la gestion fut cédée à la Société coopérative immobilière des ouvriers de Paris, une des premières coopératives d'habitation du pays⁵. En Suisse, à Zurich, à la fin du

2. TÖNNIES Ferdinand, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

3. SAINSAULIEU Ivan, SALZBRUNN Monika & AMIOTTE-SUCHET Laurent (dir.), *Faire communauté en société : Dynamique des appartenances collectives*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.

4. BACQUÉ Marie-Hélène & CARRIOU Claire, « La participation dans l'habitat, une question qui ne date pas d'hier », *Métropolitiques*, 11 janvier 2012. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : metropolitiques.eu/La-participation-dans-l-habitat.html

5. DUMONT Marie-Jeanne, *Le logement social à Paris, 1850-1930. Les habitations à bon marché*, Liège, Mardaga, 1991.

xix^e siècle, les premières coopératives d'habitants sont apparues, en même temps que se développe le modèle de la cité-jardin théorisé par le Britannique E. Howard. Cet habitat collectif d'abord réservé aux populations aisées, devient progressivement un mode d'habiter choisi par les milieux ouvriers confrontés à la pénurie de logements. Il s'agissait de vivre mieux, proche des villes et des lieux de production, tout en dépensant moins. Ainsi, les ménages ouvriers investissaient dans des sociétés coopératives, en payant une part sociale d'entrée ou par mois, et pouvaient en tant que coopérateurs disposer d'un habitat moins dense que celui des quartiers ouvriers des centres-villes, vivre dans un appartement plus confortable que ceux de l'époque, et partager des services et des espaces communs⁶. En Russie, après la Révolution de 1917, l'appartement communautaire représenta le logement majoritaire dans les grandes villes soviétiques. Les appartements des immeubles de rapport et les hôtels particuliers avaient été divisés en parties individuelles et en partie communes gérées par l'État pour loger des travailleurs et leurs familles⁷. La Suède a également une longue tradition d'habitat communautaire. Il existait déjà dans les années 1930 des « maisons populaires », où plusieurs familles vivaient ensemble. Mais c'est le mouvement féministe suédois qui a joué dans les années 1960 un rôle décisif pour le développement du cohabitat ou de l'habitat groupé, car pour les familles regroupées dans un même habitat, c'était une manière de partager plus également les corvées ménagères entre les hommes et les femmes. Au Danemark, c'est un peu plus tard que le cohabitat – ou l'habitat groupé, que l'on peut définir comme une forme de communauté intentionnelle qui réunit quelques familles ou groupes d'habitants ayant décidé de mettre en commun leurs ressources pour concevoir, réaliser et financer ensemble leur logement, au sein d'un bâtiment ou d'un ensemble de bâtiments géré collectivement par une société dont ils sont fondateurs ou sociétaires –, a vu le jour. Le premier cohabitat fut établi en 1972 pour 27 familles, près de Copenhague. Depuis lors, le mouvement s'est répandu rapidement, et l'expérience danoise s'est affinée en intégrant progressivement les leçons des erreurs commises. Les

6. POUILLAIN Adrien, *Choisir l'habitat partagé. L'aventure de Kraftwerk*, Marseille, Parenthèses, 2018.

7. AZAROVA Katerina, *L'appartement communautaire. L'histoire cachée du logement soviétique*, Paris, éditions du Sextant, 2007.

logements sont devenus beaucoup plus petits en taille qu'ils ne l'étaient il y a 30 ans, et les parties communes beaucoup plus vastes, marquant le fait que les cohabitants veulent partager plus de temps et d'espace ensemble. En France, c'est à travers le mouvement des Castors, après la Libération, que l'habitat de type autogéré et en autopromotion voit le jour. Des familles se regroupent dans différentes villes autour d'expériences d'auto-construction coopérative fondées sur le principe de la mutualisation de la force de travail et des ressources pour construire des logements, dans un contexte de forte pénurie de logements. Le travail collectif, effectué pendant les heures de loisir et les échanges de savoir-faire, viennent pallier l'incapacité des personnes à financer l'achat ou la construction d'un logement. Puis, durant les années 1970-1980, l'habitat collectif autogéré connaît un succès important avec le mouvement hippie. Ces groupes de personnes qui vivent en autogestion rassemblent pour l'essentiel de jeunes couples avec enfants⁸.

Aujourd'hui, cet habitat participatif est une réalité dans de nombreux pays en Europe⁹. Au Danemark, 1,5 % de la population danoise – soit environ 50 000 personnes – vit dans des cohabitats. En Suisse, on estime à 5 % le parc immobilier construit sur le mode de l'habitat participatif, soit 130 000 logements. En Norvège, les chiffres avoisinent 15 % du parc. En Suède, le secteur de l'habitat coopératif représente près de 20 % du parc immobilier du pays, avec une participation des habitants dans le processus de construction.

En France, l'habitat participatif, considéré comme une troisième voie possible à la fois entre l'habitat privé et l'habitat public social, et entre l'accession à la propriété et la location, représente seulement un peu plus de 1 500 logements réalisés ou en cours (voir le site Internet www.habitatparticipatif-france.fr). Plusieurs raisons expliquent que cette forme d'habitat soit encore un phénomène communautaire marginal :

- une méconnaissance et une déconsidération de l'habitat participatif par les habitants extérieurs à ces projets et certains acteurs

8. LEFÈVRE Pierre, *L'habitat participatif : 40 ans d'habitat participatif en France*, Paris, Apogée, 2014.

9. BRESSON Sabrina & TUMMERS Lidewij, « L'habitat participatif en Europe : vers des politiques alternatives de développement urbain ? », *Métropoles*, 15, 2014. DOI : 10.4000/metropoles.4960

- professionnels et politiques du logement (techniciens et élus des collectivités locales) ;
- une durée longue et un financement complexe du projet pour les futurs habitants, car il s'agit de trouver du foncier disponible, des prêts divers (y compris des prêts spécifiques pour financer le logement social) et des garanties d'emprunt auprès des banques, des collectivités locales ;
 - l'absence de prise de risque des collectivités locales et des banques qui ne veulent pas garantir ces emprunts ;
 - des représentations classiques encore fortes à l'égard de la propriété individuelle, des statuts de propriétaire et de locataire, et de la transmission d'un patrimoine notamment chez certains futurs habitants ;
 - le découragement et la sous-estimation de l'investissement sur les questions techniques et architecturales par les futurs habitants.

En examinant de plus près cet habitat participatif français, et notamment en fonction du point de vue des futurs habitants ou des résidents, nous pouvons considérer que cet habitat est une communauté d'individus aux profils particuliers, une communauté d'intentions et de valeurs, une communauté de gestion, et une (quasi) communauté spatialisée de liens et de pratiques sociales¹⁰.

L'HABITAT PARTICIPATIF COMME COMMUNAUTÉ D'INDIVIDUS AUX PROFILS PARTICULIERS

L'habitat participatif, notamment dans sa phase projet, constitue une communauté d'individus aux profils particuliers. Ainsi, on trouve :

10. JOYE Jean-François & MATTHEY Laurent (Coord.) *Engager un projet de coopérative d'habitants dans le Grand Genève*. Guide méthodologique : Interreg V. Devcoop. Institut de gouvernance de l'environnement et développement territorial (IGEDT) Université de Genève, Suisse et Centre de recherche en droit Antoine Favre (Centre Favre) Université Savoie Mont Blanc, France, 2021. ; BOLZMAN Claudio, BRIDJI Slim, DUARTE Paulette *et al.*, « L'habitat coopératif en France et en Suisse. Récits sociologiques de projets et d'expériences d'habiter », in Jean-François Joye & Laurent Matthey (dir.), *Les coopératives d'habitat : une démarche transfrontalière INTERREG V DEVCOOP*, Rapport de recherche, Université Savoie Mont Blanc (USMB) et Université de Genève (UNIGE), 2021, p.55-74.

- « l'intéressé ». Il est celui qui ne connaît pas l'habitat participatif, mais qui souhaite habiter autrement. Ce profil correspond à des individus ou à des familles qui souhaitent devenir propriétaires-locataires de leur logement et qui s'informent avant de se lancer dans ce type de projet ;
- « l'expérimenté ». Il est celui qui a déjà vécu des manières d'habiter proches de l'habitat participatif : la colocation, le partage d'espaces communs dans l'habitat collectif, l'habitat mixte (public et social). Ce profil correspond à des individus ou familles expérimentées qui cherchent à s'engager plus fortement dans le partage de l'habitat ;
- « le militant ». Il est celui qui connaît bien cet habitat, qui lui accorde de nombreuses vertus et qui le défend. Ce profil est celui qui s'engage dans la gestion de l'habitat participatif, voire parfois au-delà, notamment dans des associations ou des collectifs (voir Coordon'ation nationale des associations de l'habitat participatif, Habicoop... en France) pour faire connaître cet habitat et ses valeurs.

L'HABITAT PARTICIPATIF COMME COMMUNAUTÉ D'INTENTIONS ET DE VALEURS

Au démarrage de tout projet d'habitat participatif, les futurs habitants, individus ou familles, ont des intentions communes et souhaitent :

- « Habiter autrement ». Ils ont pour intention d'habiter pour et avec le collectif d'habitants et en lien avec l'environnement. Ainsi, dans l'habitat participatif, il y a un poids fort du collectif sur la vie des habitants, et en milieu rural et périurbain (quasi) dépourvu de voisinage, les habitants réalisent un grand nombre de tâches avec le collectif. L'habitat participatif se veut également ouvert sur l'extérieur de l'habitat. Cette ouverture se traduit par l'attachement des habitants à s'impliquer dans la vie du quartier/village/ville en rejoignant des initiatives, mais aussi en en proposant. En milieu rural/périurbain, ces initiatives peuvent se traduire par de la production (agriculture, boulangerie...) et en milieu urbain par la création d'évènements/rencontres dans les espaces communs de

l'habitat. Les habitants peuvent aussi être très impliqués dans la vie politique municipale ou du quartier, avec une participation à des listes lors d'élections et une forte représentation dans les réunions de parents d'élèves. Ce qui motive également les habitants, c'est de « bien vivre » ou de vivre de manière plus écologique à travers des aménagements pensés dès la construction (bâtiment à faible consommation énergétique, installations de panneaux photovoltaïques...), mais aussi par des actions collectives (partage de denrées, production agricole, achats groupés auprès de producteurs locaux...);

- « Faire de l'habitat un bien commun ». Ces habitants imaginent la question de l'accession au logement et à la propriété, selon d'autres règles que celles qui sont associées au marché immobilier spéculatif classique, pensent investir collectivement dans un habitat à des coûts inférieurs à ceux qui sont en vigueur, et mettre l'homme au cœur de la conception et du fonctionnement de son habitat ;
- « Gérer collectivement son habitat ». Les habitants pensent ensemble dès le départ le projet d'habitat participatif, mettent en place des règles plus ou moins formalisées, font appel à des formes juridiques, puis gèrent au quotidien le fonctionnement de l'habitat ;
- « Respecter l'intimité de chacun ». Ce qui motive chaque habitant, c'est de disposer d'un espace à soi, de profiter de l'intimité de son logement. L'individualité de chacun est parfaitement respectée, et une personne qui souhaite se mettre à l'écart quelque temps n'est pas jugée ou sanctionnée. L'habitat participatif, « c'est faire ensemble, tout en restant chacun chez soi ! ».

À travers et au-delà de ces intentions, ces habitants défendent des valeurs qui sont celles de l'engagement, de l'égalité et de la démocratie, du bien-vivre, de la bienveillance, de l'hospitalité, du partage et de la solidarité, de la mixité sociale (et intergénérationnelle), de l'écologie, de la propriété collective, de la non-spéculation et de la gestion collective. Par exemple, les valeurs de l'égalité et de la démocratie se traduisent par le fait que les habitants imaginent des modes de prise des décisions collectives tant pour concevoir et réaliser le projet que pour prévenir et gérer les conflits. Dans un esprit de collaboration et de responsabilité, chaque habitant est co-décisionnaire, s'il le souhaite, au sein d'un système de gestion collective.

Les valeurs de partage et de solidarité sont présentes dès les réflexions nécessaires à la construction du projet d'habitat, auxquelles s'ajoute l'organisation mise en place pour faire vivre le lieu, créant de fait des liens entre les habitants. Le partage se retrouve aussi dans la mutualisation d'espaces (espaces communs, jardins...) et de services qui favorisent la solidarité, l'échange. La valeur de mixité sociale, quant à elle, s'exprime dans la volonté des habitants de construire différents types de logement pour accueillir une diversité d'individus et de ménages (jeunes, âgés, modestes...). Cette mixité se traduit, par exemple, dans la construction de logements abordables pour les familles modestes ou de logements adaptés aux personnes en perte d'autonomie, et dans la recherche par conséquent de moyens financiers adaptés ou de partenaires pour les aider à réaliser ces logements (bailleurs sociaux...). L'écologie est également mise en avant dans tous les projets. Les habitants cherchent à utiliser des énergies renouvelables, des matériaux durables, à réduire la place de la voiture et limiter le nombre de parkings liés à l'opération, ou à développer des activités qui favorisent le biologique, voire le recyclage (agriculture, jardinage ou bricolage). Enfin, les valeurs du non-spéculatif et de la maîtrise des coûts dans la durée sont souvent présentes dans les projets. Une grande partie des habitants cherche à éviter toute forme de spéculation autour du logement, et donc à sortir l'habitat d'une logique de « rentabilité », en adoptant des formes juridiques qui limitent cette spéculation (propriété collective, parts sociales d'une société détenues par les habitants...). L'ensemble des habitants souhaitent également maîtriser les coûts de leur logement. Le partage d'espaces permet de réduire les surfaces individuelles des logements ; la mutualisation de certains équipements et ressources (voiture, lave-linge, outils...) entraîne des économies d'échelle ; et les échanges de services entre habitants limitent le recours aux services marchands.

L'HABITAT PARTICIPATIF COMME COMMUNAUTÉ DE GESTION

Les personnes qui s'intéressent à cette forme d'habitat se regroupent pour gérer le projet, de son intention à sa réalisation. Elles forment donc un groupe, définissent ensemble les caractéristiques de leurs logements, des espaces communs, etc., et peuvent s'impliquer, comme elles le souhaitent,

dans la gestion quotidienne de leur logement et bénéficier des services offerts par leur habitat.

La définition juridique de l'habitat participatif donnée à l'article L. 200-1 du Code de la construction et de l'habitation (CCH) depuis la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) reflète cette idée de gestion communautaire :

L'habitat participatif est une démarche citoyenne qui permet à des personnes physiques de s'associer, le cas échéant avec des personnes morales, afin de participer à la définition et à la conception de leurs logements et des espaces destinés à un usage commun, de construire ou d'acquérir un ou plusieurs immeubles destinés à leur habitation et, le cas échéant, d'assurer la gestion ultérieure des immeubles construits ou acquis.

Cette communauté de gestion peut être formalisée à travers différents documents (règlement, charte de fonctionnement...) et prendre trois formes juridiques :

- la société d'habitat participatif, qui a un objet limité à des « opérations de construction ou de gestion comprises dans un même programme, comportant une ou plusieurs tranches, d'un même ensemble immobilier » (voir CCH, articles L. 200-1 à L. 202-11) ;
- la société coopérative d'habitants, qui est la forme la plus avancée de cogestion puisque tant la propriété des logements que la gestion de l'immeuble relèvent d'une société coopérative. Bien que les habitants de l'immeuble aient un droit de regard sur le fonctionnement de l'immeuble (ils détiennent des parts sociales de la société coopérative), la société coopérative possède et gère le bien immobilier au nom d'un groupe de personnes avec pour objectif de maintenir des coûts abordables et un fonctionnement pérenne (voir CCH, articles L. 201-1 à L. 202-13) ;
- et la société d'attribution et d'autopromotion dont l'objet est l'attribution de la propriété ou de la jouissance d'un logement à titre de résidence principale aux associés, personnes physiques, outre l'entretien et l'animation des lieux de vie collective qui y sont attachés. Les statuts optent pour l'attribution en jouissance ou en pleine propriété (voir CCH, articles L. 202-1 à L. 202-11).

Cette communauté peut autogérer son habitat, de sa conception à sa gestion courante, mais elle peut associer différentes personnes ou organisations extérieures à différentes étapes de la réalisation du projet. Ainsi, elle peut faire appel à une assistance à maîtrise d'ouvrage (personne publique ou privée) qui saura guider le groupe tout au long de l'avancement de son projet, à une maîtrise d'œuvre qui peut être un cabinet d'architecte – mais aussi un bureau d'étude, un artisan... –, chargée de la mise en pratique technique des besoins du maître d'ouvrage, et déléguer tout ou partie des tâches de gestion courante à une entreprise de gérance professionnelle¹¹.

L'HABITAT PARTICIPATIF COMME (QUASI) COMMUNAUTÉ SPATIALISÉE DE LIENS ET DE PRATIQUES

Au premier abord, la forme matérielle ou spatialisée de l'habitat participatif correspond aux liens et aux pratiques sociales considérés comme communs et à ceux envisagés comme intimes. Des espaces communs (parties communes, salle commune, chambre d'ami, jardin, atelier de bricolage...) côtoient des espaces privés (les appartements des ménages ou des individus). Ou, dit d'une autre manière, des espaces sont destinés à des usages communs, et d'autres espaces à des usages privés.

Cette forme spatialisée diffère de celles de l'habitat individuel, de la copropriété ou de l'habitat strictement communautaire, puisqu'il y a à la fois de vrais espaces communs et des espaces privés qui s'articulent.

11. FEDERATION NATIONALE DES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES D'HLM (FNSCHLM), UNION SOCIALE POUR L'HABITAT, *Accompagner les projets d'habitat coopératif et participatif*, Paris, FNSCHLM, USH, 2011. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : www.union-habitat.org/centre-de-ressources/habitants-politiques-sociales/accompagner-les-projets-d-habitat-participatif

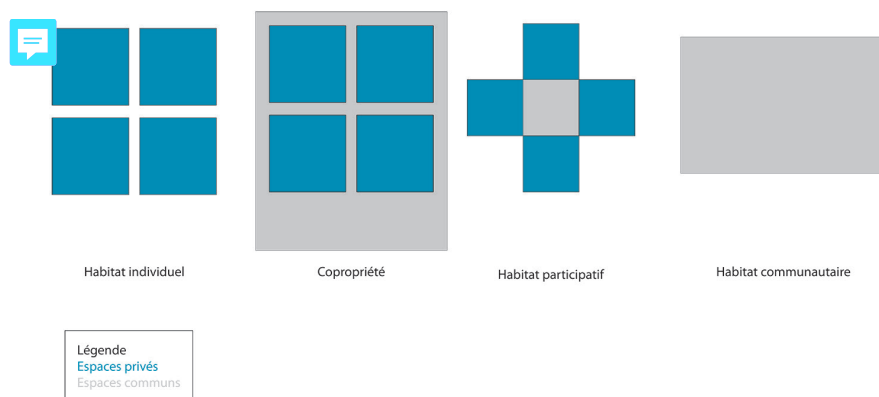


Schéma sur les différents types d'habitat et leur spatialité

Source : Paulette Duarte.

Toutefois, les liens et les pratiques sociales dans l'habitat participatif amènent à questionner cette spatialité. L'habitant a l'usage exclusif d'un appartement, il gère ses activités et aménage l'intérieur de celui-ci comme il le souhaite tout en gardant à l'esprit qu'il est le garant de ce logement pour les habitants suivants. Le « chez-soi » prend alors une nouvelle définition. Il ne se délimite plus à l'espace privatif, mais s'étend à l'extérieur, aux espaces communs. Ainsi, la possibilité offerte dans la plupart des habitats participatifs de réserver la salle de réunion ou encore une chambre d'ami montre que l'intrication entre le dehors et le dedans, entre l'extimité et l'intimité, est telle que le chez-soi est en quelque sorte extensible. D'ailleurs, les habitants utilisent le terme « chez-nous » pour désigner l'ensemble des communs.

Les relations sociales entre voisins qui sont vécues à l'échelle de l'habitat participatif sont souvent qualifiées d'étroites, d'approfondies par les habitants, plus que ne peuvent l'être celles qui prévalent dans l'habitat individuel, voire dans la copropriété. Les habitants cherchent à produire dans leur habitat des formes de solidarité bien plus importantes entre voisins : solidarité pour s'entraider, solidarité pour gérer leurs logements, etc. Nul doute que les intentions incarnées dans le projet de départ et les valeurs défendues par les habitants expliquent cette appréciation des relations

sociales. Néanmoins, les expériences d'habitat participatif montrent que cette sociabilité forte ne va pas de soi, et qu'elle se construit, se déconstruit et se reconstruit constamment.

La question de la juxtaposition et de l'appropriation d'une spatialité dans l'habitat participatif recouvrant pour partie monde privé et monde commun n'est pas vécue comme une difficulté. Elle est bien souvent qualifiée de naturelle et d'équitable. Cependant, les habitants insistent sur le fait que le respect de l'intimité est une valeur importante de l'habitat participatif, qu'il faut réfléchir dès le projet à la configuration et à la qualité des espaces intimes, et que les liens et les pratiques dans cet habitat sont aussi des liens et des pratiques qui échappent au contrôle du groupe, plus personnels. Si la valeur de l'intimité est commune à tous les habitants, sa pratique et sa spatialisation sont discutées, négociées, régulées (règles d'intimité à respecter, taille du logement...), voire individualisées.

L'habitat participatif est donc ici conçu et vécu en dissonance par rapport à l'idée et au fonctionnement d'une communauté. Il n'est pas totalement conçu pour le groupe et vécu de manière collective, mais est également conçu pour des individus et vécu de manière individuelle. Cet habitat n'est, *in fine*, qu'une quasi-communauté!

Bibliographie indicative

- AZAROVA Katerina, *L'appartement communautaire. L'histoire cachée du logement soviétique*, Paris, éditions du Sextant, 2007.
- BACQUÉ Marie-Hélène & CARRIOU Claire, « La participation dans l'habitat, une question qui ne date pas d'hier », *Métropolitiques*, 11 janvier 2012. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : metropolitiques.eu/La-participation-dans-l-habitat.html
- BOLZMAN Claudio, BRIDJI Slim, DUARTE Paulette, GAILLARDIN Florian, RAYMOND Roland & CHATEAUVIEUX Christiane, « L'habitat coopératif en France et en Suisse. Récits sociologiques de projets et d'expériences d'habiter », in Jean-François Joye & Laurent Matthey (dir.), *Les coopératives d'habitat : une démarche transfrontalière INTERREG V DEVCOOP*, Rapport de recherche, Université Savoie Mont Blanc (USMB) et Université de Genève (UNIGE), 2021, p. 55-74.
- BRESSON Sabrina & TUMMERS Lidewij, « L'habitat participatif en Europe : vers des politiques alternatives de développement urbain ? », *Métropoles*, 15, 2014. DOI : 10.4000/metropoles.4960

- CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith, « Habitat participatif », *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017, p. 611-614.
- DEVAUX Camille, *L'habitat participatif. De l'initiative habitante à l'action publique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015.
- DUMONT Marie-Jeanne, *Le logement social à Paris, 1850-1930. Les habitations à bon marché*, Liège, Mardaga, 1991.
- FEDERATION NATIONALE DES SOCIETES COOPERATIVES D'HLM (FNSCHLM), UNION SOCIALE POUR L'HABITAT, *Accompagner les projets d'habitat coopératif et participatif*, Paris, FNSCHLM, USH, 2011. [En ligne, consulté le 16/08/2024.] URL : www.union-habitat.org/centre-de-ressources/habitants-politiques-sociales/accompagner-les-projets-d-habitat-participatif
- JOYE Jean-François & MATTHEY Laurent (Coord.) *Engager un projet de coopérative d'habitants dans le Grand Genève*. Guide méthodologique: Interreg V. Dev-coop. Institut de gouvernance de l'environnement et développement territorial (IGEDT) Université de Genève, Suisse et Centre de recherche en droit Antoine Favre (Centre Favre) Université Savoie Mont Blanc, France, 2021.
- LEFÈVRE Pierre, *L'habitat participatif : 40 ans d'habitat participatif en France*, Paris, Apogée, 2014.
- POULLAIN Adrien, *Choisir l'habitat partagé. L'aventure de Kraftwerk*, Marseille, Parenthèses, 2018.
- SAINSAULIEU Ivan, SALZBRUNN Monika & AMIOTTE-SUCHET Laurent (dir.), *Faire communauté en société : Dynamique des appartenances collectives*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.
- TÖNNIES Ferdinand, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

Sites Internet

<http://www.habitatparticipatif-france.fr>

<http://www.habicoop.fr>



Cohabitat et habitat participatif : perspective comparative sur des modes alternatifs du vivre ensemble

Yaëll EMERICH

Professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit des biens transsystémique et communautés durables

Le cohabitat, ou habitat participatif, met en place une communauté d'usagers partageant un bien commun autour de valeurs communes et établissant des relations sociales privilégiées. Au Canada, son cadre juridique repose essentiellement sur les modèles de coopérative d'habitation, de la fiducie d'utilité sociale ou fiducie foncière communautaire, et des Community Land Trusts. En France, c'est la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dite loi ALUR, promulguée le 24 mars 2014) qui encadre l'habitat participatif.

Mots clés : Cohabitat, *Cohousing*, Habitat participatif, Habitat groupé, Habitat autogéré

Au cohabitat¹ correspond une communauté, au sens d'un groupe de personnes qui partagent un bien commun en raison de valeurs partagées et qui établissent des relations sociales privilégiées entre elles. On peut y voir des communautés intentionnelles, ou une forme de voisinage participatif, qui permettent de donner des réponses novatrices aux enjeux sociaux et environnementaux contemporains². Ces communautés peuvent être façonnées au moyen d'une pluralité de structures juridiques mais, dans tous les cas, des règles sont mises en place pour organiser la gestion du bien commun selon la finalité ou le but fixés par cette communauté. Si

1. L'autrice remercie Yuxiao Zhang pour son aide précieuse au titre d'assistante de recherche. Cette recherche a été financée par le Programme des chaires de recherche du Canada. L'autrice tient aussi à souligner le soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH), qui a aidé à la production de cet article.

2. Voir en ce sens le site Internet de Cohabitat Québec. URL : cohabitat.ca.

ces valeurs, buts ou finalités peuvent varier d'une communauté à une autre, la plupart des cohabitats contemporains ont été mis en place pour répondre à des finalités environnementales et sociales³.

Bien que la notion de cohabitat ou d'habitat participatif soit protéiforme et comporte des variations entre la France et le Québec, le cœur de la notion peut sans doute être situé dans la place particulière qu'occupe l'habitant face à son logement et dans sa communauté, qui se caractérise par une participation directe à la conception et à la gestion de son logement, ainsi que par des valeurs de solidarité, de partage et de durabilité. Quant à son régime juridique, il existe une pluralité de structures juridiques susceptibles d'être utilisées tant en France qu'au Québec. Il est soutenu dans cet article que, sous certaines conditions, le cohabitat et l'habitat participatif peuvent constituer des formes intéressantes d'habitats susceptibles de conduire à une offre de logement abordable qui soit aussi un vecteur de mixité sociale. Après avoir envisagé le concept de cohabitat ou d'habitat participatif (I), on s'intéressera à son cadre juridique au Canada et en France (II), puis à ses limites (III).

LE CONCEPT DE COHABITAT OU D'HABITAT PARTICIPATIF

Définitions et terminologie

Le cohabitat ou habitat participatif réfère dans un sens large à une forme de vie en collectivité. La terminologie « cohabiter » – du latin *habitus*, qui signifie « manière d'être⁴ » – renvoie à une « manière d'être ensemble » ou de « vivre ensemble⁵ ». Plus spécifiquement, le cohabitat ou habitat participatif désigne une forme d'organisation collective de l'habitat mis en place par un groupe de personnes qui, unies par une volonté de collaborer à un mode de vie commun, choisissent de vivre ensemble pour des raisons

3. MCCAMANT Kathryn & DURRETT Charles, *Creating Cohousing: Building Sustainable Communities*, Gabriola, Colombie-Britannique, New Society Publishers, 2011, p. 34.

4. FREUND Wilhelm, *Grand dictionnaire de la langue latine*, traduit par N. Theil, Paris, Didot Frères, 1858 ; *sub verbo* : *Habitus*.

5. *Dictionnaire Larousse*, « Cohabitation » : « Fait de cohabiter, de vivre ensemble. » [En ligne, consulté le 18/08/2024]. URL : www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cohabitation/17010

de valeurs partagées⁶. Il s'agit de créer un milieu de vie communautaire fondé sur des valeurs partagées par une communauté d'habitants, incluant des valeurs d'entraide, de partage, ainsi que des valeurs écologiques ou de développement durable⁷. L'accent est ainsi mis sur l'action collective et sur le lien social plutôt que sur la valeur financière⁸. Le cohabiter ou habitat participatif fait ainsi référence à des projets portés par des groupes d'habitants qui souhaitent sortir du cadre conventionnel de la promotion immobilière pour réaliser collectivement des ensembles de logements, en dehors des cadres traditionnels du marché⁹. Ce type de projet place « l'utilisateur au cœur de la réalisation et de la gestion de son milieu de vie¹⁰ ».

En France, le cohabiter est plutôt désigné sous la terminologie d'habitat participatif¹¹, qu'on emploie quand plusieurs personnes se regroupent pour acheter et concevoir un logement qui correspond à leurs principes

-
6. Voir GROUPE D'INTERVENTION EN HABITAT ÉCOLOGIQUE (ARCHIBIO), *Possibilités, conditions et modalités de développement du cohabiter écologique au Québec*, Québec, Société d'habitation du Québec, 2010, p. 11. [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : www.habitation.gouv.qc.ca/fileadmin/internet/publications/0000021245.pdf; voir aussi LEAFE CHRISTIAN Diana, *Vivre autrement : écovillages, communautés intentionnelles et cohabitats*, Montréal, Écosociété, 2006, et sa définition du cohabiter comme un « groupe de personnes qui choisit de vivre ensemble, pour des raisons de valeurs partagées se traduisant par la volonté de collaborer à un mode de vie commun »; voir aussi OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « Cohabiter » : « Mode d'habitation dans lequel chaque ménage dispose, au sein d'un ensemble immobilier, d'une maison ou d'un appartement qui lui est propre, de même que d'autres communes, et où chacun participe à l'organisation de la communauté. » [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/fiche-gdt/fiche/26533063/cohabiter
 7. Voir COHABITER QUÉBEC CQ2c, *Coopérative de solidarité et Régie du bâtiment du Québec*, 2014 QCCRT 307, § 23 : « Le "cohousing" consiste essentiellement à créer un milieu de vie communautaire fondé sur des valeurs "authentiques" d'entraide et de partage ainsi que sur des valeurs "écologiques". »
 8. BEURTHEY Rolande & COSTES Laurence, « Habitat participatif, habitat groupé : vers une ouverture à la diversité sociale? », *L'Homme & la Société*, vol. 3, n° 208, 2018, p. 271-272. DOI : 10.3917/lhs.208.0269
 9. Voir BIAU Véronique & BACQUÉ Marie-Hélène (dir.), *Habitats alternatifs : des projets négociés ?*, Rapport de recherche, Paris, PUCA, 2010, p. 21 [en ligne, consulté le 18/08/2024]. URL : www.urbanisme-puca.gouv.fr/IMG/pdf/rapport-habitat-alternatif-projets-negociés.pdf; BRESSON Sabrina, « La copropriété repensée dans l'habitat participatif », in Sylvette Denèfle (dir.), *Repenser la propriété : des alternatives pour habiter*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 103.
 10. HABITAT PARTICIPATIF FRANCE, *Livre blanc de l'habitat participatif*, 2011, p. 1. [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : www.habitatparticipatif-france.fr/?LivreBlanc
 11. Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (loi ALUR), Chapitre VI : Créer de nouvelles formes d'accès au logement par l'habitat participatif, articles 47 à 51.

de vies et qu'elles géreront en commun. Les valeurs communes partagées par les membres d'un habitat participatif sont généralement des valeurs de développement durable ou de vie en communauté. On retrouve aussi parfois en France les terminologies d'« habitat groupé » (qui met l'accent sur la morphologie ou le type de logement) ou d'« habitat autogéré » (qui met l'accent sur le type de gestion utilisé), comme alternatives à celle d'habitat participatif. Dans tous les cas, il s'agit de créer un habitat différent des habitats classiques, composé d'espaces privatifs et d'espaces communs permettant de vivre de manière collective tout en respectant l'intimité individuelle, et selon des règles qui respectent la préservation de l'environnement, de la santé et de la mixité sociale et générationnelle.

Au Canada et aux États-Unis, la terminologie « cohabitat » coexiste avec celle de *cohousing*¹². En outre, la terminologie « cohabitats » est parfois utilisée dans un sens large pour référer à des « écoquartiers ». Dans ce dernier cas cependant, l'impulsion vient d'une opération urbanistique initiée par la municipalité¹³. Il s'agit donc ici davantage d'une communauté imposée dans le cadre d'un projet gouvernemental que d'une communauté spontanée, généralement considérée comme étant une caractéristique des cohabitats.

Renouveau contemporain des cohabitats et des habitats participatifs

Si l'organisation de la vie en communauté n'est pas nouvelle – on en trouve notamment la trace historique en droit romain¹⁴ ou chez les peuples des Premières Nations¹⁵ – cette forme d'organisation collective de l'habitat a

12. *Cambridge Dictionary*, « Cohousing ». [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : dictionary.cambridge.org/dictionary/english/cohousing ; voir, par exemple, pour un usage de cette terminologie au Canada : BILLARD Gérald, MADORÉ François & ANNONNET Sébastien, « Construire sa résidence pour bien vieillir : le cas du *cohousing* en Amérique du Nord », *Gérontologie et société*, vol. 43, n° 165, 2021, p. 33. DOI : 10.3917/gsl.165.0033

13. MAJOR Annie-France, *Évaluation des quartiers durables : un référentiel pour les municipalités québécoises*, essai de maîtrise en environnement, Université de Sherbrooke, 2014 [non publié], p. 16. [hdl.handle.net : 11143/7310](https://hdl.handle.net/11143/7310)

14. STOOB B.C., « Roman Law Antecedents of the Horizontal Division of Ownership », *Fundamina, A Journal of Legal history*, n° 5, 1999, p. 107.

15. PERRY Adele, « From “the hot-bed of vice” to the “good and well-ordered Christian home”: First Nations Housing and Reform in Nineteenth-Century British Columbia », *Ethnohistory*, vol. 50, n° 4, 2003, p. 587-610 : 595 et s. DOI : 10.1215/00141801-50-4-587

récemment gagné en importance, y compris dans des contextes urbains dominés par le libéralisme économique.

Tant en France qu'au Québec, le renouveau contemporain du concept de cohabitat ou d'habitat participatif date des années 1970. Il est principalement dû à son développement important en Europe, notamment au Danemark (où 1,5 % de la population vit dans un cohabitat) ou aux Pays-Bas (qui compte environ 300 cohabitats). En Norvège, le parc des cohabitats constitue environ 15 % du parc immobilier. Le concept se développe aussi en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis. On en dénombre aujourd'hui une quinzaine au Canada et plus de 1 000 en France.

Cohabitat Québec constitue un exemple de cohabitat multigénérationnel situé dans la ville de Québec. Le règlement interne de Cohabitat Québec prévoit notamment qu'il s'agit de :

créer un voisinage plus humain et plus écologique selon le concept du cohabitat (*cohousing*) ; de regrouper des familles qui partagent des valeurs telles que : convivialité, entraide, respect de l'autre et de l'environnement, authenticité, diversité, mode de vie sain et simplicité et qui s'impliquent dans le développement et le fonctionnement du cohabitat ; offrir une solution alternative d'habitation aux familles ; favoriser la cohabitation des générations ; augmenter le sentiment de sécurité et d'appartenance à leur communauté ; entretenir une relation harmonieuse au sein du quartier [...] ¹⁶.

Cohabitat Québec, qui prend la forme juridique mixte de 42 copropriétés divisées ¹⁷ gérées en coopératives de solidarité ¹⁸, fournit une formule d'habitation unique au Québec, qui « vise à cultiver la vie en groupe ¹⁹ ».

16. COHABITAT QUÉBEC CQ2 c, *Coopérative de solidarité et Régie du bâtiment du Québec*, 2014 QCCRT 307, § 68.

17. COHABITAT QUÉBEC, *Déclaration de copropriété divisée*, article 5 : « Conformément à l'état descriptif des fractions, l'immeuble est composé de quarante-deux (42) parties privatives d'habitation. » [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : www.cohabitat.ca/wp-content/uploads/2021/12/2021-DCL.pdf

18. COHABITAT QUÉBEC, *Règlement de régie interne (RRI)*. [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : www.cohabitat.ca/wp-content/uploads/2021/12/2021-CQ-RRI-3.1.pdf

19. PORTER Isabelle, « Le projet Cohabitat l'emporte contre la Régie du Bâtiment », *Le Devoir* [en ligne], 22 novembre 2016. URL : www.ledevoir.com/politique/ville-de-quebec/485291/

La question s'est posée en justice de savoir si Cohabitat Québec, qui prend la forme juridique d'une coopérative de solidarité constituée en vertu de la loi sur les coopératives, devait être considérée comme un entrepreneur. Il a été jugé dans cette affaire que la loi prévoyant que l'activité d'une coopérative avec ses membres ne constitue pas un moyen de profit » (art. 128, loi sur les coopératives). Cohabitat « ne peut en conséquence se qualifier comme entrepreneur au sens de l'article 7 de la loi sur le bâtiment » et « [l]es occupants des unités sont ses membres et non ses clients²⁰ ». Dès lors, la Cour en a conclu que :

Cohabitat, en tant que coopérative de solidarité, n'est pas habilitée à générer ou chercher à générer des profits. Dans le cadre de sa relation avec ses membres, elle n'exerce pas d'activités commerciales et n'est donc pas, de par sa nature, un entrepreneur au sens du Code civil du Québec²¹. (Nos italiques.)

Ainsi, alors même que la structure juridique utilisée s'appuie également sur la copropriété, le fait de passer par le véhicule de la coopérative de solidarité fait en sorte que le cohabitat se déroule dans ce cas largement en dehors du cadre traditionnel du marché.

Un autre exemple intéressant est celui du Mouvement Colibris, qui encourage l'établissement d'habitats groupés depuis 2017 et qui s'est propagé dans 45 groupes locaux en France, en Belgique et en Suisse, sous forme d'habitats participatifs ou de coopératives d'habitants. L'association Colibris se présente comme allant « à contre-courant de l'habitat classique²² ». Ce type d'habitat est composé :

d'espaces privés ou appartements autonomes, ainsi que d'espaces communs (jardins ou salles communes) ; il prône l'épanouissement de la vie sociale sans affecter l'épanouissement de chaque individu ; il nécessite la volonté de vivre de manière collective ; il suppose que les habitants soient les gestionnaires et les acteurs de leur mode de vie ; il intègre une

le-projet-cohabitat-l-emporte-contre-la-regie-du-batiment (consulté le 18/08/2024).

20. COHABITAT QUÉBEC, CQ2c. *Régie du bâtiment du Québec*, 2014 QCCRT 307, § 138.

21. *Ibid.*, § 150.

22. Voir le site Internet du mouvement : www.colibris-lemouvement.org/passez-a-laction/creer-son-projet/monter-un-habitat-groupe (consulté le 18/08/2024).

construction qui respecter la santé des habitats et la préservation de l'environnement et il encourage une mixité sociale et générationnelle²³.

Toujours selon le site de ce projet, l'habitat partagé permet notamment de « favoriser les échanges entre citoyens », de réduire l'impact écologique²⁴ et de favoriser « l'accès à un logement de qualité et à un prix juste car adapté aux besoins de chacun en économisant moyens et espaces ». Cette volonté de vivre de manière collective semble au cœur de ce type de projet.

LE CADRE JURIDIQUE DU COHABITAT ET DE L'HABITAT PARTICIPATIF

Cadre juridique au Canada

Plusieurs structures juridiques peuvent être utilisées pour réaliser un cohabitat au Québec et au Canada. La principale forme juridique des cohabitats au Québec reste celle de la coopérative d'habitation, même si le cadre de la fiducie peut également être utilisé. L'utilisation de structures juridiques mixtes, alliant coopérative d'habitation et copropriété divise ou coopérative d'habitation et fiducie d'utilité sociale (parfois désignée dans le cadre du logement comme une « fiducie foncière communautaire » pour faire le pendant avec le *community land trust* des provinces de common law), est également possible pour mettre en place un cohabitat.

Coopérative d'habitation

Aux termes de l'article 220 de la loi sur les coopératives, « Une coopérative d'habitation est celle qui a pour objet principal de faciliter à ses membres l'accès à la propriété ou l'usage d'une maison ou d'un logement²⁵ ». La coopérative d'habitation est « une personne morale qui regroupe des personnes qui ont des besoins en matière d'habitation et qui, en vue de les satisfaire, s'associent pour exploiter une entreprise conformément

23. Voir le site Internet du mouvement : colibris-lemouvement.org (consulté le 18/08/2024).

24. Cet impact est réduit par « l'utilisation de matériaux de construction écologique (bois, paille, terre cuite), des énergies renouvelables (solaire ou éolienne) et encourage les transport doux ».
[En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : colibris-lemouvement.org

25. Loi sur les coopératives, c-67.2, art. 220.

aux règles d'action coopérative²⁶ ». Dans tous les cas, la coopérative « doit préserver l'affectation sociale ou communautaire d'un tel immeuble²⁷ ».

Généralement dans ce type de modèle, la coopérative est propriétaire de l'immeuble et consent des droits d'usage ou de jouissance à ses membres au moyen d'un contrat de bail de logement. Il est notamment prévu par cette loi que « [l]a coopérative d'habitation peut louer des logements à ses membres » (art. 221) et que « [p]our être admise comme membre d'une coopérative visées à l'article 221, une personne doit être partie à un bail de location d'une unité de logement appartenant à la coopérative » (art. 221.1).

S'agissant des droits conférés aux membres sur les biens de la coopérative, il ne s'agit pas de droit de propriété au sens strict – puisque c'est typiquement la coopérative qui est propriétaire de l'immeuble – mais plutôt de droit d'usage et de gestion²⁸. Toutefois, les membres de la coopérative ont davantage de droits que des locataires, si bien qu'ils sont parfois dénommés « propriétaires-usagers²⁹ ». D'une part, les membres ont un pouvoir de gestion qu'ils exercent à travers l'assemblée générale et les administrateurs, qui agissent comme mandataires. Sont notamment décidées de façon communautaire les conditions de l'habitation, incluant le coût du logement, le choix des voisins, la possibilité d'expulsion de certains indésirables, ainsi que le choix de son environnement³⁰. D'autre part, parallèlement à la signature d'un bail, les membres sont invités à signer un contrat de membre, lequel précise les droits et obligations découlant de l'adhésion d'un membre à la coopérative³¹.

Le mode de la coopérative est très développé au Québec – on en recense aujourd'hui plus de 1300 – et constitue donc un mode concurrentiel important par rapport à la copropriété pour le vivre ensemble. La vocation première des coopératives d'habitation est de loger une frange plus vulnérable

26. FRENETTE François, ROY Vincent & BOUCHARD Jean, « La coopérative d'habitation à capitalisation individuelle : retour sur les voies de son accomplissement en droit civil québécois », *Revue du Notariat*, vol. 114, n° 3, 2012, p. 505. DOI : 10.7202/1044750ar

27. Loi sur les coopératives, art. 221.2.4.

28. CHARBONNEAU Ronald & SYLVESTRE Pierre, *La coopérative d'habitation et la loi*, Montréal, ECK, 1981, p. 135.

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*, p. 136.

31. *Ibid.*

de la population : étudiants, artistes, immigrants, aînés, femmes monoparentales etc., dont le pourcentage est plus élevé que dans d'autres modes d'habitation³². Si on le compare au modèle de la copropriété, la coopérative d'habitation remplit certainement mieux son rôle de mixité sociale.

En outre, la coopérative d'habitation permet aussi de fonctionner sur un modèle de durabilité. Selon la Fédération de l'habitation coopérative du Canada, « les coopératives d'habitation du Canada démontrent depuis longtemps leur profonde préoccupation pour la viabilité environnementale³³ ». Récemment, davantage de coopératives d'habitations tentent de réaliser des bâtiments écologiques. Selon la *Stratégie de développement durable VERT L'AVENIR* (la *stratégie*) publiée par la Confédération québécoise des coopératives d'habitation, « les membres de coopératives d'habitation s'intéressent de plus en plus au principe de développement durable³⁴ ». Dans une perspective de logement coopératif, la *stratégie* encourage à « envisager en premier lieu des façons de faire responsables quant à la construction et à la rénovation des bâtiments³⁵ ».

La fiducie d'utilité sociale et le modèle des Community Land Trusts

Le véhicule fiduciaire peut également être utilisé comme mode alternatif du vivre ensemble. Comme ce modèle est en partie influencé par celui des *Community Land Trusts* (CLTs) de la common law, on en dira d'abord quelques mots.

32. PARADIS BOLDUC Lydia & DUCHAINE Paola, « Des logements moins chers, une gestion collective et pas de propriétaire unique : tout savoir sur ce modèle qui présente bien des atouts », in « Les coopératives d'habitations (I) », *ecohabitation.com*, 11 mai 2021 [en ligne, consulté le 18/08/2024]. URL : www.ecohabitation.com/guides/3298/les-cooperatives-dhabitations/

33. FÉDÉRATION DE L'HABITATION COOPÉRATIVE DU CANADA, « La viabilité environnementale et les coopératives » [en ligne, consulté le 18/08/2024]. URL : fhcc.coop/a-propos-de-lhabitation-cooperative/la-viabilite-environnementale-et-les-cooperatives/

34. CONFÉDÉRATION QUÉBÉCOISE DES COOPÉRATIVES D'HABITATION, « La Stratégie de développement durable VERT L'AVENIR », 2012, p. 4. [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : guide.cooperativehabitation.coop/wp-content/uploads/2022/06/29.10_Strategie-de-developpement-durable-Vert-l_Avenir.111docx.pdf

35. *Ibid.*, p. 9. Par exemple, les acteurs modifient leur comportement à l'égard de la gestion des matières résiduelles, de l'utilisation de l'énergie et de l'eau et du contrôle des émissions de gaz à effet de serre.

Community Land Trust

Aux États-Unis, le modèle des *Community Land Trusts* (CLTs) peut également être cité comme mode alternatif du vivre ensemble. Ce modèle tire sa source de la justice sociale, et en particulier du mouvement des droits civiques des années 1960³⁶. Au fur et à mesure, le cadre des CLTs a été étendu à d'autres groupes désavantagés, telles que les personnes à revenus faibles et les minorités raciales. Par conséquent, la priorité des CLTs dans ce cadre est d'assurer le prix abordable des logements. Selon la définition de l'*Institute for Community Economics* (ICE), un CTL est une société privée à but non lucratif créée pour acquérir et détenir des terres, au profit d'une communauté et de fournir un accès sûr et abordable à des terres et à des logements pour les résidents de la communauté³⁷. Comme le précise Jinny Turman, les CLTs réfèrent à un type de propriété foncière « quasi-public », qui écarte des terres du marché spéculatif, par l'intermédiaire d'un organisme à but non lucratif ou d'une société de développement communautaire³⁸. Les CLTs assument en effet la fonction de vendre des logements aux individus à des prix en-dessous du prix du marché³⁹.

Le *Parkdale Neighborhood Land Trust* (PNLT) est l'un des CLTs les plus célèbres au Canada. Situé dans le quartier Parkdale, à Toronto, le PNLT est un CLT à but non lucratif, qui vise à redéfinir l'utilisation et le développement des terres en offrant des logements abordables et à promouvoir la participation communautaire⁴⁰. Plusieurs projets récents

36. GRAY Karen A, « Community Land Trusts in the United States », *Journal of Community Practice*, vol. 16, n° 1, 2008, p. 65-78 : 70. DOI : 10.1080/10705420801977999

37. *Ibid.*, p. 68 (notre traduction).

38. TURMAN Jinny A, « "To Strike a Fair Balance": The Peacemakers and the Community Land Trust Movement in West Virginia, 1970-1982 », *West Virginia History: A Journal of Regional Studies*, vol. 11, n° 1, 2017, p. 45-71 : 45. [En ligne.] URL : www.jstor.org/stable/44863060

39. Voir ABROMOWITZ David M., « An Essay on Community Land Trusts: Towards Permanently Affordable Housing », *Mississippi Law Journal*, vol. 61, n° 3, 1991, p. 663 : 668 : « In either case, before a sale can be completed the CLT will have the option to purchase the housing at the formula price (or, if lower, then market value). » Voir aussi CRABTREE Louise *et al.* (dir.), *Principles and Practices of an Affordable Housing Community Land Trust Model*, Projet de recherche pour l'Australian Housing and Urban Research Institute : UNSW-UWS Research Centre, 2012, 59 p. : 9 : « perpetual affordability ». [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : handle.uws.edu.au:8081/1959.7/518152

40. Voir le site Internet du CLT concerné : www.pnlt.ca/about/ [consulté le 18/08/2024].

de CLTs sont en cours : l'un concerne 82 maisons unifamiliales avec 154 unités à l'ouest de Toronto⁴¹, l'autre s'engage à protéger la diversité et l'accessibilité du quartier Kensington Market de Toronto.

Fiducie d'utilité sociale

En droit civil québécois, la fiducie « résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer » (art. 1260 du Code civil du Québec – C.c.Q.). Il est en outre précisé à l'article 1261 C.c.Q. qu'aucun des protagonistes à l'opération fiduciaire n'est propriétaire : il s'agit d'un « patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ». Le patrimoine d'affectation est donc un patrimoine détaché à la fois du patrimoine personnel du fiduciaire, puisqu'il s'agit d'un patrimoine entièrement autonome, mais aussi d'un patrimoine détaché de la propriété⁴². Dans ce cas, le patrimoine existe pour l'affectation qui lui est donnée, plutôt que pour un propriétaire⁴³. Plus spécifiquement, la fiducie d'utilité sociale est « constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique » (art. 1270 C.c.Q.). Plutôt que de bénéficier à une ou plusieurs personnes déterminées, elle tend à favoriser « le public en général » ou « une partie importante de ce public »⁴⁴.

La fiducie d'utilité sociale peut être utilisée comme véhicule de mise en place d'un accès à un logement abordable⁴⁵. Un constituant – typiquement une municipalité, un organisme à but non lucratif (OBNL) ou un organisme communautaire propriétaire d'un immeuble – peut transférer

41. « City of Toronto to transfer TCHC's single-family housing to non-profit housing sector », *toronto.ca* [en ligne], 25 juin 2021. URL : www.toronto.ca/news/city-of-toronto-to-transfer-tchcs-single-family-housing-to-non-profit-housing-sector/ (consulté le 18/08/2024).

42. Voir EMERICH Yaëll, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 344, 347.

43. MARCHAND Marie-Anne, *Les fiducies d'utilité sociale : synthèse des connaissances*, Montréal, Territoires innovants en économie sociale et solidaire (TIESS), 2019, 50 p. : 14. [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : tiess.ca/outils/les-fiducies-dutilite-sociale-synthese-de-connaissances

44. BOUCHER Valérie, « Fiducie », *Jurisclasseur Québec*, « Biens et publicité des droits », § 128.

45. Sur la possibilité d'utiliser la fiducie comme instrument pour procurer un logement abordable, voir BEAULNE Jacques (dir.), *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2015, 3^e éd., p. 101.

un immeuble dans un patrimoine fiduciaire pour le bénéfice d'une partie du public ayant des besoins en logement. Dans ce cas, les bénéficiaires visés par l'acte constitutif (pouvant appartenir à une catégorie large du public) peuvent se voir conférer des droits de jouissance sur l'immeuble.

L'avantage de ce type d'arrangement est que la municipalité (ou l'OBNL) peut conserver la propriété de l'immeuble, tout en l'affectant à une destination spécifique, en l'espèce le logement. De plus, cet arrangement a vocation à durer dans le temps puisque la fiducie d'utilité sociale peut être perpétuelle⁴⁶. Finalement, les bénéficiaires peuvent changer, tant qu'ils remplissent les conditions relatives à la qualité de bénéficiaire. Toutefois, dans un tel cadre, il faut prévoir au moins un fiduciaire qui assumera la gestion de l'immeuble. Dans ce cas, la gestion par les habitants est donc moins directe et moins collective que dans d'autres arrangement tels que la copropriété ou *a fortiori* la coopérative.

On peut citer comme exemple de fiducie d'utilité sociale dans le contexte du logement l'OBNL TerraVie, situé dans les Laurentides, qui invite les personnes intéressées à construire une habitation écologique sur le territoire qu'il préserve perpétuellement en fiducie, à signer avec lui une « convention d'habitation résidentielle écologique ». Plus spécifiquement, le fonds foncier communautaire de TerraVie se fonde sur la « vocation de développement de collectivités écologiques viables ». Ainsi, le fonds protège, conserve, aménage « écologiquement des terres pour la communauté », et veille également à « ce que l'utilisation de la terre soit conforme aux stipulations de sa charte et de ses règlements » en tant que fiduciaire⁴⁷.

Ainsi, au-delà de la variété des modèles possibles, on remarque que ces modes alternatifs du vivre ensemble peuvent non seulement faciliter l'accès à la propriété et au logement, mais également exacerber l'aspect collectif du vivre ensemble.

46. Voir l'article 1273 du Code civil du Québec.

47. Voir la foire aux questions sur le site Internet TerraVie. URL : www.terravie.org/?page_id=719 (consulté le 18/08/2024).

Cadre juridique en France

Statut légal

En droit français, la loi ALUR du 24 mars 2014 a reconnu l'habitat participatif comme une « démarche citoyenne⁴⁸ ». L'article L 200-1 du Code de la construction et de l'habitation, qui a intégré ces dispositions, dispose que :

L'habitat participatif est une démarche citoyenne qui permet à des personnes physiques de s'associer, le cas échéant, avec des personnes morales, afin de participer à la définition et à la conception de leurs logements et des espaces destinés à un usage commun, de construire ou d'acquérir un ou plusieurs immeubles destinés à leur habitation et, le cas échéant, d'assurer la gestion ultérieure des immeubles construits ou acquis. [...] l'habitat participatif favorise la construction et la mise à disposition de logements, ainsi que la mise en valeur d'espaces collectifs dans une logique de partage et de solidarité entre habitants.

Les participants à ce type de projet collaboratif peuvent notamment utiliser deux types de véhicules juridiques : la coopérative d'habitants ou la société d'attribution et d'autopromotion⁴⁹. En premier lieu, les sociétés coopératives attribuent aux habitants la jouissance d'un logement par l'acquisition de parts sociales. Aux termes de l'article L 201-1 du Code de la construction et de l'habitation, les coopératives d'habitants sont des sociétés à capital variable régies également par les dispositions portant statut de la coopération prévues par le Code de commerce. Toujours selon le Code de la construction et de l'habitation, elles « ont pour objet de fournir à leurs associés personnes physiques la jouissance d'un logement à titre de résidence principale et de contribuer au développement de leur vie collective [...] » (art. L 201-2). En outre, le contrat coopératif conclu entre la société et les associés confère à l'associé un droit de jouissance sur un logement (art. L 201-8).

Quant aux sociétés d'attribution et d'autopromotion, il s'agit de sociétés à capital variable (art. L 202-1) qui « ont pour objet d'attribuer aux associés personnes physiques la propriété ou la jouissance d'un logement

48. Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JO, 26 mars 2014, art. L. 200-1.

49. BRESSON Sabrina, « La copropriété repensée dans l'habitat participatif », *op. cit.*, p. 105-106.

à titre de résidence principale et d'entretenir et animer les lieux de vie collective qui y sont attachés » (art. L 202-2). Ces sociétés peuvent donc attribuer la propriété du logement, lequel est alors divisé en lots. Dans ce dernier cas, les associés deviennent copropriétaires – si bien que le statut juridique de l'habitat participatif n'est pas totalement distinct de celui de la copropriété⁵⁰. On a pu considérer en doctrine que ce qui distingue alors l'habitat participatif des copropriétés ordinaires est la « prévalence du collectif sur la propriété individuelle du logement, l'idée de faire ensemble (concevoir et gérer) et de vivre ensemble (cohabiter et partager)⁵¹ ».

Rien n'empêche de cumuler les structures juridiques. Par exemple, une coopérative de construction de logement (où seule la construction est réalisée par une société coopérative) peut se transformer en habitat coopératif, si les habitants sont propriétaires du logement mais conservent certains espaces collectifs qu'ils gèrent ensemble⁵². On constate toutefois qu'en pratique, la majorité des collectifs d'habitants fonctionnent au-delà voire en dehors de ce cadre juridique, en imaginant eux-mêmes un statut en fonction de leurs aspirations⁵³.

Autres statuts issus directement des groupes communautaires

La plupart des groupes existants se dotent de règles de fonctionnement qui débordent le cadre légal prévu par la loi ALUR, en prévoyant des règlements ou des chartes qui vont plus loin que les statuts prévus par la loi et les distinguent des copropriétés, notamment par un accent mis sur la gouvernance démocratique, sur la cooptation et l'anti-spéculation⁵⁴.

Par exemple, tandis que la vente d'une copropriété suit souvent le prix du marché, l'habitat participatif privilégie « des dimensions "non marchandes" et plus humaines⁵⁵ ». En ce qui concerne la gouvernance d'un

50. *Ibid.*, p. 106.

51. *Ibid.*

52. MIRALLES BUIL Diego, « Habitat participatif », in Marie Cornu, Fabienne Orsi & Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, 2^e éd., p. 661-662.

53. *Ibid.*, p. 663. Voir aussi le site Internet de Habitat Participatif France. URL : www.habitatparticipatif-france.fr/?AccueilHPF (consulté le 18/08/2024).

54. BRESSON Sabrina, « La copropriété repensée dans l'habitat participatif », *op. cit.*, p. 106.

55. BEURTHEY Rolande & COSTES Laurence, « Habitat participatif, Habitat groupé : Vers une ouverture à la diversité sociale ? », *op. cit.*, p. 283.

bâtiment partagé, tous les habitants participent aux décisions relatives à la résidence coopérative. Il est nécessaire de se conformer à une charte qui fixe « les règles de fonctionnement interne⁵⁶ », mais il n'y a pas dans l'habitat participatif d'organisme extérieur comme un syndic de copropriété. De plus, alors que dans l'habitat participatif chaque habitant a un vote égal pour prendre les décisions, le pouvoir d'un copropriétaire est lié à la valeur de son bien possédé⁵⁷. Enfin, les logiques du renouvellement des habitants diffèrent entre l'habitat participatif et la copropriété. Le recrutement des membres dans un habitat participatif se base moins sur des facteurs économiques que sur des critères éthiques, afin d'assurer une vie collective harmonieuse⁵⁸.

LE COHABITAT ET SES LIMITES

Cohabitat et concepts connexes

Cohabitat et copropriété

Si, dans un sens large, le cohabitat peut aller jusqu'à inclure des structures juridiques de type copropriétaire, les deux concepts peuvent être distingués. Dans le cadre de l'habitat participatif, chaque habitant dispose d'espaces privatifs mais également d'un accès à des espaces communs à partager. Tout comme en copropriété, des espaces (terrasse commune, jardin ou potager commun, étage réservé aux enfants, logement pour accueillir des amis), mais aussi des biens (véhicule à partager) ou des services (laverie commune) peuvent être mis en commun. Tant dans le cadre de l'habitat participatif que de la copropriété, les espaces communs renvoient à des espaces qui n'appartiennent pas à une personne exclusivement. Si les types d'habitation peuvent varier (il peut s'agir d'un immeuble ou de maisons individuelles), les participants au cohabitat établissent généralement des règles de gestion durable (matériaux de construction, dépenses énergétiques, panneaux solaires, gestion des déchets, moyens

56. *Ibid.*, p. 284.

57. DEVAUX Camille, « L'habitat participatif : vers la démocratisation de la production du logement ? », *Lien social et Politiques*, n° 73, 2015, p. 157-175 : 158. DOI : 10.7202/1030956ar

58. BEURTHEY Rolande & COSTES Laurence, « Habitat participatif, Habitat groupé : Vers une ouverture à la diversité sociale ? », *op. cit.*, p. 284-285.

de transport écologiques) – ce qui peut aussi parfois être le cas en copropriété⁵⁹.

D'un point de vue juridique, les parties communes en copropriété sont toutefois régies par les dispositions relatives à la copropriété. En droit français, c'est par la loi n° 65-557 du juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, et notamment par son article 3, qui dispose que :

Sont communes les parties des bâtiments et des terrains affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux. Dans le silence ou la contradiction des titres, sont réputées parties communes : le sol, les cours, les parcs et jardins, les voies d'accès ; le gros œuvre des bâtiments, les éléments d'équipement commun, y compris les parties de canalisations y afférentes qui traversent des locaux privés ; les coffres, gaines et têtes de cheminées ; les locaux des services communs ; les passages et corridors.

On trouve une disposition similaire au Québec dans l'article 1044 du Code civil du Québec.

Quant aux espaces communs dans le cadre d'un habitat participatif, ils mettent l'accent sur les valeurs de partage et de solidarité entre habitants, conformément à l'article L. 200-1 al. 2 de la Loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, au terme duquel « l'habitat participatif favorise la construction et la mise à disposition de logements, *ainsi que la mise en valeur d'espaces collectifs dans une logique de partage et de solidarité entre habitants* » (nos italiques)⁶⁰. Ces valeurs de partage et de solidarité, ainsi que le caractère en partie hors du marché des cohabitats, permettent de les distinguer des copropriétés au sens technique.

59. Voir en ce sens EMERICH Yaëll, « Le modèle de la copropriété québécoise : une forme de propriété collective vecteur de durabilité ? », in Béatrice Balivet, Yaëll Emerich & Imane Oualji (dir.), *Les copropriétés à l'aune des transitions urbaine, environnementale et digitale : perspectives comparatives*, Lyon, Edilaix, p. 35 et suiv.

60. Voir la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JO, 26 mars 2014, art. L. 200-1, alinéa. 2 : « En partenariat avec les différents acteurs agissant en faveur de l'amélioration et de la réhabilitation du parc de logements existant public ou privé et dans le respect des politiques menées aux niveaux national et local, l'habitat participatif favorise la construction et la mise à disposition de logements, *ainsi que la mise en valeur d'espaces collectifs dans une logique de partage et de solidarité entre habitants.* » (Nos italiques.)

Copropriété et colocation

On a parfois pu présenter l'habitat participatif comme un mélange entre la copropriété et la colocation. En effet, les habitants sont parfois propriétaires ensemble mais ils peuvent également être locataires. Dans tous les cas cependant, il n'existe pas de syndicat de copropriété dans l'habitat participatif.

Limites du cohabitat et de l'habitat participatif

Si le cohabitat et le *cohousing* permettent une participation citoyenne active et volontaire des habitants, certains le considèrent toutefois comme étant trop chronophage⁶¹. On a également souligné la présence de certaines barrières culturelles et géographiques, notamment dans les environnements ruraux, puisque ce type d'habitat est peu familier et que certaines populations vivent déjà dans des communautés fortes⁶².

Surtout, plusieurs soulignent que le *cohousing* se heurte au défi d'une véritable mixité sociale, puisque le mécanisme reste encore majoritairement réservé à des classes moyennes et supérieures blanches⁶³. Selon Gérald Billard, François Madoré et Sébastien Angonnet, « [c]ette sélectivité sociale dans l'accès au *cohousing* constitue probablement l'une des limites majeures à un plus large déploiement de cette forme d'habitat, qui requiert de la part de ceux qui s'y engagent qu'ils maîtrisent tous les pans de la conception, de la réalisation, puis de la gestion de l'ensemble immobilier⁶⁴ ».

61. BILLARD Gérald, MADORÉ François & ANGONNET Sébastien, « Construire sa résidence pour bien vieillir : le cas du *cohousing* en Amérique du Nord », *op. cit.*, p. 44.

62. WEEKS Lori E. *et al.*, « Barriers Faces in the Establishment of Cohousing Communities for Older Adults in Eastern Canada », *Journal of Housing for the Elderly*, vol. 34, n° 1, 2020, p. 70-85 : 78. DOI : 10.1080/02763893.2019.1627267

63. BILLARD Gérald, MADORÉ François & ANGONNET Sébastien, « Construire sa résidence pour bien vieillir : le cas du *cohousing* en Amérique du Nord », *op. cit.*, p. 45. Voir aussi sur ce phénomène en France ARGOUX David, « Vieillesse, citoyenneté, habitat », in Sylvette Denèfle (dir.), *Repenser la propriété. Des alternatives pour habiter*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 158 ; LABIT Anne, « Choisir la location collaborative plutôt que la propriété individuelle pour vieillir en solidarité », in Sylvette Denèfle, *Repenser la propriété. Des alternatives pour habiter*, *op. cit.*, p. 142-143.

64. BILLARD Gérald, MADORÉ François & ANGONNET Sébastien, « Construire sa résidence pour bien vieillir : le cas du *cohousing* en Amérique du Nord », *op. cit.*, p. 45.

Sans doute est-il possible de palier en partie à ces critiques. Sur le caractère chronophage du cohabitat ou de l'habitat participatif, on peut objecter que si le *cohousing* souffre ici de ses caractéristiques permettant une meilleure participation citoyenne des habitants, cette participation se fait toutefois sur une base volontaire, de la part de personnes qui décident justement de participer plus activement à leur milieu de vie.

Pour ce qui est de la mixité sociale, l'objection est plus lourde. D'un point de vue structurel, il est vrai que cette option risque naturellement d'attirer davantage des citoyens engagés qui sont aptes à maîtriser les différents aspects de la gestion de leur logement. Toutefois, il ne faut pas confondre accès et compétence et il existe certainement des moyens juridiques et politiques de rendre l'option de cohabitat et de l'habitat participatif plus attractif pour une frange plus importante de la population, permettant ainsi d'en faire un meilleur outil de mixité sociale. D'un point de vue juridique, il est possible de cumuler les structures juridiques, afin de diminuer les coûts de l'achat d'un tel logement, par exemple au moyen de mécanismes tels que la propriété superficière⁶⁵ ou la dissociation de la propriété en volume⁶⁶, qui permettent de n'acheter que le bâtiment, sans acheter nécessairement le fonds de terre sur lequel le bâtiment est construit.

Par exemple, dans le cas de la Communauté Milton parc (CMP), des coopératives sont propriétaires du terrain sur lequel se trouvent des immeubles tenus en copropriété. La déclaration de copropriété prévoit « l'accès à des logements de qualité pour les personnes à revenu modéré ou à faible revenu », ainsi que des mécanismes pour éviter la spéculation à la revente. Dans ce cas, « [l]es terrains et les bâtiments sont détenus en fiducie, et appartiennent ainsi à tous les membres (coopératives et société de logement à but non lucratif) et à leur syndicat⁶⁷ ». De plus, les résidents de CMP sont considérés comme des « gardiens d'un bien commun », et les habitations individuelles sont interdites à la revente⁶⁸.

65. La propriété superficière est définie par le législateur comme « celle des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant une autre personne, le tréfoncier » (art. 1011 CcQ).

66. Voir en droit français les articles 553 à 555 du Code civil.

67. WORLD HABITAT, « La Communauté Milton Parc », [en ligne, consulté le 18/08/2024]. URL : world-habitat.org/fr/les-prix-mondiaux-de-lhabitat/vainqueurs-et-finalistes/la-communautaire-milton-parc/

68. WORLD HABITAT, « La Communauté Milton Parc », [en ligne, consulté le 18/08/2024]. URL : world-habitat.org/fr/les-prix-mondiaux-de-lhabitat/vainqueurs-et-finalistes/

D'un point de vue politique, rien n'empêche non plus de développer des mécanismes qui permettent de ne pas faire des cohabitats des mécanismes purement privés⁶⁹ et de les associer à des projets qui bénéficient de financement public assortis de mécanismes anti-spéculatifs⁷⁰. C'est sans doute à cette condition que les cohabitats et les habitats participatifs – qui peuvent d'ailleurs déjà être associés à un bailleur social⁷¹ – pourront devenir un véritable instrument de logement abordable vecteur de mixité sociale.

Bibliographie indicative

- ALLDERDICE Jacob, « The cohousing option », *The Canadian architect*, vol. 61, n°4, 2016, p. 29. [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : www.canadianarchitect.com/the-cohousing-option/
- DEVAUX Camille, « L'habitat participatif : vers la démocratisation de la production du logement ? », *Lien social et Politiques*, n°73, 2015, p. 157-175. DOI : 10.7202/1030956ar
- GREBOVAL Pascal, *Vivre en habitat participatif*, Paris, Alternatives, 2013.
- EMERICH Yaëll & RIVARD François, « La résurgence des communs en droit des biens contemporain : étude sur les cohabitats écologiques et les ruelles vertes », *Revue Générale de Droit*, vol. 50, n°1, 2020. DOI : 10.7202/1070094ar
- LAVOIE Christine *et al.*, « Multiplier les modèles d'habitation innovants pour une meilleure santé des aînés et des communautés », *Intervention*, n°143, 2020, p. 61-75. [En ligne, consulté le 18/08/2024.] URL : revueintervention.org/numeros-en-ligne/143/multiplier-les-modeles-dhabitation-innovants-pour-une-meilleure-sante-des-aines-et-des-communautes/
- GRUPE D'INTERVENTION EN HABITAT ÉCOLOGIQUE (ARCHIBIO), *Possibilités, conditions et modalités de développement du cohabitat écologique au Québec*, Québec, Société d'habitation du Québec, 2010. [En ligne, consulté le

la-communauté-milton-parc/

69. Sur cette idée du caractère purement privé des cohabitats : PARADIS BOLDUC Lydia., « Le cohabitat urbain : habiter mieux », *Ecohabitation.com* [en ligne], 20 avril 2022 : « Ce qui différencie le cohabitat de la coopérative ou du HLM est qu'il relève d'autopromoteurs, sans financement public. Projet est donc entièrement privé. Bien entendu, rien n'empêche de faire un cohabitat avec un montage financier qui permettrait d'en faire un cohabitat avec logement abordable – comme par exemple les programmes de la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL), du Fonds municipal vert (FMV) ou de la société d'habitation du Québec (SHQ). »
70. Sur les barrières liées à des raisons politiques : WEEKS Lori E. *et al.*, « Barriers Faces in the Establishment of Cohousing Communities for Older Adults in Eastern Canada », *op. cit.*, p. 77 et s.
71. Sur cette possibilité, voir BEURTHEY Rolande & COSTES Laurence, « Habitat participatif, habitat groupé : vers une ouverture à la diversité sociale ? », *op. cit.*, 2018/3, n° 208, p. 278.

18/08/2024.] URL : <https://www.habitation.gouv.qc.ca/fileadmin/internet/publications/0000021245.pdf>

McCAMANT Kathryn & DURRETT Charles, *Creating Cohousing: Building Sustainable Communities*, Gabriola, Colombie-Britannique, New Society Publishers, 2011.

TOZZI Pascal (dir.), *Villes et quartiers durables : la place des habitants*, Bordeaux, Carrières Sociales éditions, coll. Des paroles et des actes, 2016.

L'organisation de communautés sous forme de proto-sociétés

Flora VERN

Enseignant-chercheur, Université de Glasgow (Écosse)

Une proto-société constitue une communauté d'exploitants qui se répartissent la propriété ou la jouissance des biens nécessaires à leur activité économique, et utilisent ces biens en commun. Échappant au régime de l'indivision, la proto-société s'apparente davantage au modèle sociétaire, chaque exploitant étant propriétaire d'une part réifiée, à ceci près que ces organisations demeurent informelles et échappent tant à la personnalification qu'au droit des sociétés. À travers les exemples du *cayolar*, du *consortage* ou de la *bourgeoisie*, l'autrice décrit des pratiques communautaires qui illustrent l'existence de propriétés collectives ancestrales.

Mots clés : Bourgeoisie, *Cayolar*, *Consortage* haut-savoyard, Coutume, Droit coutumier, Propriété collective, Proto-sociétés

En France, certaines communautés sont organisées sous la forme de proto-sociétés d'exploitants, qui continuent de relever du droit coutumier français. Ce modèle se caractérise par l'existence d'une forme de société entre certains habitants qui sont titulaires de parts dans la gestion et l'exploitation d'un territoire commun. Ce club privé n'est, toutefois, pas formalisé selon les règles classiques du droit des sociétés ; il correspond à des formes plus anciennes d'organisation entre les membres de la communauté, qui invitent à la qualification de proto-société. Essentiellement, chaque membre de la société est titulaire de parts qui lui confèrent des droits de jouissance dans la même proportion.

FORME HISTORIQUE

La question des proto-sociétés peut être abordée par analogie avec celle qui a animé, il y a plusieurs décennies déjà, de célèbres recherches sur les

sociétés de meuniers dans la région de Toulouse à partir du ^{xiii}^e siècle¹. Dès lors que plusieurs personnes choisissent d'exploiter certains biens en commun, pour faire des économies de moyens ou dégager des bénéfices, leur communauté s'apparente à une société davantage qu'à une simple indivision². Ces sociétés anciennes se caractérisent toutefois par leur faible degré d'abstraction juridique. Elles ne revêtent aucune forme particulière et ne sont pas dotées de la personnalité morale, dont la réception doctrinale est beaucoup plus tardive.

Les parts que détiennent les exploitants ne constituent pas une fraction du capital social, mais correspondent beaucoup plus pragmatiquement à une part dans la propriété de la chose même qui fait l'objet de l'exploitation économique. Dans le cas des moulins de Toulouse, on recourait ainsi à une exploitation sous forme de *pariage*, dans laquelle les différents meuniers étaient copropriétaires des moulins qu'ils possédaient ensemble³. Les parts de chacun dans la société s'identifiaient parfaitement avec la propriété des infrastructures que celle-ci avait pour objet d'exploiter ; les droits fonciers du seigneur féodal, quant à eux, se matérialisaient souvent par le prélèvement d'une fraction des fruits au titre d'une sorte de métayage⁴.

Une particularité des proto-sociétés tient à la manière dont les parts de chacun sont représentées, au moyen d'une unité de compte propre à l'activité exercée, « par une sorte de compénétration du droit d[u] propriétaire et de son objet⁵ ». Dans le cas évoqué ici, l'*uchau* représentait un huitième de la production annuelle d'un moulin et, par suite, un huitième de la propriété de l'édifice. Chaque meunier pouvait détenir un ou plusieurs *uchaux*, qui pouvaient également être subdivisés en fractions plus petites, par exemple à la suite d'une succession qui laisserait à chaque héritier un demi ou un tiers d'*uchau*⁶. L'*uchau* emportait non seulement la propriété d'une fraction du moulin, mais aussi tous les droits, revenus et obligations attachés à celui-ci, et qui ne pouvaient être cédés séparément. Loin de ne

1. SICARD Germain, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Âge*, Paris, Armand Colin, 1952.

2. *Ibid.*, p. 145-148.

3. *Ibid.*, p. 156-165.

4. *Ibid.*, p. 164.

5. *Ibid.*, p. 238.

6. *Ibid.*, p. 237-239.

représenter qu'une fraction indivise, l'uchau était donc envisagé comme un bien à part entière, cessible comme le seraient aujourd'hui des parts sociales, sans que les autres meuniers puissent exercer un quelconque droit de préemption lors des cessions d'uchaux⁷.

Cette institution aujourd'hui disparue permet de mieux comprendre le fonctionnement des proto-sociétés coutumières que l'on retrouve encore aujourd'hui au sein de certaines communautés d'habitants ou d'exploitants.

NATURE JURIDIQUE

Dans un effort d'abstraction, on essaiera de définir les proto-sociétés à partir de la forme historique des moulins de Toulouse, qui a fait l'objet de l'étude la plus significative et permettra de mieux cerner les exemples contemporains de cette forme d'organisation des communautés autour de l'exploitation d'un immeuble. Ces proto-sociétés sont, fondamentalement, des entités antérieures au droit moderne des sociétés et sortent ainsi légitimement de son giron.

Une proto-société regroupe une communauté d'exploitants qui se répartissent la propriété ou la jouissance des biens nécessaires à leur activité économique, et utilisent ces biens en commun. L'institution se rapproche donc d'une forme de propriété (ou de jouissance) collective dotée d'un mode de gestion fondé sur un système de parts. Une caractéristique constante des proto-sociétés tient au fait que les parts reposent essentiellement sur un droit réel immobilier, auquel s'attachent divers accessoires correspondant aux profits ou avantages retirés de la société et à l'obligation aux charges de fonctionnement de la société. Ce droit est, par ailleurs, exprimé dans une unité de compte coutumière qui reçoit un nom local. L'unité de compte ne permet pas d'exprimer une fraction abstraite, mais renvoie nécessairement à un élément d'exploitation du bien : quantité de grain moulu (pour l'uchau), nombre de têtes de bétail que l'on peut nourrir sur le fonds, portion de bois attribuée lors des coupes périodiques, etc. Le mode de calcul des droits est ainsi directement lié aux fruits de l'immeuble qui forme l'objet de la société. Il en résulte nécessairement que la proto-société ne pourrait pas être étendue au-delà de son objet premier

7. *Ibid.*, p. 238-246.

et qu'elle est donc vouée à demeurer un mode de gestion des propriétés collectives liées au mode d'exploitation d'un certain type d'immeuble.

Une caractéristique des proto-sociétés tient au fait qu'elles échappent aux règles relatives à l'indivision pour se rapprocher de véritables sociétés. La réification des parts de chacun sous une appellation *sui generis* contribue à en faire des choses à part entière, objet d'une propriété individuelle, plutôt que des quotes-parts abstraites en indivision. Cela a, par exemple, pour effets l'inapplicabilité de la faculté de demander le partage⁸, des règles de majorité prévues en matière d'indivision⁹ et du droit de préemption accordé aux indivisaires lors des cessions de parts¹⁰. Dans les proto-sociétés, les cessions de parts sont généralement libres et la prise de décisions obéit aux modalités prescrites par la coutume.

En l'absence de jurisprudence à cet endroit, on retiendra par ailleurs que les proto-sociétés remplissent les critères posés par la loi pour l'existence d'une société : deux ou plusieurs personnes conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager des bénéfices ou de profiter de l'économie de moyens qui pourra en résulter¹¹. Les trois critères de la société se retrouvent sans difficulté : il existe des apports en capital et en industrie, un *affectio societatis* et un partage des bénéfices entre les membres de la communauté d'exploitants. Seulement, comme les proto-sociétés sont des institutions anciennes constituées par des personnes qui n'avaient pas nécessairement à l'esprit une logique capitaliste, elles ne sont pas immatriculées et relèvent ainsi du régime des sociétés créées de fait¹². Particulièrement souple, ce régime a pour seule finalité de protéger les tiers contre des apparences parfois trompeuses liées à l'absence de personnalité morale¹³. À l'égard des biens de la société, les tiers pourront considérer que chaque associé reste propriétaire de ses apports, à moins qu'ils n'aient été acquis en indivision ou avec des deniers indivis¹⁴. Inversement, les créanciers pourront considérer

8. Art. 815 du C. civ.

9. Art. 8152 et 815-3 du C. civ.

10. Art. 815-14 du C. civ.

11. Art. 1832 du C. civ.

12. Art. 1873 du C. civ.

13. Art. 1871 du C. civ.

14. Art. 1872 du C. civ.

que tous les participants agissant à leur égard en qualité d'associés sont liés par les obligations souscrites par d'autres en cette même qualité¹⁵. Ces dispositions, fondées sur la théorie de l'apparence, visent à protéger les tiers sans avoir aucune autre incidence sur la manière dont la proto-société est constituée et régie entre ses membres, en l'occurrence par le droit coutumier.

Rien n'interdit, enfin, aux membres de la proto-société de régulariser leur situation en immatriculant une société ordinaire dont le fonctionnement reprendra, alors, celui dicté par la coutume locale. Cette procédure permet à la communauté d'exploitants d'accéder à un statut reconnu par l'Administration et d'exercer plus facilement leurs droits, notamment lorsqu'ils doivent ester en justice ou attester de l'existence de leur entreprise commune.

CAS DU CAYOLAR SOULETIN

À ce jour, l'exemple de proto-société le mieux documenté est celui du *cayolar*, une institution traditionnelle du Pays Basque et plus spécifiquement du pays de Soule. Le *cayolar* est une proto-société pastorale dans laquelle chaque berger détient des parts appelées *txotx* ou « parts de berger », dont chacune correspond à un certain nombre de brebis laitières, historiquement compris entre 50 et 80 têtes¹⁶. La division du *cayolar* en têtes de bétail correspond à un objectif d'exploitation raisonnée des sols en fonction du nombre de bêtes que la terre peut effectivement nourrir. Le *txotx* peut également être fractionné entre plusieurs personnes, par exemple à la suite d'une succession¹⁷. Le *cayolar* étant une proto-société d'exploitation pastorale, il ne permet aucun autre usage des sols sur son assiette et impose aux titulaires de parts non-exploitants de céder leurs parts ou de conclure un bail avec un berger pour exploiter les droits attachés à la qualité de « cayolariste¹⁸ ».

15. Art. 1872-1 du C. civ.

16. HUIX Coline, *Les systèmes collectifs fonciers au Pays Basque*, Mémoire de master, Chambéry, Université Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 51.

17. *Ibid.*, p. 52.

18. *Ibid.*, p. 55-57.

Parfois assimilé par la jurisprudence à une forme d'indivision forcée et perpétuelle coutumière, le *cayolar* échappe essentiellement aux dispositions relatives à l'indivision¹⁹ pour se rapprocher d'une société d'exploitants regroupés dans une « cabane de société »²⁰. Bien plus qu'une *indivision*, le *cayolar* se compose plus précisément d'un ensemble *indivisible* de droits réels immobiliers appartenant à chacun de ses membres pour un nombre de brebis correspondant à ses droits²¹. La jurisprudence considère ainsi, de manière constante, que le *cayolar* comporte :

1. la propriété pleine et entière d'une cabane de berger, qui est strictement privative ;
2. un droit de pacage pour les ovins, exercé en commun par tous les membres de la proto-société sur le parcours du *cayolar* ;
3. divers accessoires, comme le droit de chasse ou celui de prélever du bois de chauffage²².

Chaque *txotx* confère donc à son titulaire cet ensemble composite de droits réels qualifié de « propriété homogène et indivisible » d'une nature « *sui generis* », organisée par « les statuts locaux et les anciennes coutumes du pays de Soule²³ ».

La propriété de la cabane de berger présente la particularité, unique en droit français, d'être l'accessoire du droit de pacage. Cette construction de faible importance, utilisée pour l'estive, n'a en effet qu'une valeur dérisoire au regard du droit de pacage qui s'étend généralement sur un parcours de plusieurs dizaines d'hectares, et dont la cabane de berger facilite simplement l'exercice en permettant au berger de traire les brebis et de les parquer pendant la nuit²⁴. Il faut en déduire que la propriété privative constitue un simple accessoire du droit de jouissance collectif.

19. Pau, 1^{re} ch. civ., 20 mai 2008, n° 06/01613, n. Lecourt, *BJS* 2008.765.

20. *La coutume de Soule*. Texte de l'édition de 1760. Trad. par Michel Grosclaude. Pau : Izpegi, 1993, 164 p., Titre IV, art. 1.

21. Pau, 1^{re} ch., 14 mai 2012, n° 12/2179.

22. Cass., req., 10 avr. 1877, C^{ne} de Lanne c. Marmissolle : *D.* 1877.I.273 ; Pau, 1^{re} ch., 14 mai 2012, n° 12/2179, précité.

23. Cass., req., 10 avr. 1877, C^{ne} de Lanne c. Marmissolle, précité.

24. Pau, 1^{re} ch., 14 mai 2012, n° 12/2179, précité.

Quant au droit de pacage, il institue une sorte de propriété collective au sein d'une autre propriété collective. La coutume de Soule confère, en effet, un droit de pacage exclusif aux *cayolaristes*, de jour et de nuit, du 11 juin au 10 juillet, et de nuit seulement du 10 juillet au 1^{er} août. En dehors de ces périodes, le droit de pacage s'exerce en commun avec tous les autres habitants de la commune. Les *cayolars* sont, en effet, situés sur des biens communaux gérés par une commission syndicale²⁵. Les terres appartiennent à ce titre aux communes concernées, qui en sont indivisaires, sauf pour les cabanes de berger qui sont des superficies appartenant aux membres de la proto-société. Il existe donc une première communauté, qui correspond au modèle des biens communaux. À celle-ci se superpose une seconde communauté, en la forme d'une proto-société de droit privé composée par les *cayolaristes*, qui jouissent de droits coutumiers sur les mêmes biens. Les membres de proto-société ne détiennent ainsi que des droits de jouissance délimités dans le temps et les cabanes de berger attachées à chaque *txotx*. Toutefois, ce club privé n'étant pas doté de la personnalité morale, chaque berger exerce, en son nom personnel, les droits réels immobiliers dont il est titulaire²⁶.

Le *cayolar* souletin, qui suscite encore un vif contentieux, présente donc une particularité juridique notable. Il superpose deux formes de propriétés collectives, dont l'une est une proto-société pastorale de droit privé qui a pour objet d'organiser l'exploitation pastorale des terres par une communauté d'éleveurs titulaires de parts qui leur confèrent des droits d'usage plus importants que les autres habitants. Le *txotx*, qui est l'unité créée pour représenter une part de berger, correspond à un certain nombre d'ovins et confère essentiellement un droit de pacage pour les transhumances. Cette caractéristique permet de sortir le *cayolar* de la simple jouissance indivise pour en faire une proto-société, définie par son objet et ne permettant ni le partage ni aucun autre usage des sols concernés.

25. HUIN Coline, *Les systèmes collectifs fonciers en Haute-Savoie*, op. cit., p. 57-60 ; RICHER Michel, « Le cayolar en Soule », *Azpilcueta*, n° 13, 1998, p. 123.

26. Cass., civ. 3^e, 19 févr. 1980, n° 78-15281, précité.

CAS DU CONSORTAGE HAUT-SAVOYARD

Un système assez similaire, répandu dans les montagnes de Haute-Savoie, consiste dans des « consortages » d'habitants qui ont pour tradition immémoriale « de mettre leur bestail ensemble à la montagne et de faire fruit commun », d'après un témoignage datant de 1547²⁷. Cette mise en commun permet de réaliser des économies d'échelle lors de la production de fromage en plus grandes quantités. Les bénéfices sont ensuite répartis entre les consorts qui ont chacun droit à une fraction de la quantité de lait obtenue²⁸. Outre les bénéfices, les consorts se répartissent également les frais et les jours de corvées destinés à l'entretien de la montagne, par exemple pour la réparation des chemins et des chalets²⁹.

Les consortages semblent avoir été, à l'origine, de simples alpages communs à tous les habitants d'une localité, qui pouvaient monter en alpage les bêtes qu'ils faisaient hiverner sur leurs terres³⁰. À partir du xv^e siècle, dans certaines vallées du moins, des consortages « par droits » se développent soit par la mise en commun de pâturages privés, soit par la transformation des pâturages communs³¹. Dans cette nouvelle organisation, chaque titulaire de parts dispose du droit de monter un certain nombre de bêtes en alpage, ce droit représentant aussi le nombre de voix de cet ayant-droit dans les décisions du consortage. En particulier, la condition de résidence est remplacée par un système de parts dont la transmission est héréditaire, et qui sont cessibles sous réserve d'un droit de préemption des autres consorts³². Le corollaire nécessaire du système de parts tient également au fait que la communauté peut choisir de donner l'exploitation à bail à un tiers.

27. VIALLET Hélène, *Les alpages et la vie d'une communauté montagnarde*, Annecy-Grenoble, Académie Salésienne-Centre Alpin et rhodanien d'ethnologie, 1993, p. 47.

28. *Ibid.*, p. 47-48.

29. *Ibid.*, p. 47.

30. Gardelle Françoise & Gardelle Charles, « Histoire d'un alpage communautaire : l'alpage de Loriaz (Haute-Savoie) », *Revue de géographie alpine-RGA*, vol. 64, n° 2, 1976, p. 185-205. DOI : 10.3406/rga.1976.2041

31. CARRIER Nicolas, « L'estivage en Savoie du nord à la fin du Moyen Âge », in Pierre-Yves Laffont (éd.), *Transhumance et estivage en occident*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2006, p. 199-210. DOI : 10.4000/books.pumi.8676

32. *Ibid.*

Dans cette forme de proto-société, chaque consort jouit d'un droit réel dénommé *fond de vache* qui comporte l'herbage (droit de pâturage) et tout ce qui est nécessaire à la vache (cabane, matériel, chemins d'alpage, etc.). Ce droit ne porte, en principe, que sur l'exploitation commune, par les membres de ce club privé, des pâturages d'une montagne pendant la saison estivale³³. Le *fond de vache* n'est donc pas un *fonds de terre*. Le terme fut inventé au XVIII^e siècle pour décrire le tiers d'un droit plus ancien qui permettait de faire inalper trois vaches³⁴. Par ailleurs, des cabanes de berger peuvent être édifiées par quelques consorts seulement sur les terres communes. Les constructeurs sont alors propriétaires de la cabane au sein de laquelle ils se répartissent des « places » pour abriter leurs bêtes, ce qui leur confère un *droit de place*, qui est l'accessoire du fond de vache³⁵.

Une particularité des consortages haut-savoyards tient à l'unité retenue pour exprimer les droits des membres de la proto-société. Le fond de vache permet, en effet, de faire inalper une seule vache sur la montagne. Rien n'interdit, évidemment, à un consort de posséder plusieurs fonds de vache. Les subdivisions sont, quant à elles, beaucoup plus complexes parce que l'unité de mesure est intimement attachée à l'animal. Lors des successions, le fond de vache qui correspond à une tête de bétail se fractionne, selon les besoins, en quatre pieds ou en huit ongles de vache. Or, le bon sens paysan veut que seule une vache entière puisse inalper. Les consorts ne peuvent ainsi exercer leurs droits que pour autant qu'ils ont réussi, en rachetant des parts, à constituer un fond de vache entier. À défaut, quelques solutions alternatives ont parfois été admises, comme la possession d'un fond de vache en indivision entre deux personnes qui envoient alternativement une vache chacun, une année sur deux³⁶.

Contrairement aux *cayolars* qui laissent aux habitants des communes concernées l'usage des pâturages pendant une grande partie de l'année, les consortages haut-savoyards exercent *de facto* des droits plus importants sur le sol, de sorte qu'elles sont souvent assimilées à des proto-sociétés

33. COUVERT DU CREST Roger, *Une vallée insolite : Chamonix, Le Mont-Blanc, La Savoie*, Annecy, Clément Gardet, 1971, p. 147-149.

34. *Ibid.*, p. 151.

35. *Ibid.*, p. 151-152.

36. *Ibid.*, p. 149-150.

foncières, et non usagères³⁷. Le fond de vache est, en principe, un simple droit d'herbage qui n'emporte pas nécessairement la propriété du sol ; toutefois, la propriété se prouve par tout moyen et les consortages peuvent ainsi être déclarés propriétaires de la « montagne » qu'ils possèdent et dont ils prennent soin, en particulier lorsque personne ne conteste leurs prétentions à la propriété du sol³⁸. Il en résulte que, selon les vallées, les terres appartiennent aujourd'hui, selon toute vraisemblance, aux consortages qui peuvent revêtir diverses formes juridiques depuis la copropriété forcée non personnifiée jusqu'à la société. Lorsque le consortage jouit seulement de droits d'usage sur le pâturage, il ne peut changer cette affectation ; en revanche, lorsque les Consorts sont propriétaires des terres, ils peuvent les affecter à d'autres usages que l'estive pour diversifier leur activité.

CAS DES BOURGEOISIES

Un dernier cas de proto-sociétés est celui des *bourgeoisies*, institution coutumière des montagnes suisses que l'on retrouve également dans quelques régions françaises situées à proximité. En Suisse, les bourgeoisies sont devenues des propriétés collectives de droit public, dotées de la personnalité morale. Tel n'est pas le cas en France, où les bourgeoisies demeurent, à ce jour, des proto-sociétés forestières de droit privé, assimilées à des sociétés créées de fait à moins qu'elles n'optent pour une immatriculation sous l'un des régimes reconnus par la loi.

La « société bourgeoise » de Saint-Gingolph, sur les bords du lac Léman, aujourd'hui immatriculée comme société civile immobilière pour sa partie française, est binationale. Elle est constituée par les héritiers des habitants qui, au XVII^e siècle, se sont organisés pour racheter les forêts adjacentes à leur village. Les bourgeois sont propriétaires de pâturages utilisés en commun, d'une carrière – donnée à bail à un tiers –, et surtout d'une importante surface boisée de résineux qui constitue une source importante de revenus ; ils détiennent également l'église et le cimetière du village³⁹. Les revenus de la bourgeoisie sont employés pour entretenir

37. Critiquant cette conception : *Ibid.*, p. 147-151.

38. CA Chambéry, 7 mai 2019, SCI Montagne des Chéserys, n° 8/01179.

39. MOUCHET P., « Une vieille société forestière : La société bourgeoise de Saint-Gingolph », *Revue forestière française*, n° 2, 1958, p. 106-108. DOI : 10.4267/2042/27381

les biens dont elle est propriétaire et pour réaliser diverses améliorations dans le village.

Si l'usage des forêts est commun, chaque bourgeois était historiquement titulaire d'une *râpe* qui correspondait à une parcelle de terrain sur laquelle il avait le droit exclusif de prélever du bois. Les compétences sylvicoles des bourgeois ayant diminué au fil des siècles, un rapport de 1983 préconisait de sélectionner des zones forestières à exploiter et de les attribuer par tirage au sort aux seuls bourgeois intéressés, et à défaut à des tiers en échange d'un prix, ce qui permet de rationaliser l'exploitation du bois. La proto-société bourgeoise présente, ainsi, les mêmes caractéristiques que d'autres institutions similaires, dans la mesure où elle confère à ses membres le droit d'exploiter un immeuble, par référence à une unité de mesure coutumière directement liée à l'activité sylvicole.

Une organisation similaire existe dans la forêt de Dabo, dans les Basses-Vosges, où un droit au *bois bourgeois* est accordé aux descendants des vieilles familles du comté, installées au plus tard au début du XIX^e siècle, à condition que leurs membres continuent d'y résider. Les bourgeois ne jouissent, à Dabo, que de droits d'usage sur une forêt domaniale, qui relève du domaine public de l'État. Ces droits d'usage incluent l'attribution par tirage au sort d'un lot de huit troncs de résineux sur pied, pour lesquels un diamètre et un volume minimaux sont définis.

Si l'on devine moins aisément l'existence d'une proto-société dans ce cas, la jurisprudence retient que le droit au « bois bourgeois » échappe au statut des biens de section, car il est conféré à titre individuel, incessible et inaliénable aux personnes qui remplissent les conditions de son attribution, notamment la résidence sur l'une des communes bénéficiaires de ces droits et la qualité de descendant d'un ayant-droit⁴⁰. La communauté demeure soumise aux règles du droit privé, alors que les biens de section ont été happés par le droit public. On ne peut qu'en déduire l'existence d'une proto-société forestière dont sont membres de droit toutes les personnes qui remplissent les conditions posées par le titre originel. Les nombreuses luttes judiciaires des bourgeois au fil des siècles témoignent,

40. Colmar, 10 janv. 2008, n° 04/00937 ; Cass., civ. 3^e, 13 mai 2009, n° 08-16525 : Bull. III, n° 111 ; n. Reboul-Maupin, *Environnement*, 2009, comm., 94 ; obs. Lebel, *Dr. rur.*, 2010, comm., 38.

en outre, de la volonté de faire corps contre l'Administration qui remettait en cause leurs droits⁴¹.

La conception individualiste de la propriété instituée par le Code civil français n'a pas empêché le maintien et la reconnaissance jurisprudentielle de proto-sociétés régies par des titres anciens ou par la coutume. Ces entités regroupent des communautés d'exploitants dont les droits sont quantifiés par référence à une unité d'exploitation en lien direct avec leur entreprise commune. Elles instituent une propriété ou une jouissance collective des sols sur lesquels l'exploitation pastorale ou forestière est réalisée.

Bibliographie indicative

- BACH Maurice. « Les droits d'usage dans l'ancien comté de Dabo », *Revue forestière française*, n° 8-9, 1957, p. 677 et suiv.
- CARRIER Nicolas, « L'estivage en Savoie du nord à la fin du Moyen Âge », in Pierre-Yves Laffont (éd.), *Transhumance et estivage en occident*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2006, p. 199-210. DOI : 10.4000/books.pumi.8676
- COUVERT DU CREST Roger, *Une vallée insolite : Chamonix, Le Mont-Blanc, La Savoie*, Annecy, Clément Gardet, 1971.
- HUIN Coline, *Les systèmes collectifs fonciers au Pays Basque*, Mémoire de master, Chambéry, Université Savoie Mont-Blanc, 2021.
- MOUCHET P., « Une vieille société forestière : La société bourgeoise de Saint-Gingolph », *Revue forestière française*, n° 2, 1958, p. 106-108. DOI : 10.4267/2042/27381
- RICHER Michel, « Le cayolar en Soule », *Azpilcueta*, n° 13, 1998, p. 123 et suiv.
- SICARD Germain, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Âge*, Paris, Armand Colin, 1952.
- VIALLET Hélène, *Les alpages et la vie d'une communauté montagnarde*, Annecy-Grenoble, Académie Salésienne-Centre Alpin et rhodanien d'ethnologie, 1993.

41. BACH Maurice, « Les droits d'usage dans l'ancien comté de Dabo », *Revue forestière française*, n° 8-9, 1957, p. 677 s.

Les pratiques communautaires en montagne comme source d'inspiration de règles de droit

Jean-François JOYE

Professeur de droit public, Université Savoie Mont Blanc

Pour certaines catégories de propriétés collectives, comme les sections de commune, les usages et les coutumes qui régissaient leur organisation ont peu à peu cédé place au droit étatique. Pour autant, les usages et droits locaux continuent à s'appliquer pour organiser la vie des communaux. Ils sont parfois reconnus par la loi et généralement pris en compte par la justice administrative et judiciaire.

Mots clés : Communaux, Coutumes, État, Intérêt général, Sections de commune, Usages

Dans leur grande diversité, les communautés foncières (voir la notice « Présentation des communautés foncières en montagne ») ont intensément généré des normes de droit depuis des temps immémoriaux. Rappelons-le, les systèmes fonciers de propriété collective¹ sont plus anciens que l'État moderne. Ils illustrent le fait que le droit des biens n'a pas toujours besoin de ce dernier pour exister, les attitudes ou les « instincts » propriétaires étant aussi des sources de régulation de la propriété en dehors de la loi². Des alliances ont ainsi été scellées entre humains d'un même territoire pour gérer collectivement des biens (tenures, albergements, droits d'usage ou de jouissance divers...). Le système juridique féodal permettait de multiples rapports de propriété et de faire valoir divers intérêts sur les choses (au sens matériel et immatériel, à la manière des *property rights* du droit

1. Dans ce travail, les notions de propriété collective foncière, de commun foncier ou de système foncier collectif sont employées de manière synonyme.

2. MATTEI Ugo, *Basic principles of property law. A comparative Legal and Economic Introduction*, Westport CT, Greenwood Press, 2000, p. 4-5.

anglais³). Il a permis aux communautés de s'auto-organiser : composition et fonctionnement des instances et conseil, modalité d'exercice des droits d'usage, entre autres⁴. Différentes raisons expliquent cette créativité : la nécessité de s'entendre sur des modes d'usage des biens qui satisfassent le plus grand nombre sans épuiser la ressource, délibérer collectivement selon des modalités admises de tous. Cette créativité était peut-être aussi réactive et défensive lorsqu'il faut répondre aux attaques et trouver de nouveaux arrangements pour perdurer.

Nous allons évoquer la part que laisse aujourd'hui encore le droit positif aux usages locaux et donc à la capacité théorique des communautés foncières à sécréter du droit de manière intrinsèque et dans une position d'indépendance relative vis-à-vis des sources de droit de la puissance publique. Il ne s'agit toutefois pas ici d'aborder la question complexe de la nature juridique de ces sources d'auto-contrainte, mais de rappeler leur existence dans l'ordre juridique de l'État moderne (1). Ensuite, nous verrons comment la prise en compte du fonctionnement de ces systèmes pourrait permettre de faire évoluer le droit positif vers de nouveaux rapports juridiques dans la sphère de l'action territoriale (2).

LA DIMINUTION RELATIVE DE LA PLACE TRADITIONNELLE DES USAGES ET COUTUMES LOCAUX DANS LES COMMUNS FONCIERS

En pratique, un mélange de règles de droit de nature différente encadre l'action des communautés foncières, reflet d'un singulier pluralisme juridique variable d'une propriété collective à une autre, d'une vallée montagnarde à une autre. Il reste vivace malgré les velléités de le faire disparaître⁵. Aujourd'hui encore, le droit coutumier⁶ ou usager demeure un ingrédient complémentaire assurant un lien entre le droit positif émanant

3. CLARKE Alison & KOHLER Paul, *Property law: Commentary and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. Law in Context, 2012 [2005].

4. LEYLAVERGNE H., « La démocratie infraterritoriale : l'exemple des sections de commune », *RD rur.*, n°281, 2000, p. 140.

5. CUVELIER Claire, « Pluralisme juridique et communaux », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université de Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 317-336.

6. Le phénomène coutumier recouvre en pratique diverses réalités (orales, écrites). Nous l'entendons ici comme la répétition d'usages dans la durée et socialement acceptés, ce qui leur donne force

de l'État ou de l'Union européenne et les pratiques locales régulant les rapports humains mais qui ne font pas toujours l'objet d'une reconnaissance juridique formelle. Là où existent des organes en capacité de prendre des délibérations, l'interpénétration entre les normes formelles et les pratiques usagères ou coutumières est toujours effective, d'autant qu'une certaine défiance peut entourer l'application de la loi nationale générée en dehors du commun (ce qui explique parfois le rejet des mécanismes « *top - down*⁷ »).

La loi semble toutefois aujourd'hui retirer la souplesse nécessaire à l'évolution des pratiques d'exploitation, de production ou d'élevage, ou enferme la gouvernance des communaux dans des schémas procéduraux administratifs préétablis répondant à des logiques juridiques exogènes au fonctionnement traditionnel des communs⁸. De manière générale, la place des usages locaux (écrits : règlements locaux, chartes... ou non écrits) a été fortement réduite depuis l'avènement du Code civil et la règle de droit issue de la loi a souvent pris le relais. Cette évolution n'a été cependant ni rapide ni générale⁹. Le droit produit par « l'État » va devenir dominant à partir de la Révolution française (qui a voulu éliminer le droit extra-légal, issu du fait social) puis de l'Empire dans un projet politique visant à unifier l'ensemble du droit et les sources du droit. De nombreuses spécificités juridiques territoriales auxquelles les communautés foncières étaient attachées vont disparaître alors même qu'elles comptaient beaucoup dans la vie rurale¹⁰. On ajoutera que dans les Alpes du Nord le rattachement de

obligatoire : ZENATI-CASTAING Frédéric, « Le Code civil et la coutume », in COLLECTIF, *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 607-636.

7. À propos des « common Lands » d'Angleterre et du Pays de Galles, on peut se référer à l'étude de Christopher Rodgers qui soutient que c'est l'interaction permanente entre le droit et la coutume qui garantit que les droits de propriété et les régimes de gouvernance perdurent et sont capables de s'adapter aux contextes économiques et sociaux : RODGERS Christopher, « Commons Governance, Normative Pluralism and the Enduring Role of Custom », p. 15-37 in Alison Clarke & Ting Xu (dir.), *Legal Strategies for the Development and Protection of Communal Property*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

8. Voir par exemple les conditions strictes imposées par la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune pour limiter la création des commissions syndicales des sections de commune (CGCT, art. L. 2411-5).

9. POUMARÈDE Jacques, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes », *Histoire de la justice*, vol. 1, n° 19, 2009, p. 173-182. DOI : 10.3917/rhj.019.0173

10. BLOCH Marc, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, tome 1, Paris, Armand Colin, 1964 [1931], p. 73 ; *Id.*, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, coll. L'Évolution de l'humanité,

la Savoie à la France en 1860 va entraîner l'application du droit français même si certaines communautés revendiquent encore l'application du droit Sarde.

Cette évolution affectera spécialement le fonctionnement des sections de commune, encadré par le droit administratif (code général des collectivités territoriales, code forestier ; voir la notice « Les règles de gestion des communautés foncières de montagne »). Les biens de section ne sont donc plus administrés par la communauté humaine en vertu de ses propres règles, même si parfois les lois reprennent à leur compte certains usages anciens, comme pour l'attribution des terres agricoles. Certaines dispositions législatives ont cependant radicalement rompu avec les usages anciens : c'est le cas lorsque la loi du 27 mai 2013 a défini de manière rigide la notion de membre des sections en précisant qu'ils devaient avoir un domicile « réel » et « fixe » sur la section, privant au passage certaines personnes de la qualité d'ayant droit aux biens sectionaux, comme les résidents secondaires possiblement très impliqués dans la vie locale à certaines périodes de l'année¹¹. La place des usages locaux n'a cependant pas totalement disparu de la vie des sections de commune : ils viennent généralement préciser les modalités d'exercice des droits d'usage collectifs déterminés par des titres anciens et ils sont parfois à considérer en l'absence ou imprécision desdits titres¹². Par exemple, l'alinéa 1 de l'article L. 2411-10 du CGCT dispose toujours que « [l]es membres de la section ont, dans les conditions résultant soit des décisions des autorités municipales, soit des usages locaux, la jouissance de ceux des biens de la section dont les fruits sont perçus en nature, à l'exclusion de tout revenu en espèces ». Les usages locaux peuvent donc encore servir de référence dans certains cas, et même concurrencer le pouvoir de décision des autorités municipales. Pour l'attribution des terres des sections de commune, le conseil municipal peut ainsi adopter un « règlement d'attribution » dont

1994 [1939], p. 179 et chap. « L'empire de la coutume » ; CHOUQUER Gérard, *Le foncier. Entre propriété et expertise*, Paris, Mines ParisTech-PSL, Académie d'agriculture de France, 2019, p. 31.

11. CGCT, art. L. 2411-1.

12. MARILLIA Georges-Daniel, *La section de commune*, Paris, La Vie Communale et départementale, 2015, 6^e éd., p. 53 ; COLIN Frédéric, « Les usages locaux, source du droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 466 ; TEBoul Gérard, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, coll. Thèse (n° 153), 1989.

les conditions doivent être respectées par les exploitants¹³. Ce règlement est certes facultatif, mais il est encore présent en certaines régions, notamment dans beaucoup de communes du Massif central. C'est un acte à caractère réglementaire qui reprend en général les usages locaux. En quelque sorte, il affirme et prolonge ces usages par un acte normatif secondaire dans l'ordre juridique. Ce règlement ne saurait toutefois ni déroger ni prévaloir sur les dispositions législatives en vigueur et, par exemple, décider l'attribution des terres agricoles selon un ordre de priorité différent de celui qu'impose la loi ou inventer des catégories d'attributaires¹⁴.

Il semble aussi subsister à la marge par endroits des taxes particulières dues par les habitants ou propriétaires en vertu des lois et usages locaux à répartir par délibération du conseil municipal et recouvrées comme en matière d'impôts directs¹⁵. C'est le cas de l'affouage, très pratiqué dans les sections de commune, parfois dans les communes, en vue de satisfaire la consommation rurale et domestique des bénéficiaires (bois de chauffage ou de construction)¹⁶. Par parenthèse, dans ce registre de pratique usagère, le conseil municipal opère le partage du bois selon les modalités définies à l'article L. 243-2 du Code forestier « sauf s'il existe des titres contraires ». Autrement dit, le titre ancien peut être prioritaire sur la loi.

Pour recenser ces usages locaux, un travail de codification avait été entrepris au XIX^e siècle. Entre 1844 et 1855, des circulaires ministérielles ont incité à la rédaction de recueils des usages locaux. Puis, au XX^e siècle, cette mission a été confiée aux chambres départementales d'agriculture pour grouper, coordonner et codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole servant de base aux décisions judiciaires (article 24 de la loi du 3 janvier 1924). Ces usages codifiés devaient être approuvés par les conseils départementaux. Cette mission est toujours inscrite au dernier alinéa de l'article L. 511-3 du Code rural, même si elle ne semble plus effective¹⁷.

13. CGCT, art. L. 2411-10, 1^o et 4^o.

14. JOYE Jean-François & LE ROY Adrienne, « La section de commune : un "commun" pour l'alimentation durable », *RD rur.*, n° 12- 2022, étude 35.

15. CGCT, art. L. 2331-11.

16. CGCT, art. L. 2331-4, art. L. 2331-11.

17. On trouve une liste des recueils des usages locaux à caractère agricole en annexe à l'article LE LAY Yves-François & PERMINGEAT Frédérique, « Spécificité territoriale et petits arrangements avec

Enfin, le contentieux devant le juge administratif comme judiciaire peut permettre d'estimer la persistance des usages et coutumes dans certaines régions au soutien de systèmes collectifs de gestion des biens (*carraires, patecqs, cayolars...*)¹⁸. Ils sont de surcroît repris dans les règlements généraux des autorités gestionnaires de certaines propriétés collectives (notamment dans les actes pris par les commissions syndicales, en pays de Soule, pour définir la notion d'ayant droit aux cayolars ou les modes de résolution des conflits¹⁹). Cette persistance concerne en réalité surtout les propriétés collectives « privées » (voir les notices « Présentation des communautés foncières en montagne » et « Les règles de gestion des communautés foncières de montagne ») dont le fonctionnement interne n'est pas bordé par le droit administratif. Plus concrètement, elles disposent encore de leurs propres règles de gestion comme d'accès à l'usage des biens.

LES PRATIQUES COMMUNAUTAIRES : DE SOURCES HISTORIQUE DE DROIT À SOURCES D'INSPIRATION DE NOUVEAUX RAPPORTS JURIDIQUES DANS LA SPHÈRE DE L'ACTION TERRITORIALE

Avec le regain d'intérêt pour les pratiques communautaires rurales se pose la question d'imaginer de nouvelles relations juridiques entre les propriétés collectives et les institutions publiques. C'est notamment un droit adapté à leurs spécificités qui devrait émerger pour tenir compte de leur capacité à satisfaire certains besoins collectifs territoriaux²⁰.

Tout d'abord, un des enjeux d'innovation juridique concerne la manière d'impliquer les habitants dans la vie politique locale. Cette

la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (xix^e-xx^e siècles) », *Géocarrefour*, vol. 83, n° 1, 2008, p. 45-55. DOI : 10.4000/geocarrefour.4522 ; voir aussi BOURJOL Maurice, *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 1989, p. 158 ; LOCHOUARN D., « L'actualité des usages agricoles », *RD rur.*, 1996, p. 397.

18. VERN Flora, « La propriété et les droits fonciers coutumiers. Étude sur la vivacité de quelques coutumes françaises », in Mélanie Clément-Fontaine et Gaële Gidrol-Mistral (dir.), *La propriété en droit civil in or out ?*, *Lex Electronica*, vol. 29, n° 2, 2024, p. 25-50. [En ligne.] URL : www.lex-electronica.org/s/3037 ; YOLKA Philippe, « Provence toujours », *AJDA*, n° 27, 2020, p. 1505.

19. HUIN C., *Les systèmes collectifs fonciers au Pays-Basque*, Mémoire de Master Droit de la montagne, Universités de Grenoble et Savoie-Mont-Blanc, 2021.

20. JASPART O., « Vers un droit administratif des biens communs ? », *Horizons Publics*, n° 11, 2019, p. 42 ; YOLKA Philippe, « Sur le droit administratif des communs », *Tribune, Droit de la voirie, Revue de la propriété publique*, n° 217, 2020, p. 3.

situation concerne particulièrement les sections de commune dès lors que la loi du 27 mai 2013 a restreint les possibilités de constituer leur commission syndicale et donc qu'elles disposent d'un organe décisionnel propre (elles n'ont par ailleurs de représentants nulle part à quelques exceptions près, comme dans certaines instances de la gouvernance pastorale²¹). Un espace de participation des communautés foncières à la réalisation d'actions concrètes et directes à l'échelle d'un micro-territoire de vie a été dès lors réduit, voire supprimé (voir la notice « Les règles de gestion des communautés foncières de montagne »).

L'innovation peut passer ici par le déploiement en droit français du principe de subsidiarité horizontale, entendu comme une déclinaison du principe général de subsidiarité, qui veut que « l'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens²² ». Ce principe n'est pas explicite en droit positif. Il apparaît seulement en filigrane dans quelques arrêts du Conseil d'État qui ouvrent timidement la porte à de nouvelles voies de gestion d'activités d'intérêt général à partir d'initiatives à but non lucratif et selon une autonomie laissée par la collectivité publique²³. En revanche, il l'est davantage en droit italien, et la Constitution italienne le reconnaît depuis 2001²⁴. Il permet aux autorités publiques de laisser se dérouler des activités d'utilité collective dont l'idée vient des habitants ou des groupes sociaux eux-mêmes, étant considérés comme avisés et aptes à co-administrer le territoire ou à agir en complément d'autres acteurs. On parle alors d'administration « partagée » pour évoquer les rapports entre des parties prenantes qui ne sont pas placées en situation de subordination

21. Notamment au sein des associations foncières pastorales (AFP).

22. Art. 4 al. 3 de la Charte européenne de l'autonomie locale adoptée par le Conseil de l'Europe, le 15 octobre 1985. Une autre formulation du principe de subsidiarité est exprimée à l'article 5, point 3, du Traité sur l'Union européenne.

23. CE, Avis n° 370.169, 18 mai 2004, *Cinémathèque française*, EDCE 2005, p. 185, *BJCP*, 2005/40, p. 213, obs. Maugue ; CE, Sect. n° 284736, 6 avril 2007, *Cne d'Aix en Provence*, *Rec.* p. 155, *BJCP* 2007/53, p. 283, concl. Sénors.

24. Voir art. 5 et 118 (depuis L. const. n° 3 du 18 oct. 2001) de la Constitution italienne. Lire : PERLO Nicoletta, « Le principe de subsidiarité horizontale : un renouvellement de la relation entre l'administration et les citoyens, Étude comparée franco-italienne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 4, 2014, p. 983-1000. DOI : 10.3406/ridc.2014.20443 ; ou CASSETTA Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2012, 14^e éd., p. 65-66.

ou de pure exécution, même pour répondre à une commande publique²⁵. L'application du principe de subsidiarité horizontale laisse aux parties un espace de créativité pour organiser en droit leurs relations. À ce titre, toujours en Italie, la loi n° 168 du 20 novembre 2017 « **Norme in materia di domini collettivi** »²⁶, a reconnu, après la Cour constitutionnelle italienne, l'utilité des propriétés collectives pour, par exemple, l'entretien des paysages et la gestion forestière. Son article 2 est particulièrement illustrant puisque la République italienne dispose qu'elle protège et valorise les biens de jouissance collective notamment en tant « qu'éléments fondamentaux pour la vie et le développement des collectivités locales » ou encore « comme source de ressources renouvelables à valoriser et à utiliser au bénéfice de la collectivité des ayants droit » (a, et f de l'article 2). Malgré des difficultés similaires à celles rencontrées par les communautés en France (mutation des fonctions des communs fonciers, renouvellement des générations, méfiance des acteurs territoriaux), les communautés foncières de montagne en Italie – regroupées sous des dénominations variées²⁷ –, cherchent à exploiter au maximum la réglementation existante, qu'il s'agisse de perpétuer des fonctions traditionnelles (gestion d'alpages, de forêts, de fours...) ou d'en initier de nouvelles (construction d'usines hydro-électriques, administration de réserves biologiques, rénovation et mise en valeur du patrimoine local, création d'espaces de loisirs, etc.²⁸).

On peut donner en outre l'exemple de la Région autonome de la **Val-lée** d'Aoste, laquelle a également donné vie au principe de subsidiarité

25. CELATI Benedetta, « Le "modèle italien" : des biens communs entre administration partagée, démocratie participative et pratiques d'auto-gestion », *Horizons publics*, n° 12, 2019, p. 62-67 ; RANOCCHIARI Simone & MAGER Christophe, « Bologne et Naples au prisme des biens communs : pluralité et exemplarité de projets de gestion « commune » de l'urbain », *Développement durable et territoires*, vol. 10, n° 1, 2019. DOI : 10.4000/developpementdurable.13238

26. CROSETTI Alessandro, « Nuove prospettive per i domini collettivi », *Diritto e processo amministrativo*, vol. 14, n° 2, 2020, p. 323-364 ; PAGLIARI Giorgio, « "Prime note" sulla l. 20 novembre 2017, n° 168 », *Il diritto dell'economia*, vol. 98, n° 1, 2019, p. 11-41.

27. Amministrazione condivisa, amministrazione separate dei beni di uso civico, gran consortile, partecipanze, magnifica comunità...

28. MERLER Alberto, « Le comunità che non si rassegnano. Progettare insieme la propria terra e il proprio futuro », intervention orale au 26^e colloque du Centro Studi e Documentazione sui Demani civici e le Proprietà collettive, Trento, 19-20 novembre 2020 (« Impatti del cambiamento climatico e vulnerabilità degli insediamenti rurali. Il patrimonio materiale degli assetti fondiari collettivi come centralità della terra nelle politiche del territorio e dell'ambiente e sfida per rafforzare il senso di appartenenza alla comunità »).

horizontale pour conforter les consorteries de son territoire. Elle valorise les fonctions des systèmes de propriété collective comme étant modernes, et fait des communautés des acteurs du développement local notamment dans le but de concourir à la politique de repeuplement des vallées²⁹.

En France, adapter un cadre juridique trop étriqué est désormais absolument nécessaire afin de laisser la possibilité aux propriétés collectives d'agir en autonomie ou, c'est à elle d'en décider, d'engager avec d'autres acteurs un partenariat intra-communal ou intra-territorial³⁰. Du recours à de nouveaux contrats à la révision du fonctionnement des instances censées agir pour le compte des propriétés collectives en passant par l'affirmation d'un régime protecteur de leurs biens, les sujets ne manquent pas. C'est aussi la notion d'ayant droit ou de membre du commun qui pourrait évoluer, là où c'est nécessaire, pour que les effectifs des communautés locales soient renforcés par des femmes et des hommes – autres habitants ou visiteurs réguliers du territoire – susceptibles de s'impliquer à leurs côtés. Et les communautés sont encore les mieux placées pour en décider en ajustant leurs usages et règles propres.

Bibliographie indicative

- BLOCH Marc, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, tome 1, Paris, Armand Colin, 1964 [1931].
- BOURJOL Maurice, *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris, LGDJ, 1989.
- CHOUQUER Gérard, *Le foncier. Entre propriété et expertise*, Paris, Mines ParisTech-PSL, Académie d'agriculture de France, 2019, p. 31.
- COLIN Frédéric, « Les usages locaux, source du droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 466.
- CROSETTI Alessandro, « Nuove prospettive per i domini collettivi », *Diritto e processo amministrativo*, vol. 14, n° 2, 2020, p. 323-364

29. Loi régionale n° 19 du 1^{er} août 2022 portant dispositions en matière de consorteries et d'autres formes de propriété collective : LOUVIN Roberto & ALESSI Nicolò P., « Un nouveau souffle pour les consorteries », *Revue de géographie alpine – RGA*, n° 109-1, 2021. DOI : 10.4000/rga.8249

30. JOYE Jean-François, « La coopération intra-communale. Réflexion sur la (re)inscription des propriétés collectives dans les politiques publiques », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle, op. cit.*, p. 501-517.

- CUVELIER Claire, « Pluralisme juridique et communaux », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université de Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 317-336
- JOYE Jean-François, « La coopération intra-communale. Réflexions sur la (ré)inscription des propriétés collectives dans l'action territoriale », in Jean-François Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Chambéry, Université de Savoie Mont-Blanc, 2021, p. 501
- LEYLAVERGNE H., « La démocratie infraterritoriale : l'exemple des sections de commune », *RD rur.*, n°281, 2000, p. 140.
- LOUVIN Roberto & ALESSI Nicolò P., « Un nouveau souffle pour les consorteries », *Revue de géographie alpine – RGA*, n° 109-1, 2021. DOI : 10.4000/rga.8249
- MARILLIA Georges-Daniel, *La section de commune*, Paris, La Vie Communale et départementale, 2015, 6^e éd.
- PAGLIARI Giorgio, « “Prime note” sulla l. 20 novembre 2017, n° 168 », *Il diritto dell'economia*, vol. 98, n° 1, 2019, p. 11-41.
- POUMARÈDE Jacques, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes », *Histoire de la justice*, vol. 1, n° 19, 2009, p. 173-182. DOI : 10.3917/rhj.019.0173
- RODGERS Christopher, « Commons Governance, Normative Pluralism and the Enduring Role of Custom », p. 15-37 in Alison Clarke & Ting Xu (dir.), *Legal Strategies for the Development and Protection of Communal Property*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- TEBOUL Gérard, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, coll. Thèse (n° 153), 1989.
- VERN Flora, « La propriété et les droits fonciers coutumiers. Étude sur la vivacité de quelques coutumes françaises », in Mélanie Clément-Fontaine et Gaële Gidrol-Mistral (dir.), *La propriété en droit civil in or out ?*, *Lex Eletronica*, vol. 29, n° 2, 2024, p. 25-50. [En ligne.] URL : www.lex-electronica.org/s/3037