

Introduction générale au projet†

par **Mélanie CLÉMENT-FONTAINE***
et **Gaële GIDROL-MISTRAL****

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

Les communautés ont évolué au fil du temps et résultent sans doute actuellement autant d'une nécessité sociale que de volontés individuelles qui se rencontrent et s'unissent dans un même but, telles, par exemple, la préservation d'un écosystème, la défense d'un patrimoine culturel ou la protection de l'environnement pour les générations futures. Ainsi, les communautés villageoises ou les confréries de métiers d'hier ne sont plus l'apanage des communautés et des pratiques communautaires d'aujourd'hui. Ces dernières, à la différence des premières, regroupent fréquemment des personnes aux horizons variés¹ décidées à mener collectivement une action en marge des institutions ou en collaboration avec celles-ci, qu'elles soient publiques (État, collectivités territoriales, etc.) ou privées (associations, fondations, voire entreprises).

Pour s'adapter aux enjeux et aux impératifs de l'économie libérale et atteindre leur objectif, les communautés recourent à des outils juridiques

† Ce texte n'a pas fait l'objet d'une évaluation par les pairs.

* Professeure de droit privé à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (UVSQ) (Université Paris-Saclay) et chercheuse permanente au DANTE, Laboratoire de droit des affaires et nouvelles technologies. L'autrice remercie la Maison des Sciences de l'Homme (MSH) Paris-Saclay pour son soutien.

** Professeure de droit privé au Département des sciences juridiques de la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) et directrice du Groupe de réflexion en droit privé (GRDP). L'autrice remercie la Chambre des notaires du Québec pour son soutien financier.

¹ La diversité des profils est sociale, culturelle, générationnelle ou encore économique.

éclectiques et de manière, parfois, inattendue². Constatant que les pratiques communautaires étaient innombrables, nous nous sommes interrogées sur l'intérêt d'un tel phénomène. À travers un prisme juridique³, une telle interrogation nous a conduites inexorablement à nous demander si la communauté⁴ correspond à une notion émergente à laquelle nous pourrions 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.*

Notre 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 les organisations publiques, voire les concurrences;
- 2) elle ne se définit pas de manière organique par ses membres⁵, mais par sa fonction qui consiste à poursuivre un intérêt déterminé;
- 3) chaque communauté poursuit un seul intérêt que nous qualifions d'intérêt collectif⁶;

² À titre d'illustration, voir : Benoît BORRITS, *Autogestion, l'encyclopédie internationale*, Paris, Syllepse, 2014.

³ 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.

⁴ La méthode retenue consiste à poser une définition de la communauté, non au sens courant du terme, mais à partir des éléments d'observation que nous avons relevés et qui nous servent d'hypothèse de travail. Nous employons le singulier pour désigner la notion de « communauté » ainsi décrite et le pluriel lorsque, suivant une démarche empirique, nous observons des pratiques communautaires.

⁵ Voir : *infra*, les caractères poreux et d'extranéité de la communauté (Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », (2013) *Revue internationale du droit d'auteur* 112).

⁶ Voir notre analyse proposant une définition de l'intérêt collectif comme un intérêt autonome de l'intérêt commun envisagé en tant que somme des intérêts individuels : Gaële GIDROL-MISTRAL, « L'affectation à un but durable, vers une

- 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. Ce sont des règles *ad hoc* et non un cadre institutionnel prédéfini, comme c'est le cas dans une entreprise ou 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 est attaché. Bousculant les frontières de certains concepts ou dogmes du droit civil, elles entrent frontalement en opposition avec les 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 nécessairement un phénomène juridique dans le sens où ses règles de

nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du *Code civil du Québec* », (2016) 46-1 *R.G.D.* 95. 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 commun supérieur autonome, générant un véritable intérêt collectif; sur ce sujet, *supra*, note 4, et voir : G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 6, 124, 125, 136 et 137. Voir également : Michel VAN DE KERCHOVE, « L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt. Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, vol. 3, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 83, à la p. 97; Jérôme FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », dans *Études de droit de la consommation. Liber amicorum. Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 409; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. « Droit fondamental », Paris, Presses universitaires de France, 2008, n° 351, p. 519 et 520; Gaële GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, thèse de doctorat, Lyon, École doctorale de droit, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2020, p. 306, en ligne : <<http://www.theses.fr/2020LYSE3047/document>>.

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 notre 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 consiste à situer les communautés dans un état de droit plutôt que de les cantonner dans des choix individuels. En d'autres termes, l'intuition qui préside à notre 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)⁷, alors même qu'il résulte de la rencontre des 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 Carbonnier⁸ et depuis repensée. Selon la théorie de ce dernier, « 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 présent⁹ », étant précisé par l'auteur que « les phénomènes de non-droit sont les mécanismes par lesquels le droit se retire¹⁰ » et qu'il lui semble que « le non-droit est tantôt objectivement donné par la société, tantôt subjectivement choisi par l'individu¹¹ ». Suivant ce raisonnement, les communautés qui sont l'objet de notre étude soulèvent la question de savoir si elles doivent être rangées dans la sphère

⁷ Cette distinction est empruntée à l'étude de Roland RICCI, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non droit », dans Raymond VERDIER (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 145.

⁸ Jean CARBONNIER, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001.

⁹ *Id.*, p. 25 et 26.

¹⁰ *Id.*, p. 27.

¹¹ *Id.*, p. 28.

juridique ou non juridique. En effet, les démarches communautaires sont parfois teintées d'une idéologie politique que l'on pourrait résumer à des inspirations anarchiques¹² ou libertaires et, dans une moindre mesure, elles éclosent pour pallier l'inadéquation de la réponse économique ou politique aux problèmes culturels ou environnementaux en particulier. La démarche méthodologique scientifique qui a conduit Carbonnier au concept de non-droit a été contestée, notamment par Roland Ricci¹³ 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"¹⁴ ». Or, même si l'on introduit 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 forment l'architecture du droit civil¹⁵.

Deux exemples, l'un tiré du droit de la propriété intellectuelle, l'autre du droit de la propriété privée, nous permettront d'illustrer les enjeux tant pratiques que théoriques qui entourent la notion de communauté.

Le *premier exemple* puise sa source en droit de la propriété intellectuelle¹⁶. Celui-ci est construit sur le modèle de la propriété individuelle du droit civil. Toutefois, il présente deux spécificités : la

¹² Voir à titre d'illustration : Richard PERRON, *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, Montréal, Faculté des sciences humaines, Université du Québec à Montréal, 2016, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/9391/>>.

¹³ R. RICCI, préc., note 7.

¹⁴ *Id.*, n° 64.

¹⁵ *Id.*, n° 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.

¹⁶ Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre*, Bruxelles, Larcier, 2014.

première est le caractère immatériel de l'objet de propriété (la création intellectuelle) qui en fait un objet par nature rival de sorte que sa réservation a été de tout temps contestée¹⁷; la seconde est la place accordée au public dont les intérêts sont mis en balance avec les intérêts des ayants droit. Si le droit de la propriété intellectuelle a été érigé en droit fondamental et rangé dans la catégorie des droits de propriété, il n'en demeure pas moins, dès sa conception, limité dans le temps¹⁸ et dans ses effets¹⁹. Par ailleurs, le réseau Internet a constitué un outil propice à l'émergence de communautés d'intérêts qui proposent de partager la jouissance de créations communes²⁰, et des voix dissidentes se sont fait entendre, en particulier celle de John Perry Barlow qui publie en 1996 la *Déclaration d'indépendance du cyberspace*. Certes, cette déclaration est restée à l'état d'acte militant contre une intervention étatique jugée illégitime, mais dans le même temps les communautés se sont organisées afin de défendre leur projet de mise en commun de connaissances. Le mouvement du libre est emblématique, dans l'univers digital, des efforts déployés pour créer une assise juridique aux projets communautaires par la voie contractuelle²¹. La démarche n'a pas manqué de heurter l'approche classique de la propriété intellectuelle et plus largement de la propriété civiliste. En effet, le modèle défendu a pour conséquence de ne pouvoir anticiper l'objet de propriété, l'œuvre étant en perpétuelle évolution, ni les personnes qui peuvent revendiquer un droit de propriété puisque tout un chacun peut participer à tout moment à la création²². Enfin, les mêmes droits et obligations s'appliquent entre les personnes qui participent à la création et celles qui en jouissent sans créer.

¹⁷ Michel VIVANT, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », (2007) 23 *Propriétés intellectuelles* 193.

¹⁸ Le droit de la propriété est accordé pour un temps déterminé qui varie en fonction des régimes.

¹⁹ Des « exceptions » et des « limitations » sont reconnues au monopole accordé aux titulaires des droits de propriété intellectuelle.

²⁰ On songera en particulier à la création collaborative du réseau Internet qui repose sur le principe du document RFC (*request for comments*) : Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Internet et la résurgence des “communs” », dans Béatrice PARANCE et Jacques DE SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 261.

²¹ Sébastien BROCA, *Utopie du logiciel libre. Du bricolage informatique à la réinvention sociale*, Neuvy-en-Champagne, Éditions le passager clandestin, 2013.

²² Nous avons nommé « œuvre libre » cette création : M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 16.

La proposition d'inscrire en droit ce rapport nouveau aux choses, qui est en définitive le rapport d'une communauté à une même ressource, pouvait être mis en perspective avec d'autres formes de partage sous l'angle de la propriété collective au sens de Raymond Saleilles²³, de Jean-Baptiste Proudhon²⁴, d'Arvid Pardon et d'Alexandre-Charles Kiss²⁵, ou encore de Stéphanie Choisy²⁶, de sorte que deux approches du phénomène pouvaient être retenues : la première, que l'on peut qualifier d'empirique, consiste à étudier les licences libres (« l'échange du savoir ou un modèle contractuel²⁷ »); et la seconde, de nature théorique, s'inscrit dans les différentes conceptions que l'on peut retenir du droit de la propriété (« le partage de l'avoir ou une propriété collective²⁸ »).

Au terme de cette étude, il a été possible d'affirmer que la pratique issue de la société civile avait su établir des règles de fonctionnement pour constituer un fonds commun auquel chaque personne peut contribuer, mais duquel nul ne peut se retrancher, et ce, hors de toute institution relevant du

²³ Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, A. Rousseau, 1910; Raymond SALEILLES, « Étude de l'histoire des sociétés en commandites », (1897) 1 *Annales de droit commercial français, étranger et international* 29, 37 et suiv.; Raymond SALEILLES, « Bulletin judiciaire », (1897) 1 *Annales de droit commercial français, étranger et international* 1, 10 et suiv.

²⁴ À propos du domaine public : Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité du domaine public*, 2^e éd., t. 1, Dijon, Lagier, 1843, n° 202, p. 241-242 (pour une application aux œuvres de l'esprit : M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 16, n°s 615-690, p. 343-382).

²⁵ Alexandre-Charles KISS, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », (1982) 175 *Recueils des cours de l'Académie de droit international de la Haye* 99, qui distingue cette notion des *res communes* et *res nullius* (en particulier à la page 112). Pour une analyse, voir : M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 16, n°s 692-706, p. 384-393.

²⁶ Stéphanie CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Paris, Litec, 2002, est la première qui théorise la notion de domaine public consenti et propose un renouvellement de la notion de chose commune (en particulier n°s 124 et suiv., p. 67 et suiv.).

²⁷ M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 16, n°s 39 et suiv., p. 37 et suiv. (partie I de l'ouvrage).

²⁸ M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 16, n°s 419 et suiv., p. 249 et suiv. (partie II de l'ouvrage).

droit positif. Il a été également acquis que ces pratiques communautaires n'entraient dans aucune catégorie juridique consacrée. Par conséquent, l'analyse de ces pratiques devait, dans un premier temps, être empirique et nourrie des travaux menés dans d'autres champs disciplinaires²⁹. Cette démarche nous a permis de poser une ébauche de définition de la notion de communauté et constituer deux caractéristiques essentielles. Selon cette définition, la communauté est *la réunion de personnes autour d'un projet qui forment de la sorte un groupe, non doté de la personnalité juridique, mû par une communauté d'intérêts et qui a pour ciment une conscience sociale*³⁰. Deux caractéristiques³¹ permettent de distinguer cette communauté d'autres formes d'organisations collectives : d'une part, le *caractère poreux* qui tient au fait que l'adhésion à la communauté découle de l'attachement au projet et non à une quelconque formalité; et, d'autre part, l'*extranéité*, qui joue un rôle essentiel dans le dynamisme de la communauté puisque celle qui connaît des migrations (entrée et sortie des membres) voit

²⁹ Voir notamment : Didier DEMAZIÈRE, François HORN et Marc ZUNE, « Des relations de travail sans règles? L'énigme de la production des logiciels libres », (2007) *Sociétés contemporaines* 101; Dominique FRÉARD, Flore BARCELLINI, Françoise DÉTIENNE, Michael BAKER et Jean-Marie BURKHARDT, « Comprendre l'activité collaborative des communautés épistémiques en ligne : approche socio-cognitive », (2012) *47ème Congrès de la SELF. Innovation et travail : sens et valeur du changement*, en ligne : <halshs-00860672>; Nicolas JULLIEN, Karine TOUDAUT et Sandrine LE SQUIN, « L'engagement dans des collectifs de production de connaissance en ligne. Le cas GeoRezo », (2011) 2-8 *Revue française de socio-économie* 59; Suzy CANIVENC, *Autogestion et nouvelles formes organisationnelles dans la société de l'information, de la communication et du savoir*, thèse de doctorat, Rennes, Sciences de l'information et de la communication, Université Rennes 2, 2009; Dominique CARDON, « Surveiller sans punir. La gouvernance de Wikipédia », dans Lionel BARBE, Louise MERZEAU et Valérie SCHAFER (dir.), *Wikipédia, objet scientifique non identifié*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2015, p. 15.

³⁰ Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », (2013) 235 *Revue internationale du droit d'auteur* 112; Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté », (2017) 3 *Dalloz IP/IT* 140.

³¹ M. CLÉMENT-FONTAINE, « Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création », préc., note 30, 119 et 120 : les caractères poreux et d'extranéité permettent de mettre en exergue l'adhésion au projet collectif et donc à l'intérêt collectif qui fait communauté (*supra*, sur la notion d'intérêt aux p. 12 à 14).

sa vitalité croître par le renouvellement continu et spontané des participants. Ces deux critères sont essentiels à la communauté dans la mesure où ils contribuent à sa pérennité. La taille de la communauté pourrait être également un critère déterminant pour que l'esprit communautaire (appelé également « conscience sociale ») opère. Cette appréciation rejoint l'analyse du doyen Carbonnier pour qui « il ne saurait y avoir de propriété communautaire là où il n'existe pas, dans chaque membre du groupe, un certain *animus domini*³² », et ce dernier ne peut exister qu'à une certaine échelle car, selon Carbonnier, c'est une question de « capacité psychologique : au-delà d'un certain seuil, l'autorégulation, la construction collaborative entre les membres d'un groupe sont compromises et la communauté se délite³³ ». Cette analyse confirme également la distinction entre les pratiques communautaires efficaces et les représentations symboliques de communautés qui reposent sur une simple déclaration d'intention, comme celle qui consiste à affirmer que l'humanité est une communauté³⁴.

Si cette analyse de la communauté a été inspirée par les travaux d'Elinor Ostrom et de Charlotte Hess qui ont mis en évidence le rôle essentiel des règles de la gouvernance dans la gestion de la ressource partagée par un groupe défini, elle s'en écarte non pas d'un point de vue conceptuel, mais en raison du contexte. Alors qu'Ostrom a essentiellement concentré son travail de terrain sur le domaine du foncier, l'espace numérique permet de s'affranchir à la fois des contraintes physiques de la possession de la ressource et des contraintes spatiales, ce qui engendre une porosité dynamique de la communauté et constitue un nouveau critère de définition. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une « *propriété impartageable, sans droit de veto, sans part individuelle, sans transmission, car c'est l'adhésion*

³² Jean CARBONNIER, *Communauté – Communisme – Propriété, Agriculture et communauté*, Paris, Librairie de Médecis, 1944. Le texte peut être consulté dans l'ouvrage suivant : Jean CARBONNIER, *Écrits*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 385 (textes rassemblés par Raymond VERDIER).

³³ *Id.* Voir notre analyse : Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », dans CECOJI, *Les modèles propriétaires au XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2012, p. 51, aux pages 59 et suiv.

³⁴ M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 33, p. 58 et suiv.

*au groupe qui assure la pérennité de la communauté*³⁵ » définition, que nous avons par la suite précisée³⁶. Cette organisation s'avère d'autant plus efficace qu'elle relève de règles émanant directement des membres de la communauté qui prennent la forme d'usages ou de contrats³⁷. Ainsi, peu à peu, la conceptualisation des pratiques communautaires n'a plus eu d'attache avec la notion de personne (les communautés n'étant pas dotées de la personnalité juridique) ni avec celle de propriété au sens du droit civil.

Le *second exemple* est tiré du droit de la propriété privée. Il prend appui sur l'analyse d'une pratique notariale d'acquisition en commun d'un bien, soit la clause d'accroissement. Cette technique juridique par laquelle plusieurs personnes acquièrent un bien en commun pour en jouir ensemble leur vie durant, tout en convenant qu'il appartiendra exclusivement au survivant d'entre elles, est le fruit d'une combinaison d'une technique communautaire de jouissance commune et d'une technique individualiste de propriété exclusive. Organisant une jouissance commune du bien calquée sur la communauté de vie des coacquéreurs et un retour à la propriété individuelle, la clause d'accroissement illustre la difficulté à définir la propriété collective et, en creux, la notion de communauté en droit civil. La clause d'accroissement revêt un effet deux visages, c'est-à-dire celui d'une forme plurielle de la propriété individuelle, dont l'indivision est le parangon, et celui d'une forme communautaire de la propriété, qui représente le socle technique de la communauté. La propriété communautaire, contrairement à la propriété indivise, se révèle impartageable, durable, sans part et intransmissible entre vifs ou à cause de mort puisque, pour bénéficier du bien commun, il faut être membre de la communauté.

³⁵ Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre? », (2008) 26 *Propriétés intellectuelles* 69.

³⁶ Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « Les communs numériques », dans Carine BERNAULT, Jean-Pierre CLAVIER, Agnès LUCAS-SCHLOETTER et François-Xavier LUCAS (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 163.

³⁷ Gilles SAHUT, « "Citez vos sources" : archéologie d'une règle au cœur du savoir wikipédien (2002-2008) », (2014) 42 *Études de communication* 97; Gilles SAHUT, « Construire une encyclopédie avec un wiki? Regards rétrospectifs sur la politique éditoriale de Wikipédia », (2016) 53-4 *ADBS* 68.

La propriété communautaire se perpétue grâce au mécanisme a-translatif de l'accroissement³⁸. Cette technique acquisitive non translatif du droit des biens est présente tant dans les communautés familiales du droit romain et de l'Ancien Droit que dans la propriété éminemment individualiste de l'indivision romaine dont le Code civil se fait l'écho. Toutefois, alors que, dans l'indivision, l'accroissement est une solution alternative au partage qui permet de mettre fin à l'appropriation commune, dans la propriété communautaire, il a pour effet de perpétuer la communauté³⁹. Ainsi, dans l'indivision, la nature déclarative de l'accroissement éteint les droits rivaux et consolide le droit du survivant en laissant émerger une propriété exclusive dénuée de concurrence, l'accroissement étendant ainsi jusqu'à son plein potentiel le droit de propriété du dernier survivant sur le bien. Au contraire, dans la propriété communautaire, l'accroissement évite la partition du bien et la disparition de la communauté en permettant à de nouveaux membres de faire partie de cette communauté⁴⁰. L'accroissement a pour fonction dans ce type de propriété collective de tenir en échec le retour à la propriété individuelle.

La nature hybride de l'accroissement participe aux réflexions sur les communautés, notamment parce que certains auteurs ont cru déceler dans la technique de la clause d'accroissement une forme renouvelée de propriété communautaire. Nous pensons au contraire que la clause actuelle qui vise un retour à la propriété exclusive du survivant des acquéreurs met en œuvre une indivision, forme plurielle de la propriété individuelle. Cette divergence doctrinale sur la nature juridique de la clause d'accroissement invite à une réflexion sur ce qu'est ou non une communauté.

Les communautés ne sont ni définies par le Code civil français ni par le Code civil québécois. Si nous les replaçons dans leur sens anthropologique et historique, les communautés constituent des groupes

³⁸ G. GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, préc., note 6, p. 377 et suiv.

³⁹ *Id.*, p. 315 et suiv.

⁴⁰ *Id.*, p. 344 : « Il est de la nature de la communauté issue de la propriété collective d'être verticale et transgénérationnelle. La communauté transcende l'espace puisqu'elle a vocation à accueillir de nouveaux membres et le temps puisqu'elle englobe les générations futures. »

partageant un foyer ou un bien et travaillant dans un but commun jusqu'à fusionner avec leurs biens⁴¹. Ainsi, les communautés ne sont pas seulement patrimoniales; communautés de vie, elles sont à la fois communautés de personnes et communautés de biens, les personnes et les biens se mélangeant pour ne faire qu'un. L'existence d'un bien commun étant insuffisante à tracer les contours de la communauté, il nous a fallu dégager trois critères permettant de révéler la dimension communautaire de la propriété collective. Toute propriété communautaire met en œuvre : 1) un intérêt collectif autonome, manifestation de la solidarité du groupe; 2) une affectation communautaire de la ressource commune, manifestation de sa dimension sociale; et 3) le maintien de la communauté de personnes, manifestation de sa pérennité⁴².

L'intérêt collectif assure la cohésion juridique du groupe. Pierre angulaire de la propriété collective, il laisse émerger le droit collectif qui la caractérise⁴³. L'intérêt collectif se distingue de la somme des intérêts individuels, mais aussi de l'intérêt commun, notion protéiforme qui oscille de l'intérêt général indifférencié à la combinaison des intérêts individuels et de l'intérêt commun⁴⁴. C'est dans cette gradation de l'intérêt commun

⁴¹ Ariane GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, t. 150, coll. « Thèses », Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2017.

⁴² G. GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, préc., note 6, p. 305-317.

⁴³ Frédéric ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle? », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 589.

⁴⁴ G. GIDROL-MISTRAL, « 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* », préc., note 6.

immanent⁴⁵, représentant la somme et chacun⁴⁶, à l'intérêt collectif transcendant, extériorisé et autonome, que gît la différence entre l'indivision, modalité individuelle de la propriété plurale, et la propriété communautaire, véritable propriété collective⁴⁷. Alors que l'intérêt commun camoufle, voire occulte les intérêts individuels, l'intérêt collectif les dilue au point de les faire disparaître. L'intérêt collectif provoque l'hibernation des intérêts individuels au profit d'un intérêt supérieur qui les dépasse et il s'impose jusqu'à transcender leur somme et s'autonomiser dans un intérêt distinct de l'intérêt des membres de la communauté⁴⁸.

L'autonomie de l'intérêt collectif est la conséquence de l'affectation communautaire, ciment de la cohésion sociale. L'affectation marque la volonté des membres de la communauté de poursuivre l'objectif fixé, soit un objectif communautaire extérieur à l'intérêt personnel de ses membres. Traduction affective du sentiment d'appartenance au groupe⁴⁹, elle lui permet de se fédérer autour de l'idée que chacun œuvre pour le tout *in solidum*⁵⁰. La solidarité, à la fois juridique et sociale, revêt en effet « une

⁴⁵ Pour Spinoza, l'*immanence* s'oppose à la transcendance. Le monde étant une totalité, l'*immanence* réside dans le fait que la totalité se réfléchit et se connaît dans chaque partie, tandis que toutes les parties dépendent de toutes les autres et de la totalité. Il recourt notamment au concept de *multitudo* pour désigner cette pluralité qui persiste tant sur la scène publique que dans l'action collective pour la prise en charge des affaires communes : Baruch SPINOZA, *Éthique*, coll. « Folio essais », Paris, Gallimard, 1994 (partie 3 à la page 189).

⁴⁶ Ainsi, Ludovic MAUPAS, *La gestion de l'indivision*, thèse de doctorat, Rouen, Université de Rouen, 2001, n° 292, p. 232, précise que l'intérêt commun « dépasse les individus sans être extérieur à leur personne ».

⁴⁷ Générosa BRAS MIRANDA, « La propriété collective au Québec : les enjeux », (2003) 63 *R. du B.* 231; Générosa BRAS MIRANDA, « La propriété collective est-ce grave docteur? Réflexions à partir d'une relecture de l'arrêt Allard », (2003) 63-1 *R. du B.* 29; G. Gidrol-Mistral, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, préc., note 6, p. 307.

⁴⁸ G. GIDROL-MISTRAL, « 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* », préc., note 6, 123.

⁴⁹ G. GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, préc., note 6, p. 312.

⁵⁰ Étymologiquement, le terme *solidarité* vient de l'expression *in solidum* qui signifie « pour le tout ».

dimension collective qui se définit toujours par rapport à un groupe ou [à] une communauté⁵¹ ».

L'affectation communautaire permet ainsi de délimiter tant spatialement que temporellement la communauté⁵². Le but poursuivi nécessite la préservation de la communauté, la conservation et la jouissance du bien commun n'étant que les moyens de réaliser cette affectation. Par ailleurs, la perpétuation de la communauté met en exergue une dimension fondamentale de toute communauté : sa vocation intergénérationnelle. Cela ne signifie nullement que la communauté ne peut disparaître, mais sa vocation est de perdurer. Ce dernier critère, essentiel, permet de distinguer la propriété indivise, par essence provisoire, de la propriété collective, par essence perpétuelle.

Ces deux exemples, qui révèlent l'existence d'une forme de propriété collective d'inspiration communautaire, nous ont permis de conclure qu'aborder la question sous l'angle de l'absence de propriété et de communs (ou biens communs)⁵³ ne suffit pas à rendre la communauté effective, c'est-à-dire à lui reconnaître des moyens juridiques de défendre ce pourquoi elle existe, à savoir un intérêt collectif. Devant les difficultés à

⁵¹ André MASSON, « Économie des solidarités. Forces et faiblesses des solidarités comme anti-marché », dans Danielle DEBORDEAUX et Pierre STROBEL (dir.), *Les solidarités familiales en question. Entraide et transmission*, coll. « Droit et société », t. 34, Paris, LGDJ, 2003, p. 145.

⁵² A. GAILLIARD, préc., 41, n° 261, p. 409 et 410.

⁵³ Il serait vain pour nous de vouloir être exhaustives sur la somme des travaux relatifs aux communs et aux biens communs tant ils sont nombreux; voir parmi les plus récents notamment : Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, Mélanie DULONG DE ROSNAY, Nicolas JULLIEN et Jean-Benoît ZIMMERMANN, « Communs numériques : une nouvelle forme d'action collective? », (2021) 130 *CREIS-Terminal* p. 1 (PDF), en ligne <<https://doi.org/10.4000/terminal.7509>>; Marie CORNU, Fabienne ORSI et Judith ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2021; Mélanie DULONG DE ROSNAY et Felix STALDER, « Digital Commons », (2020) 9-4 *Internet Policy Review*, en ligne : <<https://policyreview.info/concepts/digital-commons>>; Jean-Benoît ZIMMERMANN, *Les communs : des jardins partagés à Wikipedia*, France, Éditions Libre et solidaire, 2020, p. 224.

appréhender la notion protéiforme de propriété collective⁵⁴, il était nécessaire que la doctrine se saisisse de la question de la propriété 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 la propriété individuelle construite autour du dogme subjectiviste que de la propriété collective⁵⁵. Pourtant, les réflexions menées à ce jour sur la propriété collective comme celles qui l'ont été 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. En outre, même si la « muraille⁵⁶ » de la propriété individuelle cédait, le régime juridique du modèle de propriété communautaire resterait encore à inventer. Afin de sortir de cette impasse, il fallait quitter un temps le terrain de l'avoir (propriété et bien commun) en vue de 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 pas 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 décision 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 intérêt? Notre relecture de la communauté ne peut en effet faire l'économie de sa confrontation aux notions piliers du droit civil que sont la personne, la propriété et la responsabilité.

⁵⁴ En rupture avec une doctrine majoritaire présentant l'indivision comme une forme de propriété collective, voir : F. ZENATI-CASTAING, préc., note 43; G. GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, préc., note 6; M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 16, n^{os} 419-422, p. 249-251, et n^o 753, p. 426.

⁵⁵ G. GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, préc., note 6; M. CLÉMENT-FONTAINE, préc., note 16, n^{os} 419-422, p. 249-251, et n^o 753, p. 426.

⁵⁶ Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », (1993) *RTDciv* 305.

La définition de la communauté proposée et 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 désignons par l'expression « 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 Montréal.

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 ou d'un bien écologique, agricole ou culturel ou encore la production de connaissances⁵⁷. À vrai dire, ce qui définit la communauté, ce ne sont pas les personnes qui la composent, mais l'intérêt mis en œuvre, de sorte qu'un individu peut faire partie de plusieurs communautés et que toute communauté est donc nécessairement une communauté d'intérêt. En somme, l'intérêt fédérateur, qualifié d'intérêt collectif, est celui qui permet de reconnaître chaque communauté et de la distinguer des autres, puisqu'il est propre à chacune d'entre elles. Dès lors que cet intérêt collectif fait communauté, il met en œuvre un intérêt que nous appellerons « intérêt

⁵⁷ À titre d'exemples, voir les conférences suivantes présentées lors des colloques « Communautés et pratiques communautaires » : Valérie-Laure BENABOU, « Le réseau Internet, un espace pour les communautés »; Sébastien BRAULT, « Communautés et initiatives privées d'accès à la propriété : l'exemple de la coopérative d'habitation à capitalisation individuelle »; Marie-Sophie DE CLIPELLE, « La dimension collective du patrimoine culturel : la nature et les prérogatives des acteurs du collectif »; Ariane GAILLIARD, « L'exemple des sépultures de famille »; Jean-François JOYE et Anouk BONNEMAINS, « À la recherche d'une typologie des biens communaux en territoire de montagne. Étude de cas sur la Savoie et la Haute Savoie »; Hubert LAVALLÉE, « La fiducie d'utilité sociale, un outil légal pour préserver la terre et les écosystèmes au bénéfice des communautés »; Sarah VANUXEM, « Communauté territoriale : entre traditions féodales et règles communales, étude de cas sur la commune de Chambon-sur-Dolore (Livradois) ».

communautaire ». Celui-ci se différencie de l'intérêt commun⁵⁸, car il constitue une espèce spécifique de l'intérêt collectif⁵⁹.

Ensuite, la détermination de cet intérêt communautaire structure la communauté dont les règles d'organisation convergent vers cet intérêt et évoluent afin de le servir⁶⁰. Dans la mesure où l'*affectio communio* réside dans l'adhésion à cet intérêt, l'appartenance communautaire dépend du positionnement à l'égard 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 s'avère donc poreuse et teintée d'extranéité, ce qui est gage de dynamisme et, si l'équilibre est trouvé, de pérennité.

Reposant sur un intérêt collectif qui est supérieur à la somme des intérêts individuels et les transcende, 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,

⁵⁸ Pour un emploi large de l'expression « intérêt commun » dont l'intérêt collectif serait une composante, voir : Judith ROCHFELD, Marie CORNU et Gilles J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, rapport final de recherche, n^{os} 17-34, 2021, en ligne : <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/>>.

⁵⁹ G. GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, préc., note 6, p. 305-307. Voir également : *infra*, sur la notion d'intérêt commun aux p. 12-14.

⁶⁰ À titre d'exemples, voir les conférences suivantes présentées lors des colloques « Communautés et pratiques communautaires » : Luciana CASTRO GONÇALVES, Liliana MITKOVA et Tatiane BARLETO CANIZELA GUIMARÃES, « Les spécificités et le rôle des communautés de pratique sur le développement des innovations au sein des territoires »; Aurore CHAIGNEAU, « Construire une communauté d'habitants »; Séverine DUSOLLIER, « Inclusive Properties – When the Community Is the Property »; Shai STERN, « Reconsidering “Community”, A Normative Model to Address Communities in the Law »; Nicolas JULLIEN, « L'approche socio-économique : l'exemple des communautés numériques »; Victor POUX, « L'approche juridique : la propriété peut-elle être vectrice de communautés? L'exemple des droits réels de jouissance spéciale »; Isabelle SCHULTE-TENKOFF, « L'approche anthropologique : penser la communauté, aspects théoriques ».

la force de l'intérêt collectif doit la conduire à choisir et à se retirer des communautés étrangères à l'intérêt communautaire 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 communautaire. Dans cette hypothèse, l'intérêt collectif, qui peut consister à partager, à préserver, à collecter ou à 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 collectif, si bien que la même chose peut être au cœur de plusieurs communautés. Les communs numériques, voire fonciers (ressources naturelles, habitats), peuvent ainsi être l'objet de l'intérêt collectif de diverses communautés.

Suivant une telle approche, puisque l'ensemble de ses 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 les autres communautés. Bien sûr, ces réflexions sur la notion de communauté soulèvent les questions de leur légitimité et de leur responsabilité⁶¹, au cœur d'enjeux sociétaux importants auxquelles il nous faudra répondre.

Notre étude de la Communauté nous a conduit à recenser dans le présent numéro et plus largement dans une encyclopédie⁶² les diverses pratiques communautaires, c'est-à-dire les formes de gouvernance des

⁶¹ À titre d'exemples, voir les conférences suivantes présentées lors des colloques « Communautés et pratiques communautaires » : Thomas BURELLI, « L'incommensurable complexité de collaborer avec les communautés? »; Sandrine CLAVEL, « Les "communautés autochtones", actrices de la justice internationale et transnationale »; Doris FARGET, « La formule "communautés autochtones" et le droit étatique canadien »; Jacynthe LEDOUX, « La protection des droits collectifs autochtones et la mise en œuvre de l'obligation de consultation et d'accommodement – Qui consulter et accommoder? »; Catherine PICHÉ, « Le groupe comme communauté fantôme dans l'action collective »; Anabel RIAÑO-SAAD, « La population indigène et d'ascendance africaine, base de la construction de la notion de communauté en droit colombien ».

⁶² Encyclopédie *Les pratiques communautaires et les communautés* sous notre direction. [En préparation].

communautés qui trouvent leur source dans des usages, des traditions ou encore des textes de natures diverses et qui favorisent un métissage culturel des organisations émergeant de ces pratiques communautaires. Notre objectif est de révéler la force créative des communautés afin de renforcer leur légitimité et de répondre de manière appropriée à leur responsabilité, de sortir d'une vision juridique dogmatique ainsi que d'accompagner et de favoriser ce dynamisme social.