

La gouvernance des biens communs

**Intervention de Sarah Vanuxem le 12 novembre 2021 à Aubervilliers
dans le cadre de la journée « Pérenniser, partager, transmettre »
organisée par la Foncière Antidote
(transcription)**

Présentation par Jade Lindgaard

Sarah Vanuxem est enseignante chercheuse en droit. Elle a notamment publié un livre qui s'intitule « La propriété de la terre », paru en 2018 chez Wild Project. Ce livre a résonné chez beaucoup de personnes présentes. Elle y explique, que, contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, la propriété collective existe en droit français, et à partir de cette explication, de cette compréhension, plein de possibles s'ouvrent dans le rapport au commun. Notamment en lien avec la faculté d'habiter. C'est un livre qui a marqué beaucoup de gens et c'est notamment par rapport à cette publication qu'il y a eu cette invitation à participer aux discussions de cette journée avec la Foncière Antidote.

Sarah Vanuxem

« La propriété de la terre » était une reprise d'une thèse de droit des biens, disons de philosophie du droit à l'aune des questions environnementales, et je n'avais absolument pas imaginé qu'il pourrait y avoir des retombées du côté du monde libertaire. Ou des zadistes. Cela dit, lorsque le livre est paru en 2018, on était en pleine expulsion de Notre Dame des Landes, et je me suis un peu inquiétée de ce que j'avais pu dire, de la manière dont ça pouvait être compris, notamment sur les questions de violence légitime, non légitime, des questions de droit à l'insurrection que je mentionnais. Car je n'avais pas véritablement réfléchi à ces questions insurrectionnelles, et je ne l'ai toujours pas fait. Du coup, je ne savais pas très bien comment ce serait compris.

S'agissant du Fonds de dotation, il se trouve que dans un deuxième petit livre qui s'intitule « Des choses de la nature et de leurs droits »¹, j'ai consacré deux trois pages à la question du fonds de dotation de Notre Dame des Landes, *La Terre en Commun*. Donc j'avais un peu réfléchi aux liens entre fonds de dotation et fondations, leurs difficultés à être admis en droit français, et ce n'était pas complètement nouveau pour moi.

Pour commencer la présentation un peu plus formelle, ce sera avec un avertissement : je ne suis pas du tout spécialiste du droit des sociétés, tout ce qui est SCI, fondations, fonds de dotation, associations, etc. ne relève pas du tout de mes spécialités. Vous m'avez demandé d'expliquer en quoi votre proposition, l'idée, le montage, faisaient écho à mes travaux, aux recherches que j'avais pu effectuer auparavant. Donc je dirai en quoi votre travail résonne avec ce que j'ai pu traverser à la fois dans le champ de l'étude de la notion de propriété, des communs, et plus généralement de l'écologie politique.

Vous savez qu'aujourd'hui, entre communs et propriété, on ne parle plus vraiment d'antinomie ou de contradiction. On se demande au contraire comment la propriété peut

¹ *Des choses de la nature et de leurs droits*, Éditions Quæ, décembre 2020

faire place à des communs, notamment après les travaux de l'économiste Elinor Ostrom². On ne la qualifie pas toujours d'économiste, mais elle a reçu le prix Nobel d'économie en 2009. Elle réhabilite la propriété collective et montre que, dans un certain nombre de circonstances, la meilleure allocation des ressources possibles, pour utiliser le vocabulaire économique, en particulier des ressources naturelles n'est pas forcément la propriété publique ni la propriété privée, mais des arrangements institutionnels entre les acteurs, entre des biens publics et des biens privés qui peuvent être agencés. Elle insiste sur le fait que ce qui compte, c'est bien moins le statut juridique des biens qui sont mobilisés, biens publics, biens privés, donc propriété publique ou propriété privée, que les règles d'organisation des ressources, l'autogestion en fait, qui est mise en place, avec des exemples pris en Afrique, dans des communautés d'irrigants en Suisse ou au Maroc, et finalement dans le monde entier. Elle insiste sur l'importance des arrangements institutionnels, des bricolages qui peuvent être effectués.

Ce que vous proposez ici, c'est un bricolage avec le droit existant pour constituer un commun. Il y a un entremêlement de trois mécanismes distincts, même s'ils reposent seulement sur le statut des associations et des fonds de dotation. C'est d'abord une constellation de lieux qui sont constitués en associations, certains parlent d'un archipel de lieux. Donc différents lieux sur le territoire français, constitués en associations dites des lieux, qui ont tous en commun de vivre de manière collective, en tout cas de se proposer de vivre sur les lieux de manière collective. Cette constellation d'associations dites des lieux se trouve fédérée, rassemblée, regroupée, par le biais d'une association créée en août 2019, l'association *Les Passagères de l'usage*. Deuxième élément qui vient se juxtaposer aux associations des lieux, une association fédérative, même si les membres du groupe contestent (pour certains en tout cas) la notion de fédération ou de confédération. Et enfin cette association des *Passagères de l'Usage* a créé un fonds de dotation, une sorte de succédané de fondation, mais plus facile à monter qu'une fondation. Ces trois mécanismes s'articulent.

Ma question est de savoir si votre montage juridique, qui repose sur ces trois pôles, est suffisamment solide, d'après les travaux que j'ai pu lire (hors le domaine du droit des sociétés), pour constituer cet archipel des lieux sur un temps long de manière pérenne. Est-ce que par le biais de ce bricolage juridique on parvient à retrouver ces anciens communs, ceux de l'ancien droit, qui pour certains perdurent aujourd'hui, ces communs qui ne nécessitaient pas d'arrangement institutionnel parce qu'ils cadreraient littéralement avec l'idée d'une vie collective ? Je pense ici aux communaux, en particulier aux sections de communes qui existent encore sur le territoire français, aux associations territoriales de l'eau, qui existent encore aussi pour certaines, qui ont survécu à la Révolution française. On a encore aussi par exemple les prudhommes de pêche sur le pourtour méditerranéen, et d'autres corporations de métiers qui permettent de vivre durablement en collectivité, en l'occurrence autour d'un corps de métier. Donc avec votre bricolage a-t-on quelque espoir de voir des lieux collectifs perdurer dans le temps ?

Je vais repartir du projet, de l'utopie réelle, c'est à dire de chacun de ces lieux qui doivent être constitués en association, cet archipel de lieux. L'idée, c'est de rendre impersonnelle à chaque fois la propriété des lieux, de la rendre inaliénable. Et même, dans le statut type qui est proposé, il est évoqué l'existence autonome des lieux, qui devraient prendre eux-même des décisions qui les concernent. Avec la présence d'humains qui sont un peu comme des

² Elinor Ostrom, politologue et économiste américaine, célèbre pour son analyse de la gouvernance économique, et en particulier, des biens communs

intendants des lieux, qui doivent par obligation en prendre soin. Que dire de ces lieux qui ne sont possédés par personne ? À quoi cela renvoie-t-il?

Personnellement, si je me reporte à l'histoire du droit, cette histoire de lieu qui n'appartient à personne, en tout cas à aucun être humain, même si ça peut paraître complètement hétérodoxe, original dans l'histoire du droit, c'est quelque chose qu'on connaît. On connaît l'idée d'accorder davantage de poids à l'usage qu'à l'abus, au droit de disposer, à travers le mécanisme de la saisine, une forme de propriété que l'on pouvait acquérir par l'usage, l'écoulement long du temps. Un usage qui devait être paisible, public, continu. Ça renvoie donc à ce mécanisme de la saisine qui existait sous l'Ancien Régime, et pour un historien du droit c'est tout à fait cohérent de parler de propriété en mettant en avant l'usage, plutôt que le pouvoir de disposer juridiquement des choses matérielles en les supprimant radicalement.

Cette idée de lieux qui seraient en quelque sorte propriétaires d'eux-même, autonomes, dont les humains ne seraient pas propriétaires, est aussi assez classique. Il s'agit d'une théorie qui a été verbalisée en 1140 à peu près, aux environs du début du XIIe siècle, par l'archevêque Moïse de Ravenne. Elle porte son nom. Il tente de penser la communauté des biens qui appartiennent à un monastère. Se pose la question de savoir ce que le monastère devient si tous les moines viennent à disparaître, si la collectivité des êtres humains vient à disparaître. Moïse de Ravenne fait l'hypothèse que ce monastère, les biens du monastère, appartiennent peut-être au monastère lui-même, à la bâtisse en elle-même, et non pas aux êtres humains qui, eux, passent. Cette théorie a perduré jusqu'après le XVIIe siècle, même après la Révolution française en certains lieux. On peut la faire remonter jusqu'au droit le plus ancien, le droit romain lui-même, et même au droit mésopotamien. Ça paraît aujourd'hui original pour un juriste français, mais c'est une solution en réalité très classique, à travers le temps long de l'histoire du droit. Ça nous parle encore aujourd'hui : sur le haut plateau ardéchois, les gens évoquent encore leurs communaux, les pâturages, les forêts, comme des biens qui appartiennent aux corps de ferme du village, aux bâtisses. Pour eux c'est plus cohérent car, comme vous le dites, les gens ne sont que des passagers sur les lieux, parce qu'ils naissent et parce qu'ils meurent. Et aussi parce qu'ils peuvent faire le choix de déménager, tout simplement. Et donc il est plus pertinent pour eux d'accorder les droits sur les communaux, les forêts, etc. aux fermes en elles-mêmes, plutôt qu'aux personnes humaines qui ne sont que des passagères et des usagères.

Votre idée fait aussi référence à un grand mouvement contemporain planétaire aujourd'hui de reconnaissance de droits à la nature, ou à ses éléments, par exemple la personnalité juridique accordée au fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande, à la rivière Magpie au Canada, ou le cas du fleuve Tavinienu en Corse (pour ce dernier il ne s'agit encore que d'une revendication citoyenne, il n'est pas certain que les juges la reconnaîtront). Ou alors le mouvement autour de la reconnaissance de la personnalité juridique de la Loire. À chaque fois les gens se présentent comme appartenant au lieu plutôt que comme des entités qui auraient la propriété des lieux eux-mêmes. Il y a chez vous un écho important à ce grand mouvement planétaire dit de personnification de la nature et de ses éléments, qui est d'abord un mouvement de reconnaissance de droits aux lieux, au milieu naturel.

J'en viens à l'association des *Passagères de l'Usage*, le deuxième pôle du bricolage du montage juridique. C'est une association de droit français. Trois lieux déjà cooptés l'ont rejointe, et d'autres à venir pourront rejoindre votre initiative. Elle a été créée en août 2019. Ce qui me paraît très intéressant à la lecture de vos travaux, en comparaison avec ceux d'Elinor Ostrom, c'est que manifestement vous cochez toutes les cases pour que

l'institution perdure dans le temps et que cet archipel des lieux puisse persister en dépit du passage des humains.

Dans son ouvrage sur la gouvernance des biens communs³ paru en 1990 pour la traduction française, Elinor Ostrom vient lister sept à huit grandes conditions qu'il convient de remplir pour avoir plus de chance de durer. Elle observe que les communs qui durent sont ceux qui remplissent ces conditions. Et il semblerait que chacune de ces conditions, vous les remplissiez.

La première condition c'est d'avoir des frontières bien définies du groupe ayant accès aux ressources. Évidemment on peut discuter du terme de ressources naturelles, mais elle dit que pour que le commun perdure, il faut que l'on sache bien quels sont les ayant-droit, quels sont les communiens, quels sont les membres du groupe. Vous, de manière très classique, vous listez les membres qui peuvent appartenir à l'association *les Passagères de l'Usage* : les membres fondateurs, les membres délégués des lieux cooptés qui forment l'archipel des lieux, les membres amis, les membres de soutien. Jusque là c'est très classique. Mais ce qui paraît tout à fait intéressant c'est votre protocole de cooptation prévu lorsque de nouveaux lieux veulent adhérer à l'association des *Passagères de l'Usage*. Sans rentrer dans le détail, il prévoit une visite de candidature, suivie d'une visite de cooptation, visant à s'assurer véritablement qu'il y a des valeurs partagées, et que l'on va bien pouvoir travailler de concert.

Deuxième condition listée par Elinor Ostrom pour que le commun perdure: la participation de la plupart des individus concernés à la définition et la modification des règles de fonctionnement du pool des ressources. On tente de faire en sorte que le maximum d'humains possible y participe. Or vous avez un manuel de facilitation de la prise de parole qui est prévu, vous avez aussi des réflexions sur l'écriture inclusive qui vise à permettre aux femmes de participer davantage aux réunions. Et pour ce que j'ai vu aussi de ce qui se passe sur les *Lentillères*, qui est l'une de vos références, c'est absolument extraordinaire en comparaison par exemple d'un conseil de gestion dans une faculté de droit à l'université. Si je compare les prises de parole des uns et des autres, hommes et femmes, les temps de parole respectifs, les questions relatives aux autorités de chacun, ils ont vraiment beaucoup à apprendre de ce que j'ai pu voir dans les assemblées des *Lentillères*.

Troisième point : un dispositif de supervision et de contrôle du pool des ressources assuré par les membres du collectif ou par un organe de contrôle responsable devant eux. Là aussi vous précisez les rôles du Conseil Communal qui se réunit trois fois par an, des autres commissions thématiques qui travaillent sur des points particuliers, des représentants de l'association qui agissent sur décision du Conseil Communal, mais qui ne sont ni les représentants légaux des associations des lieux, ni les membres du conseil d'administration du Fonds de dotation. Juste pour dire qu'à chaque fois on s'assure que personne ne détiendra l'autorité sur les autres et qu'il y a vraiment une circulation possible du pouvoir. Bien sûr, il y a pouvoir, mais un pouvoir qui est autant que faire se peut dispersé, et avec une volonté aussi de ne pas conférer de mandat libre aux différents représentants. Ça me paraît assez important. C'est repris aussi dans « Habiter sans posséder »⁴. Vous avez là un article de Florence Gauthier (historienne, spécialiste du XVIIIe siècle, maître de conférences à Paris VII, auteure entre autres de *La voix paysanne*

³ *La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, aux éditions De Boeck

⁴ *Habiter sans posséder*, Edition Les presses du faubourg 2021. Disponible par commande auprès d'Antidote

dans la Révolution). Elle n'en parle pas dans cet article, mais elle a travaillé sur l'histoire de ce que l'on peut appeler le fidéicommiss, ce mandat qui peut être conféré aux représentants. Ce n'est pas un mandat libre, mais plutôt un mandat qui fait en sorte que les représentants soient contraints par les décisions du groupe, ici par exemple par les décisions du Conseil communal, qui fait qu'ils ne peuvent pas décider sans l'aval d'autrui. C'est vraiment une réponse à toutes les discussions qu'on a aujourd'hui sur la démocratie représentative et les raisons pour lesquelles elle ne fonctionne pas. Certains proposent justement de revenir à ce mandat libre, de revenir au fidéicommiss. Il y a différents points dans le mécanisme que vous proposez qui permettent de répondre à ces dysfonctionnements de la démocratie dite représentative .

Quatrième point : un système de sanctions graduées pour ceux qui violent les règles de fonctionnement mises en œuvre par les autres membres du collectif ou par un organe responsable devant eux. Et là aussi on prévoit effectivement, par exemple pour les délégués au Conseil Communal de l'association, un certain nombre de sanctions graduées. On pourra par exemple sanctionner et exclure, révoquer en tout cas le mandat de ceux qui n'auraient pas respecté les valeurs du Manifeste, le « Manifête »⁵, ou du règlement intérieur.

Cinquième point : Elinor Ostrom mentionne aussi des dispositifs de règlement des conflits à faible coût. Il faut que l'on pense la résolution des conflits. Et de par votre expérience vous savez que des conflits naissent d'une manière ou d'une autre au sein des collectifs et que l'on doit pouvoir y répondre si l'on veut que les collectifs perdurent. Et là on a deux protocoles spéciaux : un protocole de riposte en cas de problème posé par des agents extérieurs, en cas de situation d'urgence, et un protocole de crise pour résoudre les problèmes internes. Donc on n'est pas du tout dans les communs que l'on peut imaginer, naïfs, présentés généralement comme des communs un peu « oui-oui ». Il y a vraiment une conscience des difficultés qui se posent dès que l'on pense propriété collective ou communs.

Sixième point : une reconnaissance minimale par les pouvoirs publics du droit collectif de s'auto-organiser et de définir ses propres règles. Là, vous bénéficiez d'une reconnaissance minimale par les pouvoirs publics du fait des deux lois utilisées, la loi de 1901 sur les associations et la loi de 2008 sur les fonds de dotation. Vous savez évidemment que les lois se font et se défont et qu'il faut veiller à ne pas être trop dépendants du législateur, donc à multiplier peut-être encore les points d'ancrage. Parce que le législateur pourrait évidemment revenir sur la loi de 2008 sur les fonds de dotation et la rendre moins attractive pour vous. C'est un risque réel.

Septième point : dans le cas où différents pools de ressources sont intégrés dans un système plus large, les dispositifs précédents sont organisés dans un système de plusieurs niveaux d'entreprises emboîtées, avec à la base des communs de taille limitée. Là, ça correspond exactement à votre configuration. Vous imaginez déjà un archipel de communs qui sont comme emboîtés les uns dans les autres et qui sont réunis via le biais de l'association des *Passagères de l'Usage*. Vous avez déjà des réflexions propres à éviter, en vous citant, « de devenir une machine lourde, désincarnée et bureaucratique » (voir le Manifeste), une réflexion sur la manière d'agencer des communs les uns dans les autres.

La dernière règle mentionnée par Elinor Ostrom c'est celle, pour se donner des chances de durer, de posséder des règles d'appropriation et d'allocation des ressources adaptées aux

⁵ *Manifête*, charte rédigée au démarrage d'*Antidote*, voir sur le site

conditions locales et aux objectifs désirés. Là la question est de savoir si la proposition que vous faites de permettre à un fonds de dotation d'acquérir les lieux, et donc les ressources, est une bonne solution et si aussi le transfert en retour que vous proposez aux lieux via des baux emphytéotiques ou d'autres droits réels est satisfaisant. J'en viens donc au dernier angle de votre mécanisme, à savoir le fonds de dotation à proprement parlé, *la Foncière Antidote*.

L'association *les Passagères de l'Usage* a créé le fonds de dotation *la Foncière Antidote*. On s'est donc saisi d'une opportunité créée par la loi de 2008 d'organisation de l'économie. L'idée c'est que des individus vont allouer de manière irrévocable, et c'est là le point fort, des biens pour la réalisation d'une mission d'intérêt général. C'est ce que prévoit la loi de 2008 qui permet la création de ces fonds de dotation de manière plus aisée que si on devait créer une fondation (en effet pour une fondation il faut recourir à un décret pris en Conseil d'État, donc les choses sont beaucoup plus délicates). Il n'y aura donc plus la possibilité pour les donataires de reprendre leurs apports, puisqu'ils auront fait une allocation irrévocable des biens. On a donc là quelque chose qui doit permettre de constituer de manière pérenne des lieux puisqu'ils appartiennent au final à ce fonds de dotation appelé *la Foncière Antidote*.

Je tente d'identifier les échos par rapport à ce que j'ai pu voir des fondations, ce à quoi ça me fait penser. J'ai pu voir déjà, mais n'importe qui ouvrant un manuel relatif au droit des fondations le verra, que la création des fondations remonte à l'Antiquité, on en trouve dès la Grèce Antique. C'est une création séculaire. Mais en même temps les fondations ont toujours été regardées avec beaucoup de suspicion. Je m'intéresse aux fondations en elles-mêmes, parce que les fonds de dotation, c'est un peu des fondations en petit, des succédanés de fondations. Donc c'est important de voir comment celles-ci ont été comprises dans le temps, le regard qu'on leur a toujours porté, chargé d'un peu de suspicion, de prudence. On leur a souvent demandé d'obtenir une autorisation, on exigeait d'elles, pour qu'elles soient constituées, d'obtenir une autorisation préalable auprès de l'administration. On leur imposait un contrôle, on leur imposait aussi une surveillance par le biais de l'autorité centrale, ou de l'autorité royale sous l'Ancien Régime. Pendant la Révolution française, par exemple, on a supprimé avec les corporations les fondations, et leurs biens ont été nationalisés. Donc on ne les a jamais vraiment regardées d'un bon œil, même pendant la Révolution française,.

Finalement ces fondations ont réussi à perdurer dans le temps, mais toujours à travers un mécanisme de contrôle très étroit, de régularisation, de surveillance et d'autorisation. Ça pose évidemment la question de savoir pourquoi les fondations sont traitées avec autant de vigilance et de précautions. La réponse est toute simple : les fondations, et aujourd'hui sans doute aussi les fonds de dotation, représentent une forme de contre-pouvoir à l'égard de l'ordre établi. Par rapport à l'État central, on peut y voir en effet de nouveaux foyers de pouvoir qui pourraient éclore et qui apparaissent finalement comme un danger, peut-être, pour l'État français. Pourquoi ? Parce qu'on a la possibilité d'y définir un nouvel intérêt général, de lui donner un nouveau sens. Un intérêt général qui ne serait plus orienté vers le développement économique, vers la croissance, le développement d'activités industrielles, mais plutôt comme ici vers la préservation de lieux, la préservation de milieux naturels. Donc un intérêt général alternatif et concurrentiel, finalement, par rapport à ce qui constitue encore les grandes valeurs de l'État français. Qui ne signifie plus l'augmentation des emplois salariés, mais qui soit pensé autrement par rapport littéralement au « ménagement » des lieux. Donc c'est la force du fonds de dotation, ce pour quoi évidemment ça peut apparaître comme une solution vraiment alternative et, vous le notez dans vos documents, anticapitaliste. Et en même temps ce pour quoi il faut être très

vigilant. Donc c'est à la fois important de mobiliser les lois, mais aussi d'être vigilants vis-à-vis des évolutions législatives sur ce point. La réticence des autorités publiques vis-à-vis des fondations s'expliquait aussi par la crainte des biens de main-morte, des établissements de main-morte. Tous ces hôpitaux, ces hospices, ces monastères qui permettaient de retirer des biens de la circulation marchande, de rendre des biens inaliénables, de les affecter à perpétuité à une fondation. On sortait des biens de l'économie marchande.

On a à travers les fonds de dotation sans doute le moyen d'immobiliser économiquement des biens et donc de faire face, d'opposer une autre manière de penser que celle de la circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux, qui est encore aujourd'hui le socle de l'économie marchande et du marché commun de l'Union européenne. On a la possibilité de faire échapper des masses de biens au commerce juridique français, ce qui peut faire apparaître comme une solution extrêmement intéressante ce fonds de dotation.

J'aurai une question : si les personnes qui allouent des biens au fonds de dotation ne peuvent plus les reprendre, et si cette dotation donc est irrévocable, en revanche il y a encore dans les statuts du fonds de dotation *la Foncière Antidote* la possibilité, de manière exceptionnelle, mais possibilité tout de même, de céder les biens qui seraient donnés à *la Foncière Antidote*. Là je me dis qu'on n'a peut-être pas encore véritablement la certitude que ces biens seront véritablement inaliénables puisqu'on se réserve encore la possibilité, par exception, de les refaire circuler, de les réinscrire dans l'économie marchande. On n'a pas véritablement retrouvé encore ces biens de mainmorte, qui étaient retirés définitivement du marché.

Un dernier aspect. Ce fonds de dotation est privé des prérogatives essentielles du propriétaire, puisqu'en définitive son droit de disposer juridiquement est comme anéanti - je reprends vos propres termes- du fait que le fonds de dotation va allouer en retour des baux emphytéotiques, donc de très longue durée, à des lieux qui constituent l'archipel des lieux, constitués chacun en association, voire à plus long terme à l'association des *Passagères de l'Usage*. Ça signifie que le fonds de dotation, quoique propriétaire de chacun des lieux, finalement rend en quelque sorte les pouvoirs dévolus au propriétaire à chacun des lieux en leur concédant des baux emphytéotiques. On retrouve là d'une certaine manière la propriété pensée à la manière de l'Ancien Régime, le système dit des propriétés simultanées : au lieu d'avoir toutes les utilités d'une chose entre les mains d'un seul et unique propriétaire, on a une dispersion des utilités des choses appropriées par le fonds de dotation entre les mains de plusieurs lieux. Dans ce système, on pouvait avoir pour une seule et même chose un ensemble de propriétaires. On rejoint cette définition de la propriété, qui est une propriété plein sol, et pas hors sol, directement liée aux usages que l'on peut faire des lieux. On retrouve ici cette définition de propriété de l'usage, dans laquelle la propriété n'est jamais que la propriété d'un droit d'usage. De ce point de vue, je crois que l'on atteint effectivement l'objectif qui est le vôtre.