

LE DROIT À L'ÉPREUVE DE LA RÉSURGENCE DES *COMMONS*

Serge GUTWIRTH et Isabelle STENGERS¹

Résumé :

Contrairement à la fable de leur tragédie autodestructrice, les *commons* sont portés par une entente – un gouvernement (E. Ostrom) - et le souci partagé de ne pas détruire la ressource dont chacun dépend. Leur disparition est donc bien une éradication liée au développement du régime de connivence entre la liberté d'entreprise des propriétaires et la souveraineté du propriétaire au carré, l'Etat. Si la résurgence actuelle des *commons* peut annoncer un changement de comportement urgent et désirable à l'ère des menaces associées au bouleversement climatique c'est parce qu'elle est porteuse de pratiques réinventant la durabilité. Mais elle se heurte frontalement aux lois et droits en vigueur, qui sont héritières de leur éradication.

Dans leur article les auteurs explorent la difficulté d'articuler le droit en vigueur avec ce qu'exige la vie des *commons*. Que ceux-ci génèrent nécessairement le développement de droits locaux et vernaculaires est au cœur d'une tension fondamentale avec le principe de la prééminence de la loi et du droit.

Mots clés : *Commons*, propriété, souveraineté, Ostrom, droit vernaculaire, bouleversement climatique, durabilité

Summary + titre en anglais : When the commons put the law on test

Despite the tale of their tragedy, the commons are driven by an agreement or « government » (E. Ostrom) and the shared concern not to destroy the resource from which all depend. Their disappearance is the result of an eradication by the collusion of the freedom of enterprise of the owners, and the sovereignty of the owner in the square, the State. If the current resurgence of the commons can herald an urgent and needed change of behaviour it is because of the renewed sense of sustainability it expresses at the time of the threats linked to climate change. This resurgence nevertheless frontally collides with the current law which has inherited from their eradication.

In this article the authors explore the obstacles against articulating the current applicable law and what is demanded by the life of the commons. Since the commons necessarily generate the development of local and vernacular law, a fundamental tension with the principle of the rule of law comes to light.

Keywords : *Commons*, property, sovereignty, Ostrom, vernacular law, climate change, sustainability

¹ Serge Gutwirth est professeur à la Faculté de droit et de criminologie de la Vrije Universiteit Brussel (VUB) et Isabelle Stengers est professeure de l'Université Libre de Bruxelles (ULB).

I – UNE TERRIBLE IMPUISSANCE

Il n'est pas besoin, aujourd'hui, d'être marxiste pour poser la question de l'impuissance des États dans leur rôle traditionnel de responsable de l'intérêt général face au marché. Face à la menace du désordre climatique², l'ensemble des arguments qui ont consacré l'idée que le marché libéré de ses contraintes étatiques est la formule optimale pour assurer le progrès humain se trouvent pris de court. Et l'autorité que la législation a conféré à ces arguments en donnant une légitimité centrale aux intérêts du propriétaire privé, fût-il une multinationale, est appelée elle aussi à devenir une préoccupation pour les juristes.

Dans son remarquable *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*³, Naomi Klein dresse un terrible et difficilement contestable⁴ bilan d'une situation qui doit beaucoup moins à l'égoïsme ou à la passivité des citoyens si souvent déplorés, qu'à l'impuissance consentie d'États pourtant prétendument conscients du péril au moins depuis 1988, année de la conférence de Toronto et de la création du Groupe d'experts Intergouvernemental sur l'Evolution du Climat (GIEC) au sein de l'ONU. La question de savoir si, et dans quelles conditions, les lois du marché peuvent faire face au problème du bouleversement climatique n'a jamais été sérieusement discutée et les négociations de l'Uruguay Round qui allaient aboutir à la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) en 1994, n'en ont pas été le moins du monde affectées. Avec l'OMC la liberté du commerce est devenue un principe supérieur, les éventuelles entorses à ce principe pour causes de dégâts environnementaux étant l'exception considérée avec suspicion et soumise à arbitrage contraignant devant les organes de règlements de différends au sein même de l'organisation et au regard de ses règles à elle. Dès 1992, d'ailleurs, le Sommet de la Terre de Rio précise que les mesures prises pour combattre le changement climatique ne devraient pas constituer de restriction déguisée au commerce international (principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement). Les remèdes possibles au désordre climatique doivent se soumettre au règne désormais hégémonique du marché.

Depuis l'origine, deux histoires se poursuivent donc en parallèle. L'une est scandée par des perspectives de plus en plus inquiétantes, avec notamment l'explosion des émissions de gaz à effet de serre, et des réunions interétatiques dont les promesses rhétoriques et non-contraignantes, ne trompent plus grand monde. L'autre tout au contraire, très obstinément, fabrique un ensemble d'accords fort contraignants, par lesquels les États se privent de tout pouvoir d'initiative et tissent de surcroît un réseau de nouveaux accords (cf. comme aujourd'hui les négociations pour le « TTIP » ou « TAFTA » entre les États-Unis et l'Union européenne) destinés à assurer le commerce libre et la sécurité des investissements. Cette fois toute mesure pouvant diminuer la profitabilité d'un investissement effectif ou envisagé est susceptible de rappel à l'ordre ou de censure. Tout se passe comme si ce qui devait être

² Voir à ce sujet déjà la *Chronique de théorie du droit* en 2014 : S. Gutwirth, « Bouleversement climatique : penser ce qui vient avec Bruno Latour » et Br. Latour, « War and Peace in an Age of Ecological Conflicts », *RJE*, 2014/1, resp. p. 45-50 et p. 51-63.

³ N. Klein, *Tout peut changer. Capitalisme et changement climatique*, Coédition Actes Sud/Lux, 2015 (version originale anglaise : *This Changes Everything*, Simon & Chuster, New York, 2014).

⁴ Stéphane Foucart écrit dans *Le Monde* du 16/4/2015 « Pour qui a en tête la litanie d'articles écolophobes et climato-sceptiques publiés ces dernières années par le quotidien britannique *Daily Telegraph*, sa recension du livre - estimant que son auteure a « indéniablement raison » - sonne comme une capitulation en rase campagne. ».

protégé de la menace climatique était d'abord la libéralisation du commerce et l'expansion de l'économie globale.

Klein parle à ce sujet de « pensée magique » et l'exemple du système européen des droits d'émission illustre bien cette croyance en ce que cela *doit* marcher malgré toutes les raisons de savoir que cela *ne peut pas* marcher. Les pays concernés par les quotas ne sont comptables que des émissions à l'intérieur de leurs frontières, non de celles occasionnées par la production des biens importés. Et les multinationales sont libres de faire fabriquer ces produits là où les quotas ne s'appliquent pas, en Chine notamment. Le sens commun voudrait que ce soient les droits d'extraction qui soient règlementés, d'autant que l'on estime depuis 2012 déjà que les réserves d'hydrocarbures déjà identifiées et appropriées sont à elles seules plusieurs fois suffisantes pour causer un réchauffement très largement supérieur à la fameuse limite des 2°C⁵. Mais les projets d'extraction sont déjà intégrés dans la valeur de marché des industries pétrolières et leur devoir envers leurs actionnaires n'est point de les préserver, mais de les extraire et les vendre.

Au début du 17^{ème} Grotius avait, au service de la Compagnie hollandaise des Indes orientales, défini comme un droit naturel la liberté pour quiconque de parcourir les mers sans entraves (*Mare liberum*). Aujourd'hui, comme le remarquent Capra et Mattéi⁶, un autre droit fondamental a été, au sein de l'OMC, conquis par les industries extractivistes : aucun pouvoir public ne peut plus (sauf exception) limiter leur droit à parcourir le globe et à prendre sous leur contrôle des ressources naturelles et humaines, y compris à prospecter, acquérir et exploiter toujours plus de ressources d'hydrocarbures. Et dans les deux cas ce droit transnational découle de ce que ces industries doivent, comme toute autre personne, être protégées contre des interventions des pouvoirs publics qui mettraient en danger leur droit fondamental à exister.

Nous avons choisi de poser la question de ce nouveau « droit naturel » en le confrontant aux enjeux vitaux liés au désordre climatique car il n'en fallait peut-être pas moins pour ébranler l'autorité sur les esprits de la référence à la liberté économique en tant que moteur du progrès humain. Il va de soi que ce droit, auquel sont désormais soumis les États, n'a pas été acquis sans un long et obstiné travail de pression, de lobbyisme, de propagande. Mais il s'impose aujourd'hui sur un mode tel que les multiples dégâts sociaux et écologiques particuliers qui s'accumulent ne suffisent plus à nourrir sa mise en cause. Que du contraire, comme Klein le rappelle, les Big Greens, les grandes associations de défense de l'environnement ont elles-mêmes adopté une attitude de partenariat « amical » avec l'industrie, mettant leurs espoirs dans ce qu'on a appelé le « capitalisme vert » (oubliant que l'interdit de ce qui pourrait être apparenté à du protectionnisme condamne toute politique locale liant par exemple emplois « verts » et énergie « propre »).

Nous avons été délibérément partiels. La menace sur l'environnement ne vient pas du seul désordre climatique. Il y aurait évidemment beaucoup à dire sur le lien entre liberté

⁵ En novembre 2012, l'Agence Internationale de l'Energie rapportait dans le *World Energy Outlook 2011* que l'objectif de 2° C ne sera atteint que si au maximum un tiers du carbone contenu dans les réserves prouvées de combustibles fossiles est relâché dans l'atmosphère d'ici à 2050 (cf. <http://www.worldenergyoutlook.org/weo2011/>, <http://www.iea.org/newsroomandevents/pressreleases/2011/november/the-world-is-locking-itself-into-an-unsustainable-energy-future.html> et <http://www.greenpeace.org/canada/Global/canada/report/2013/01/point-de-non-retour.pdf>)

⁶ Fr. Capra & H. Mattei, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Kohler Publishers, San Francisco, 2015, p. 84.

économique et externalisation systématique des coûts écologiques et sociaux, sur l'impunité quant aux conséquences, sauf faute avérée, et, de manière générale, sur le caractère limité du droit de l'environnement – dont la protection n'est en fin de compte opératoire que si des intérêts humains sont en cause. Tout cela fait partie de ce qui se trouve ratifié aujourd'hui dans une large mesure par le droit. Et toute contestation à cet égard est considérée comme « pas sérieuse » face à l'impératif de croissance devenu la condition même à laquelle sont subordonnés les autres droits⁷.

Commencer par le constat de ce qu'à la « violence objective » que les propriétaires ensemble exercent sur les choses possédées⁸ répond désormais une menace tout aussi objective provenant d'une de ces « choses » sur laquelle ces propriétaires prétendaient à un pouvoir discrétionnaire⁹ – l'une d'entre nous a parlé à cet égard de « l'intrusion de Gaïa »¹⁰ –, ne signifie pas que nous soyons en position de définir la réponse à donner la question « mais que devrions-nous faire ? ». C'est dire plutôt que pour les juristes, en tant qu'ils sont aussi habitants de cette terre, la question n'est pas de se « préparer à s'adapter » - il n'y a pas, nous venons de chercher à le montrer, d'adaptation possible de l'appareil législatif progressivement mis en place au cours de ces quarante dernières années. Il s'agit plutôt de se « préparer à changer », ce qui implique de repeupler nos imaginations, d'apprendre à raconter d'autres histoires, d'envisager d'autres possibles. En droit aussi.

II- LA SOUVERAINETÉ DU PROPRIÉTAIRE

Raconter d'autres histoires, ce n'est pas « refaire l'histoire » mais plutôt lutter contre l'allure de « normalité » et de « développement rationnel » de l'histoire telle qu'une discipline se la raconte usuellement à elle-même. En l'occurrence, quoique la question du droit à s'approprier, exploiter, polluer ou détruire soit très évidemment liée au droit de la propriété privée¹¹, nous ne remonterons pas au droit romain, très peu préoccupé de justifier ses définitions en termes de fondements censés faire l'unanimité des humains rationnels. Cette préoccupation appartient à ce qu'on appelle la modernité, à l'idée d'une « science juridique » qui est toujours la nôtre, même si la question de ce qui légitime cette science a été – mais n'est-ce pas le cas de toute science ? – matière à évolution.

C'est donc de l'invention de fondements du droit capables de prétendre à la même universalité que les « lois de la nature » qu'il s'agit ici, et qui prend une nouvelle actualité du

⁷ Voir aujourd'hui la manière dont la défense des secrets industriels et commerciaux met en danger la liberté de la presse d'investigation comme aussi le droit à l'information.

⁸ M. Serres, *Le contrat naturel*, Paris, François Bourin, 1990. Naturellement il existe des lois et des constructions jurisprudentielles qui limitent le caractère absolu de la propriété. Mais ces limitations se fondent toujours sur des intérêts humains, par rapport à la chose elle-même il n'y a pas de limites. Cf. aussi B. Edelman & M.-A. Hermitte (Eds), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Bourgois, 1988 ; S. Gutwirth, « Trente ans de théorie du droit de l'environnement », *Environnement et Société/ 26, Normes et environnement*, 2001, p. 5-17 et Fr. Ost, *La nature hors la loi.*, Paris, La Découverte, 1995, p. 70 et seq.

⁹ C'est ce que Carol Rose avait déjà bien prévu quand elle écrivait : « Environmental issues test modernist property rights' capacity to make (...) adaptations – and no test will be more critical than that of dealing with climate change » ; C. Rose, « Big roads, big rights : Varieties of public infrastructure and their impact on environmental resources », *Arizona Law Review*, Vol. 50, 2008, p. 443.

¹⁰ I. Stengers, *Au temps des catastrophes. Résister à la barbarie qui vient*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond/La Découverte, 2009.

¹¹ Voir par exemple M. Rémond Gouilloud, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, 1989 et S. Gutwirth, « Trente ans ... », *l.c.*, p. 6-8.

fait que ce que Bruno Latour nomme une « seconde nature », définie par l'économie¹², s'oppose aujourd'hui à la prise en compte de ce qu'annoncent les scientifiques à propos de la « première » nature – la menace qui pèse aujourd'hui sur les habitants de la terre. Le constat est puissant, car voilà l'économie, la science et le droit désaccordés.

Nous suivrons ici la belle lecture de Capra et Mattei, qui soulignent l'importance des deux mythes d'origine de la société humaine occidentale, le Léviathan de Thomas Hobbes, conférant une souveraineté sans limite à l'État, et l'institution de la propriété qui permet à John Locke de lier droit à la propriété individuelle exclusive, productivité et donc prospérité générale. On pourrait dire que la préoccupation des théoriciens du droit a été d'articuler la double souveraineté, de l'État et de la propriété privée (l'« ordre » et la « liberté ») – le seul choix étant dès lors plus ou moins de pouvoirs à l'État ou à la propriété privée – et que ce à quoi nous avons eu affaire au cours des trente dernières années est une configuration très particulière où le Léviathan s'est lui-même démis de toute prétention à gouverner et où l'appareil juridique, sous le coup de législations et traités exprimant cette démission, s'est vu acculé à protéger la propriété de restrictions politiques¹³.

Si nous nous en tenions à l'espace ouvert par ce choix, la seule perspective imaginable serait un sursaut *in extremis*, face à la menace climatique, de Léviathan sous les espèces de juridictions internationales dotées, comme l'Organe de Résolution de Conflits de l'OMC, de pouvoirs contraignants, mais chargées désormais d'imposer des traités et des règles visant à faire respecter les « limites planétaires », les limites à ne pas dépasser si l'humanité veut pouvoir se développer en évitant les modifications brutales et difficilement prévisibles de « l'environnement »¹⁴. Cette perspective peut rappeler le célèbre rapport *Limits to Growth* de 1972, mais elle évoque aussi la célèbre image du « vaisseau spatial terre » due à Buckminster Fuller (1969). On le rappellera, un vaisseau, qu'il soit spatial ou maritime, n'est pas précisément un lieu où fleurit la démocratie, et c'est pourquoi il faut parler ici de Léviathan. A mesure que progresse l'idée d'une « gestion planétaire », progresse également celle d'un « échec de la démocratie »¹⁵ ou d'une « incapacité » de la démocratie à accepter et respecter la discipline nécessaire – il s'agirait d'un « luxe » dont il faudra se passer¹⁶. En d'autres

¹² Br. Latour, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des Modernes*, Paris, La Découverte, 2012, p. 382. Voir aussi l'indispensable K. Polanyi, *La Grande Transformation: Aux origines politiques et économiques de notre temps*, coll. TEL, Paris, Gallimard, 1983 (orig. 1944).

¹³ F. Capra & U. Mattei, *o.c.*, notamment p. 184-186.

¹⁴ Voir https://fr.wikipedia.org/wiki/Limites_planétaires, et bien sûr, J. Rockström, J. *et al.*, « A Safe Operating System for Humanity », *Nature*, Vol. 461, 2009, p. 472-475 et UNEP, *Global Environmental Outlook 5. Environnement for the future we want*, United Nations Environmental Program, 2012. Pour une analyse récente : W. Steffen *et al.*, « Planetary Boundaries : Guiding Human Development on a Changing Planet », *Science*, 13 February 2015, Vol. 347, Issue 6223.

¹⁵ Voir par exemple D. Shearman & J.W. Smith, *Challenge and the Failure of Democracy*, Westport, Praeger, 2007

¹⁶ Et c'est précisément ce dont doivent se passer les peuples indigènes mis sous surveillance par les gestionnaires de la protection de la biodiversité. Voir M. Pallemmaerts qui a su lire dans le principe 22 de la Déclaration de Rio non pas la reconnaissance par les États de l'identité, de la culture et des intérêts des populations et communautés autochtones — mais celle, utilitaire et subordonnée, « de leur 'rôle vital' dans la 'gestion de l'environnement' » et de leur « participation efficace » au processus de « développement durable » ; M. Pallemmaerts, « La conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international de l'environnement », *Revue Belge de Droit International*, 1995/1, p. 175-223, p. 197. Le principe 22 affirme que "Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur

termes seule une technocratie souveraine et, on peut l'espérer, éclairée se propose, qui respecte sinon les lois de la nature, du moins les « variables de contrôle » du « système terre ». Et c'est ici, bien évidemment, qu'il s'agit de repeupler nos imaginations.

Le choix entre la main intrusive de l'État et la main invisible du marché est loin d'être innocent car il écrase un Tiers pourtant bien présent dans l'histoire de l'Angleterre jusqu'à son éradication à la fin du 18^{ème} siècle – les *commons*¹⁷. L'histoire des *enclosures*, de l'expulsion des communautés paysannes des terres dont ils avaient la jouissance coutumière, de l'interdit de prélever dans les forêts les ressources essentielles à leur vie, n'est évidemment pas ignorée¹⁸. Marx la met à l'origine de « l'accumulation primitive du capital » en Angleterre, lorsque ceux qui ne sont plus des « *commoners* » mais des pauvres dépouillés de leurs moyens de subsistance migrent vers les villes et vont travailler dans les industries pour des salaires de misère¹⁹. Cependant cette histoire est généralement enregistrée dans la perspective du prix payé pour un progrès en lui-même incontestable. Les besoins de l'économie, comme aussi la codification des droits individuels, et donc de ceux, désormais absolus, des propriétaires, impliquaient la destruction de coutumes locales, vernaculaires, facteurs d'insécurité juridique et souvenirs d'un passé médiéval archaïque²⁰.

La destruction des *commons* fait partie de l'histoire européenne (en France il faut attendre le code Napoléon pour que soit instituée la double souveraineté de l'État et du propriétaire, le reste de l'Europe suivra). Mais dans les colonies européennes et aux États-Unis, l'expropriation des indigènes de leur terre et l'extraction des ressources qu'ils n'avaient pas « su mettre en valeur » profite directement de la doctrine de Locke : le droit naturel à la propriété est fondé sur le travail d'amélioration, de mise en valeur de cette propriété – c'est-à-dire de « marchandisation » de ses ressources. Les peuples colonisés avaient d'autant moins de droit qu'ils se bornaient à « jouir » des fruits de leur terre. Celle-ci, puisqu'ils n'avaient pas inventé le droit de propriété, était *terra nullius*, donc appropriable par les nouveaux arrivants, qui eux l'avaient fabriqué et l'importaient²¹.

identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable ».

¹⁷ Nous avons choisi d'utiliser le terme *commons* car les termes *commoning* et *commoner* qui s'articulent avec lui sont mal traduisibles. Nous les mettons en italiques car il s'agit de termes anglais à prendre dans leur sens particulier en anglais. Nous expliquerons ce sens particulier dans les pages qui suivent.

¹⁸ Voir Polanyi, *o.c.*, p. 80 *et seq.* En Angleterre, « en 1600, la moitié des terres arables du Royaume étaient encore en jouissance collective, il n'en restait plus qu'un quart en 1750 et presque plus aucune en 1840 » ; Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, « Propriété et biens communs » (à paraître dans *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie – ARSP*, 2016).

¹⁹ Les articles de Marx publiés dans la *Gazette Rhénane* en 1842 et 1843 sont repris en français dans : P. Lascoumes & H. Zander, *Marx : du « vol de bois » à la critique du droit*, PUF, Paris, 1984.

²⁰ Le processus d'expropriation des *commons*, longtemps endémique, est devenu irrésistible avec l'*Act of Settlement* (1701) et l'institution de la *rule of law*. Censée protéger également le fort et le faible, où qu'ils se trouvent, celle-ci a en fait mis le pouvoir de la loi du côté des propriétaires « légaux » aux détriments tant des droits collectifs coutumiers que, corrélativement, des obligations de la justice distributive qui avait été une préoccupation des souverains anglais jusque-là quelque peu tenus par leur rôle de gardiens de la paix civile. Voir P. Linebaugh, *The Magna Carta Manifesto - Liberties and Commons For All*, Oakland, University of California Press, 2009.

²¹ U. Mattei et M. de Morpurgo montrent à quel point le même argumentaire se déploie de façon plus générale : le manque de « *rule of law* » et de démocratie justifierait les interventions de pays occidentaux « développés » dans des pays « en voie de développement » ; le droit de ces derniers étant considéré comme inférieur, serait légitimée l'importation forcée de celui des premiers à travers la colonisation d'abord, et la Banque Mondiale, le

Massacres et asservissements au-delà des mers, violence de la loi qui sanctionne l'expropriation sur le sol européen : le droit de propriété n'a pas grand-chose à voir ici avec la protection de l'individu et de ses biens contre la spoliation arbitraire par un pouvoir souverain. Ce qui est consacré comme « droit naturel » est bien plutôt le droit de l'entrepreneur, ou de la « personne » entrepreneuriale, à faire fructifier son entreprise sans avoir de compte à rendre quant aux dégâts sociaux et écologiques qu'il occasionne – sans autre limite que celles de réglementations concédées par l'État à la suite de « troubles »²² de l'ordre établi en réaction aux conséquences dévastatrices externalisées. Et certes, ce qui se met en place n'est sans doute pas une relation fonctionnelle au sens marxiste où l'État servirait purement et simplement les intérêts de la classe dominante²³, mais c'est une relation plus complexe, que l'on pourrait dire « sympathique », dont les parties partagent une même manière de sentir ce qui compte vraiment, malgré des tensions qui se doivent d'être passagères.

Cette relation de connivence sympathique porte avec elle le caractère écologiquement insoutenable de ce qui a été appelé le « développement » (et de la croissance qui est censée le conditionner). Certes l'histoire a démontré que lorsque le pouvoir d'Etat devient seul souverain, comme ce fut le cas en URSS, il est capable de dégâts écologiques au moins comparables : de fait, il cumule les deux figures du pouvoir moderne – celle de Léviathan et celle du propriétaire entrepreneur. Mais dans les deux cas, ce qui est éradiqué – défini comme frein au progrès et à la modernisation – sont les anciennes manières de faire communauté », qui ne répondent ni aux raisons de l'État ni à celles de la propriété.

Que cette éradication ait eu lieu, et qu'elle ait eu des conséquences tragiques tant en Europe que pour les habitants des soi-disant *terrae nullius* a longtemps été considérée comme une affaire irréversiblement classée, incapable en tant que telle de repeupler l'imagination, et en particulier celle des juristes. Mais parfois le désir d'ajouter un dernier clou, destiné à clore hermétiquement le cercueil, crée une fissure. Pendant longtemps, l'argument selon lequel les *enclosures* étaient nécessaires afin que les propriétaires légitimes puissent, en toute liberté, faire valoir leurs droits exclusifs et profiter des opportunités techniques et commerciales pour extraire le maximum de rendement financier de leurs terres a suffi. La modernisation, le progrès des techniques agricoles, l'intensification du commerce justifiait « objectivement »

Fonds Monétaire International et l'Organisation Mondiale du Commerce après. Rejetés, diminués et éradiqués, les modes locaux d'usage de la terre et des biens se font remplacer par l'appropriation occidentale, que les auteurs nomment un « pillage ». Même scénario quand des entreprises occidentales prennent des brevets sur des techniques (p.ex. médicales) issues de savoirs traditionnels qui sur place n'avaient pas le statut de propriété intellectuelle : ces brevets sont donc des « vols », des expropriations brutales des véritables « inventeurs », Ugo Mattei & de Morpurgo, « Global Law and Plunder: the Dark Side of the Rule of Law », *Bocconi School of Law student-edited papers*, 2009/3, 20 p. via http://works.bepress.com/ugo_mattei/35/ (consulté le 23 février 2016)

²² Nous employons le terme général « trouble » qui inclut tant les mouvements sociaux organisés sur la question du travail que les mouvements environnementaux à partir des années 70, en référence à J. Dewey, *Le Public et ses Problèmes*, coll. Folio essais, Paris, Gallimard, 2010. Dewey voit dans le maintien inchangé de l'institution légale d'un droit de propriété datant de l'ère préindustrielle le témoignage de ce que l'avènement de l'état démocratique coïncide avec l'enraiment de ce qui avait jusque-là « informé » l'appareil d'état de la nécessité de prendre en charge de nouvelles responsabilités – la constitution d'un public rassemblé autour de la nuisance que constitue pour lui les conséquences des activités d'une « association » privée existante, la transformant en « affaire publique » et forçant de ce fait l'État à se doter des moyens d'intervenir. James Boyle, dans *The Public Domain*, New Haven, Yale University Press, 2008, p. 239-240, fait une analyse de type deweyien de la manière dont « l'environnement » a permis de corréliser les impacts disparates des dégâts externalisés par l'industrie, de susciter une prise de conscience collective de leur interdépendance, bref, de devenir une affaire publique.

²³ Voir à ce sujet E. Thompson, *La Guerre des Forêts*, Paris, La Découverte, 2014.

l'expulsion de ceux qui « occupaient » sans investir, sans valoriser. Mais en 1968, Garrett Hardin a entrepris de démontrer mathématiquement²⁴ que la véritable tragédie des *commons* était le caractère à terme non viable de l'exploitation d'une terre qui n'est appropriée ni par l'État ni par un propriétaire privé²⁵. Les *commons* constituaient donc l'exemple même d'une exploitation non soutenable, détruisant fatalement ce qu'elle exploite.

Le modèle de Hardin est d'une simplicité désarmante. Soit un pré sur lequel un ensemble de personnes font librement paître leurs vaches. Chacun, bien sûr, a pour intérêt de maximiser le profit qu'il tire du pré, et résistera d'autant moins à la tentation d'ajouter une vache qu'il sait que les autres en feront autant chacun pour son compte. Jusqu'à ce que le pré soit épuisé et détruit²⁶. Morale de l'histoire, le pré ne survivra que si son utilisation est déterminée par une instance qui se préoccupe de sa conservation – une instance qui, en l'occurrence, ne peut être autre qu'un propriétaire, qu'il soit privé ou étatique.

Le raisonnement de Hardin a été repris (le plus souvent en oubliant l'hypothèse de l'État, d'ailleurs) par les économistes, juristes, sociologues et mêmes historiens en tant que définitif. Mais l'avantage d'un modèle est qu'il exhibe ses présupposés et la critique de tels présupposés est l'une des racines de ce qui va nous occuper maintenant : l'éventuelle résurgence de ce qui semblait avoir été éradiqué, les *commons*.

C'est en 1990 qu'Elinor Ostrom publie son désormais célèbre *Governing the Commons*²⁷. Nous y reviendrons mais soulignons dès ici que le titre même est un démenti au modèle du propriétaire de Hardin. Les *commons*, contrairement à son pré, ne définissent pas la ressource commune comme d'« accès libre », ni les *commoners* comme un ensemble d'individus répondant à la norme idéale de l'*homo oeconomicus*, chacun animé par le souci exclusif de tirer le maximum de profit de ce à quoi il a accès. La gouvernance, en effet, implique une « entente » et un souci partagé – ne pas détruire la ressource dont chacun dépend²⁸. Il n'y a pas de « dilemme du prisonnier » qui vaille, les *commoners* agissent ensemble, organisent et produisent du droit vernaculaire qui exprime telle entente de façon contraignante.

Dès lors, c'est le sens même de la « tragédie » qui est inversé, qui désigne désormais le ravage écologique de la planète.

« La tragédie [comme l'écrit Bruno Latour] vient de la croyance récente que l'on peut calculer l'intérêt de l'individu – étatique, animal, humain, peu importe - que d'une seule façon, en le posant sur un territoire qui n'appartient qu'à lui et sur lequel il règnerait souverainement; puis en renvoyant « à l'extérieur » ce qui ne doit pas être pris en compte. C'est la nouveauté autant que l'artificialité de ce type

²⁴ Que la première et la seconde nature soient mathématiques n'est pas une raison pour les confondre, que du contraire. La mathématisation en économie élimine ce qui lui fait obstacle. Voir Br. Latour, *Enquête ...*, o.c., p. 409-410 et, parmi les innombrables études critiques par des économistes, Ph. Mirowski, *More Heat than Light*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

²⁵ G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, Vol. 162, December 13, 1968, p. 1243-1248.

²⁶ En fait, la fable des *commons* est une métaphore pour ce qui préoccupait vraiment Hardin : la surpopulation. Voir à ce sujet le passionnant article de F. Locher « Les pâturages de la Guerre froide : Garrett Hardin et la 'Tragédie des communs' », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, vol. 60, 2013, p. 7-35.

²⁷ E. Ostrom, *La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, 2010.

²⁸ Voir à ce sujet P. Linebaugh, o.c.

de calcul, que souligne bien le terme technique d'« externalisation » – synonyme exact de *négligence calculée*, et par conséquent d'irrégion²⁹. »

En d'autres termes ni le propriétaire privé, ni l'Etat ne sont qualifiés pour éviter la tragédie, ni même une gouvernance « globale », car plus celle-ci sera éloignée, plus elle devra se conformer aux formats de calcul définissant ce qu'elle ne prendra pas en compte³⁰.

L'*homo oeconomicus*, cette fiction mathématico-économique, est devenu aujourd'hui la figure pseudo-réaliste de l'individu égoïste et borné, ne voyant que son intérêt immédiat, celui qui est rendu responsable de l'incapacité actuelle de répondre à la menace climatique. Et s'il était caractérisé plutôt à partir de l'éradication systématique, sous le pouvoir conjugué de l'État moderne et de la propriété privée, de ce qui « fait commun » et par la réduction des capacités d'entre-aide, d'attention et de souci des conséquences à des traits purement individuels statistiquement insignifiants ? Lorsque Bruno Latour remarque à propos de cet « homo » que « jamais une définition plus provinciale de l'humanité n'a été transformée en un standard universel de comportement »³¹, il remarque en note « Au point que c'est l'idée de 'commons' qui apparaît aujourd'hui comme une bizarre nouveauté ! » Le point d'exclamation marque l'appartenance de Latour à une nouvelle génération de producteurs d'histoires, de « conteurs », pour qui l'éradication des *commons* n'est pas une violence historiquement datée, malheureusement nécessaire pour que les humains goûtent aux fruits de la liberté qui est leur en droit, mais une violence continuée, inculquant l'imposition d'un « standard de comportement » très particulier : la fière revendication à ne pas avoir à « faire attention », le droit à la négligence³².

C'est cette violence continuée, et la nécessité d'en guérir, qui est au cœur de la manière dont nous chercherons à penser les histoires contemporaine annonçant le retour des *commons* – des histoires de « réappropriation » – *Reclaiming the commons* comme l'a écrit Naomi Klein³³. C'est à cette réappropriation, qui est aussi une « guérison » de la violence subie que répond la proposition de David Bollier, *Think like a Commoner*³⁴. De telles histoires peuplent tout autrement l'imagination que celles, plus courantes de reconquête de leur souveraineté par des États retrouvant les moyens d'être providence, ou de la restauration d'une forme de keynésianisme relançant la demande et donc la croissance. Mais avant d'envisager les questions spécifiques que ces histoires posent au droit, il va s'agir d'abord de retracer en

²⁹ Br. Latour, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond/La découverte, p. 348. Irrégion s'entend ici au sens de Michel Serres où « la religion repasse, file, noue, assemble, recueille, lie, relie, relève, lie ou chante les éléments du temps. », M. Serres, *o.c.*, p. 80.

³⁰ Le même argument vaut bien sûr pour l'évaluation monétaire des services rendus par les écosystèmes et pour les théoriciens de la « New Resource Economics » (NRE), pour lesquels les dégradations environnementales proviennent de déficits d'extension de la propriété privée: si l'environnement était pleinement privatisé et monétarisé, le problème de l'externalisation des dégâts serait résolu. Cf. Locher, *o.c.*, p. 30-31.

³¹ Br. Latour, *Face à Gaïa, o.c.*, p. 143.

³² On notera une parenté avec *Les Trois Écologies* de Félix Guattari, Paris, Galilée, 1989), qui affirme le caractère inséparable de trois ravages corrélatifs, celui des écologies terrestre, mentale et sociale. Notons que Guattari cite dès 1989, comme témoin contemporain du ravage écologique social, « la liberté de prolifération qui est donnée à des hommes comme Donald Trump qui s'empare de quartiers entiers de New York, d'Atlantic City, etc., pour les rénover », en augmenter les loyers et refouler, par la même occasion, des dizaines de milliers de familles pauvres, dont la plupart sont condamnées à devenir « homeless. » (p. 34) Aujourd'hui, fortune faite, c'est du ravage de l'écologie mentale d'une partie du peuple américain qu'il est devenu le témoin.

³³ N. Klein, « Reclaiming the Commons », *New Left Review*, 9, 2001, p. 81-89.

³⁴ D. Bollier, *Think like a Commoner. A Short Introduction to the Life of the Commons*, New Society Publishers, Gabriola Island, 2014.

quelques traits la manière dont ces *commons* ont fait retour et d'examiner les sens multiples que prend aujourd'hui ce terme commun, *commons*.

III- LE RETOUR DES COMMONS

Aujourd'hui un nombre croissant de témoignages et constats font état d'un retour en force des *commons* à partir de perspectives économiques, politiques, philosophiques et/ou juridiques³⁵. Certains auteurs en viennent à évoquer l'émergence d'un nouveau paradigme³⁶. Or, sous le même dénominateur, il s'agit de choses disparates que nous chercherons par la suite non à opposer mais à distinguer du point de vue des questions qu'elles sont susceptibles de poser aux juristes. Cependant, avant cela, caractérisons trois moments remarquables associés par tous les auteurs à ce retour.

D'abord, il y a le mouvement de résistance à l'appropriation de l'information, des savoirs et de culture(s) par des mécanismes privatifs du droit de la propriété intellectuelle (notamment les brevets et le droit d'auteur). Même si l'information en tant que telle est pour les juristes un « bien commun », qu'elle est non rivale, non-exclusive et cumulative, et que donc, par principe, elle est censée circuler librement et être d'accès et d'usage libre, les possibilités de son appropriation privative et exclusive ne font que s'élargir (nouveaux « objets ») et se renforcer (protections plus étendues dans le temps et plus performantes)³⁷. Si dans les ordres juridiques occidentaux le principe de base proclamé est que l'information fait partie du « domaine public » et que les droits de propriété intellectuelle privatifs sont des exceptions temporaires stimulant l'innovation et la création qui font le bien de tous et toutes, la réalité est désormais bien moins claire et univoque. Celle-ci semble au contraire exprimer un état d'exception solidement institué et ancré, dans lequel toute exploitation économique efficace d'une information ou d'un savoir se verra quasi-automatiquement juridiquement traduite par un droit de propriété et, donc, par un monopole (qu'il s'agisse de gènes, de codes source et de programmes, de molécules thérapeutiques, de productions scientifiques et ainsi de suite)³⁸. Ainsi, l'étendue du « domaine public » rétrécit à vue d'œil chaque fois que des lois et/ou des juges entérinent l'élargissement de droits privatifs, dits ici de « propriété intellectuelle », sur des objets jusque-là « laissés » à ce domaine. Plutôt que principe, le « domaine public », ouvert au libre accès, est donc un résidu : le négatif d'une activité privative extensive³⁹.

³⁵ Voyez entre autres D. Bollier & S. Helfrich (eds), *The Wealth of the Commons. A World beyond Market and State*, The commons strategies group/Levellers Press, Amherst, 2012 ; B. Coriat (dir.), *Le retour des commons. La crise de l'idéologie propriétaire*, Editions Les Liens qui Libèrent, 2015 ; P. Dardot & Chr. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte, 2014 ; B. H. Weston & D. Bollier, *Green Governance. Ecological Survival, Human Rights and the Law of the Commons*, Cambridge University Press, 2013.

³⁶ Voir *infra*.

³⁷ A ce sujet voir. S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht*, VUBPress/MAKLU, Brussels/Antwerp, 1993, p. 26-87, 431-453 et 552-611. Aussi B. Coriat, « Communs fonciers, commons intellectuels. Comment définir un commun ? », in B. Coriat (dir.), *Le retour des commons. La crise de l'idéologie propriétaire*, *o.c.*, p. 40-41 ; Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, *l.c.* ; Rochfeld, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux 'commons' ? », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2014/3, p. 353-354.

³⁸ B. Coriat, « Propriété, exclusivité et commons : le temps des dépassements », in B. Coriat (ed.), *Le retour des commons ...*, *o.c.*, p. 8-9.

³⁹ S. Dussolier, « Pour un régime positif du domaine public », in B. Coriat (ed.), *Le retour des commons ...*, *o.c.*, p. 223-249.

C'est la réaction des informaticiens de l'*open software* et des scientifiques de l'*open science* contre ce mouvement d'appropriation privative des intangibles informationnels qui a donné une nouvelle actualité aux *commons* et aux conséquences dramatiques de leur destruction pour leurs usagers. Ils ont en effet caractérisé cette appropriation comme un « *second enclosure movement* »⁴⁰ à l'instar du mouvement de clôture des terres et forêts aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles⁴¹. Les « nouveaux *commons* » qu'ils ont institués, tels que Wikipedia, GNU, Linux, les *creative commons*, les revues scientifiques *open access*, et bien d'autres encore, montrent que l'ouverture, l'accès libre et la mise en commun de biens informationnels stimulent une productivité et créativité collaborative formidables : tous bénéficient de l'apport collaboratif (et donc non compétitif) des pairs.

Ensuite, les travaux scientifiques menés par Elinor Ostrom (et bien d'autres avec elle, ou dans sa foulée) au sujet de la rationalité économique et de la vitalité de certains *commons*, ont contribué au mouvement qui les place au point névralgique de l'invention et de la construction d'un monde durable et meilleur⁴². Avec Ostrom, comme nous l'évoquions déjà, la fable de Hardin tombe de son piédestal. Non seulement elle s'avère être une simplification idéologique et tendancieuse, mais elle se voit également démentie par une puissante série d'analyses de cas⁴³. Si pour Hardin la tragédie de l'épuisement des ressources ne pouvait être évitée que par un régime de propriété individuelle ou étatique (lire : par le marché ou l'État), Ostrom montre que des individus confrontés à des situations réelles d'usage de ressources communes peuvent au contraire très bien, sinon mieux, répondre *ensemble* aux défis posés par la situation, et ce, en se passant tant de l'État que du marché. Car en effet :

« les individus communiquent et interagissent de manière répétée dans un environnement physique localisé. Il leur est donc possible d'apprendre à qui ils peuvent se fier, quels effets leurs actions auront sur les autres appropriateurs et sur la ressource, et comment s'organiser pour générer des bénéfices et limiter les préjudices. Lorsque les individus ont vécu dans de telles situations pendant une longue période, et partagé des normes et modèles de réciprocité, ils possèdent un capital social qui les aide à mettre en place des dispositifs institutionnels pour résoudre leurs problèmes de ressources communes »⁴⁴.

En passant par un examen approfondi de situations locales de gestion de pêches et pêcheries, de réseaux d'irrigation, d'eau et de nappes aquifères, de pâturages, prairies et forêts, partout dans le monde, et malgré leurs caractéristiques, contraintes et vulnérabilités particulières, Ostrom a montré les nombreuses possibilités et les succès d'arrangements collectifs autogestionnaires tant en termes de productivité pour les usagers-producteurs, que de maintien durable de la productivité de la ressource elle-même. Elle a également identifié

⁴⁰ J. Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, Vol 66, 2003, p. 33-74 et J. Boyle, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, o.c.

⁴¹ P. Linebaugh, o.c., *passim* ; E. Thompson, o.c., *passim*. Pour K. Polanyi, o.c., p. 77 ; il s'agissait là « d'une révolution des riches contre les pauvres ».

⁴² « In fact, commons have only really drawn the attention worldwide since Elinor Ostrom received the Nobel Prize in economic sciences in 2009 and are now, thanks to the prize, increasingly receiving the attention they deserve » ; T. De Moor, « From Common Pastures to Global Commons : a Historical Perspective on Interdisciplinary Approaches to Commons », *Natures Sciences Sociétés* 4/2011 (Vol. 19) , p. 422-431 (citation à la note 2, p. 423)

⁴³ E. Ostrom o.c., 301 p. Aussi par exemple E. Schlager & E. Ostrom, « Property-rights Regimes and Natural Resources : a Conceptual Analysis », *Land economics*, Vol. 68/3, 1992, p. 249-262 et Th. Dietz, E. Ostrom & P. Stern, « The Struggle to Govern the Commons », *Science*, Vol. 302, 12 December 2003, p. 1907-1912.

⁴⁴ E. Ostrom, o.c., p. 221

une série d'éléments génériques qui favorisent la réussite de tels arrangements⁴⁵, et qui selon certains en expriment les principes de base, c'est-à-dire le « *default design* » pour un *successful commons*⁴⁶. Parmi ces principes figurent la nécessité de définir clairement, pour et par chaque *commons*, d'abord les droits et responsabilités des « membres » en ce qui concerne l'extraction et l'investissement ; ensuite des procédures adaptatives et participatives engageant l'ensemble des concernés quant aux opérations, et finalement, des mécanismes de contrôle, de résolution de conflits et de sanction. La reconnaissance de la légitimité de l'auto-organisation par un gouvernement ou une administration externe est elle aussi avancée comme facteur de succès d'un *commons*.

En d'autres termes, l'auto-organisation et l'auto-régulation participative et *bottom up* ainsi que le pouvoir collectif de faire respecter les règles produites par l'ensemble des membres sont au cœur de tout arrangement du genre *commons*. En découle le constat que tout *commons* est le produit d'une action collective, d'un « faire commun » : *no commons without commoning*. Ajoutons brièvement à cela, car nous y reviendrons, qu'à la suite de ses travaux séminaux sur la gouvernance des *commons*, Ostrom a également contribué à un renouvellement revitalisant de l'approche juridique de la propriété comme faisceau de droits (*infra*).

Enfin, c'est à travers les revendications de peuples autochtones sur leurs territoires ancestraux que le retour des *commons* s'exprime emblématiquement une troisième fois. Emblématiquement, en effet, car d'une part leurs *reclaims* ont toujours été collectifs, c'est-à-dire exprimées par des groupes, tribus, communautés ou peuples en tant que tels, nonobstant la dominance de règles du jeu et de parole qui en général n'acceptent que l'individu ou l'État comme interlocuteur ou « ayant droit »⁴⁷. Et de l'autre, parce que les peuples autochtones ont réussi à se faire entendre et (re)connaître comme « sujets » collectifs dans des textes de droit national et international⁴⁸, en particulier en ce qui concerne la détermination et gestion de leurs liens avec leurs territoires ancestraux. Ces textes ont commencé à les faire exister en tant que tels au-delà de l'alternative infernale des deux souverainetés instituées, de l'individu et l'État.

Le rapport entre les droits des peuples autochtones et le retour des *commons* est ici d'autant plus fort qu'il s'agit de reconnaître que ces peuples entretiennent des liens symbiotiques et mutuellement constitutifs avec leurs territoires ancestraux. Cet attachement est non seulement géographique, mais aussi spirituel, symbolique et religieux. Leurs cultures, traditions, coutumes, et littéralement, leurs vies en dépendent : elles sont inscrites dans les territoires⁴⁹. Les communautés autochtones ne définissent pas les liens entre nature et culture

⁴⁵ E. Ostrom, *o.c.*, p. 112-127, et en particulier le tableau 3.1 « Principes de conceptions communs aux institutions durables de ressources communes » à la page 144. Voir aussi : Th. Dietz, E. Ostrom & P. Stern., *l.c.*, 1908-1910 (« Requirements of Adaptive Governance in Complex Systems »).

⁴⁶ Cf. B.H. Weston & D. Bollier, *o.c.*, p. 145

⁴⁷ À ce sujet voir S. Gutwirth, « Le droit à l'autodétermination entre le sujet individuel et le sujet collectif. Réflexions sur le cas particulier des peuples indigènes », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1998/1, p. 23-78 et les références mentionnées.

⁴⁸ Nous faisons ici référence à la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux Peuples Indigènes et Tribaux du 27 juin 1989, la Convention sur la diversité biologique adoptée à Rio le 5 juin 1992 et la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones, adoptée par l'Assemblée Générale le 13 septembre 2007. En ce qui concerne les droits nationaux il peut être fait état de dispositions législatives et constitutionnelles concernant le statut de peuples autochtones (aux États-Unis, au Canada, en Malaisie, Bolivie et Equateur, ...)

⁴⁹ Ainsi, « au Brésil, 25% des Indiens Xingu moururent après leur déplacement » (N. Rouland, S. Pierre-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 470)

de la même manière que les sociétés modernes : elles ne se considèrent pas comme « maîtres et possesseurs » ou « propriétaires » des terres, mais elles fabriquent et entretiennent des liens de réciprocité et d'interdépendance avec elles. A ce titre elles ont été souvent présentées comme détentrices expérimentées d'un savoir vivre durable et écologique – au sens propre de ce dernier mot : savoir vivre en faisant partie d'une écologie complexe et de ses interactions, parce que justement on en dépend collectivement, et donc individuellement⁵⁰. Si le principe 22 de la Déclaration de Rio du 14 juin 1992 sur l'Environnement et le Développement liait encore la reconnaissance des droits des peuples autochtones à leur contribution « vitale » au « développement durable », les textes plus récents, comme la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones, adoptée par l'Assemblée Générale le 13 septembre 2007, sont inconditionnels.

L'expérience autochtone du rapport de réciprocité au territoire a d'ailleurs à quelques occasions été traduite au niveau politique et législatif, tant national qu'international, et cela en termes de reconnaissance de droits à l' « environnement ». Déjà la *Charte de la nature* (1982) avait mis l'accent sur une conception plus écologique – non anthropocentrique - des rapports entre l'humain et le non-humain, en reconnaissant explicitement la valeur intrinsèque des choses de la terre et l'importance du maintien durable de leur « viabilité », indépendamment de leur valeur pour les humains⁵¹. Mais depuis 2008 la constitution Équatorienne⁵² reconnaît non seulement les communautés autochtones en tant que telles comme titulaires de droits (art. 56-60) entre autres sur leurs territoires traditionnels, mais elle stipule aussi que la nature – *Pacha mama* – a elle aussi ses droits (art. 70-74) qui doivent être respectés et protégés par les individus, les communautés et l'État, à travers l'action positive de ce dernier. Parmi ces droits, un droit « a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos » (art. 70) et un droit à la restauration et la remise en état après la (sur)exploitation de ressources non renouvelables (art. 71).

Pour Weston et Bollier⁵³ ces formulations constitutionnelles sont à l'origine d'un véritable mouvement international dit « Pachamama », relayé un peu partout dans le monde, et ayant donné lieu dans certains pays comme l'Équateur et la Nouvelle Zélande à des décisions judiciaires protégeant les droits de la nature, et plus spécifiquement des droits de fleuves. Dans le même élan, et sous l'impulsion du président bolivien Evo Morales, la *World*

⁵⁰ On pourrait plaider que cette expérience est idéalisée – le respect des peuples autochtones pour la viabilité des choses de la terre ne traduirait-il pas d'abord l'absence de moyens techniques de les détruire ? Il ne s'agit pas ici de plaider pour une conception « essentialiste », mais de souligner que la manière dont ces peuples se pensent et se présentent aujourd'hui ne peut être séparée de l'expérience de la destruction aveugle de leur monde par les « blancs ». Cet apprentissage nous semble crucial. Voir, pour le cas des premières nations d'Amérique du Nord, S. L. Pratt, *Native Pragmatism: Rethinking the Roots of American Philosophy*, Bloomington et Indianapolis, Indiana University Press, 2002.

⁵¹ *Charte Mondiale de la nature* via la Résolution 37/7 du 28 octobre 1982 de l'Assemblée Générale des Nations Unies via http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/37/7&Lang=F : "Toute forme de vie est unique et mérite d'être respectée, quelle que soit son utilité pour l'homme et, afin de reconnaître aux autres organismes vivants cette valeur intrinsèque l'homme doit se guider sur un code moral d'action ». Cf. aussi "La Charte de la nature est (...) l'un des seuls textes à faire de l'homme une partie intégrante de la nature (...) Le lien établi entre tous ces éléments est philosophiquement satisfaisant. Mais la Charte de la nature n'a pas le moindre début de valeur juridique", M.-A. Hermitte, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in B. Edelman & M.-A. Hermitte (Eds), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Bourgois, 1988, p. 242.

⁵² Constitución de la República del Ecuador via <http://www.asambleanacional.gob.ec/es>; traduction anglaise : <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html> (consultées le 15 février 2016)

⁵³ B.H. Weston & D. Bollier, *o.c.*, 60.

Peoples' Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth de 2009 proclama une proposition de *Déclaration Universelle des Droits de la Terre Mère*⁵⁴ qui a récolté un nombre d'échos au sein des Nations Unies, dont l'institution d'une *Journée Mondiale de la Terre* par l'Assemblée Générale⁵⁵.

Au-delà du problème de leur manque de force contraignante, on notera la manière dont ces revendications inspirées par l'expérience des peuples autochtones expriment ensemble les moyens d'instaurer dans la législation et dans le droit un mode de personnification non tellement de non-humains individuels (chats, chiens, singes)⁵⁶ mais de « communautés non-humaines » (fleuve, forêt), enchevêtrant des relations d'interdépendance dont les humains devraient être parties prenantes attentives. Ce faisant elles sont en phase non seulement avec l'écologie, mais avec la biologie contemporaine⁵⁷.

Si, comme nous l'avons montré, la revendication du respect des liens de *commoning* que les peuples autochtones entretiennent entre eux et avec le territoire (ce qui pour eux est la même chose) a réussi à se faire relayer par des institutions juridiques internationales et nationales parce que ce *commoning* répond de façon intéressante et bénéfique à des défis posés sur trois registres de l'écologie, notamment « celui de l'environnement, celui des rapports sociaux et celui de la subjectivité humaine »⁵⁸, il n'en est pas de même pour bien d'autres pratiques et expériences similaires plus répandues, mais qui, elles, sont restées invisibles et se pratiquent en sourdine. Ce n'est pas tant des pêcheries, systèmes d'irrigations et pâturages étudiés par Ostrom qu'il s'agit ici, mais de ces multiples « (a)ncient institutions of commons (...) still alive in ecological niches in Europe, and still very much important in Africa, South Asia, and Latin America »⁵⁹ : des formes de coopération dans des villages alpins (p.ex. le coupage de bois de chauffage), en passant par les *ejido*'s du Mexique, pour en arriver, à bien plus grande échelle, à la persistance de modes d'organisation communautaire et (clans, tribus, *extended families*, quartiers, villages, ...) d'usage de terres et d'infrastructures subsistant « sous », et malgré, la couche de droit séculaire et étatique « en vigueur » importé après la décolonisation.

Cette persistance est d'ailleurs bien connue du droit comparé et de l'anthropologie juridique, qui s'intéressent particulièrement aux enchevêtrements, parfois fort compliqués et inventifs, de systèmes coutumiers d'organisation de société et de résolution de conflits vécus, d'une part, et d'un droit législatif étatique et abstrait porté par une organisation judiciaire à

⁵⁴ <https://pwccc.wordpress.com/programa/> (consulté le 15 février 2016)

⁵⁵ Resolution 63/278 of the General Assembly of 22 April 2009 : International Mother Earth Day, UN A/RES/63/278.

⁵⁶ Voir le séminal Chr. D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, Los Altos, Kaufman, 1974, 102 p. Au sujet de la personnification juridique, dans cette *Chronique de théorie de droit*, déjà : S. Gutwirth « Penser le statut juridique des animaux avec Jean-Pierre Marguénaud et René Demogue : plaidoyer pour la technique juridique de la personnalité » et J.-P. Marguénaud, « Actualité et actualisation de René Demogue sur la personnalité juridique des animaux », *RJE* 2015/1, resp. p. 67-72 et 73-83. Aussi : V. Despret & S. Gutwirth, « L'affaire Harry. Petite scientfiction », *Terrain. Revue d'Ethnologie européenne*, n° 52: 'Etre une personne', mars 2009, p. 142-151 et Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature », *Le débat*, 1998, n° 100, p. 85-107.

⁵⁷ S.F. Gilbert, J. Sapp & A.I. Tauber, « A Symbiotic View of Life: We Have Never Been Individuals », *The Quarterly Review of Biology*, vol. 87, 2012, p. 325-341, D.J. Haraway, « Symptoièse, SF, embrouilles multispécifiques », in D. Debaise & I. Stengers (éd.) *Gestes spéculatifs*, Les presses du réel, Dijon, 2015 et A. Tsing, *The Mushroom at the End of the World: On the Possibility of Life in Capitalist Ruins*, Princeton, Princeton University Press, 2015.

⁵⁸ F. Guattari, *o.c.*, p. 12-13.

⁵⁹ F. Capra & U. Mattei, *o.c.*, p. 142.

l'occidentale de l'autre. L'existence dans beaucoup de régions du monde, de pluralismes juridiques bi- ou multipolaires de ce genre, témoigne aisément de l'importance du courant profond qui fait persister des modes « communaux » d'organisation socio-économique, politique et juridique⁶⁰. Cependant si le pluralisme juridique parvient tant bien que mal à gérer les rencontres, passages et frictions entre systèmes d'organisation divers, dès que passe la prospection économique (comme l'achat à grande échelle de terres à opportunités agricoles, minières ou autres par des multinationales) et que la propriété privée s'installe, c'est la mort de l'organisation vernaculaire et *bottom up*, l'expulsion des usagers, leur appauvrissement et la destruction de la durabilité inscrite dans l'usage collectif de ce qui étaient non pas des *res nullius* que le premier qui paye peut s'approprier, mais des ressources gérées communément par des groupes d'usagers qui en dépendent⁶¹.

Ces trois axes différents d'analyse d'expériences anciennes et nouvelles sous l'éclairage du *commoning* ont nourri l'idée qu'un nouveau modèle d'organisation de société est en train de prendre forme, portant en lui une force transformative : « The commons (...), écrivent Bollier et Helfrich, is a paradigm that embodies its own logic and patterns of behavior, functioning as a different kind of operating system for society »⁶². Le thème du paradigme des *commons* se retrouve chez un nombre d'auteurs qui le cultivent afin d'ériger une digue contre l'emprise appropriative des propriétaires privés et publics sur l'ensemble des choses et de la vie (des terres et de l'espace public à l'ADN et au savoir, en passant par la biodiversité et l'« environnement »). De ce point de vue il s'agit donner un nom fédérateur à une « coalition de coalitions »⁶³ de résistances contre la métastase toujours accélérée de la *propertization*, la *commodification*, la *corporatization* et l'*enclosure*⁶⁴. Ainsi, l'appel aux *commons* rassemble non seulement des expériences passées et actuelles, locales et globales, matérielles et immatérielles, mais aussi une palette fort colorée d'acteurs : zapatistes, hackers, peuples autochtones, paysans indiens et sud-américains, agriculteurs urbains, antiglobalistes, altermondialistes, écologistes, agrisqueateurs, ... Plus que d'un paradigme au sens de Thomas Kuhn, c'est donc d'un mouvement qu'il s'agit, d'« une révolution silencieuse »⁶⁵ qui rassemble des luttes diverses contre un même ennemi sous un même dénominateur général. Un ouvrage comme *The Wealth of the Commons*⁶⁶ ou les travaux menés par *The Commons Strategies Group* ou la *International Association for the Study of the Commons* montrent bien la variété d'expériences et d'actions collectives que le mouvement peut embrasser, ainsi que les différentes perspectives disciplinaires – sociologie, économie, histoire, droit, ethnologie – à partir desquelles elles peuvent être comprises.

A y regarder de plus près, pourtant, il faut distinguer, car d'un point de vue juridique les problèmes posés par l'accès nécessaire de tous à l'eau, la pluie, la lumière, la mer, les paysages ou l'air, c'est-à-dire aux biens communs globaux, réputés inépuisables et abondants,

⁶⁰ Fr. Rigaux, *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 26-27.

⁶¹ Voir par exemple L. Alden Wily, « The Global Land Grab: the New Enclosures » et C. Padilla, « Mining as a Threat to the Commons : the Case of South America », in D. Bollier & S. Helfrich (eds), *o.c.*, resp. p. 132-140 et p. 157-160.

⁶² D. Bollier & S. Helfrich (eds), *o.c.*, p. xi.

⁶³ N. Klein, « Reclaiming ... », *l.c.* p. 81.

⁶⁴ P. Dardot & Chr. Laval, *o.c.*, p. 103 et seq.

⁶⁵ Cf., D. Bollier, « The Growth of the Commons Paradigm », in Ch. Hess & E. Ostrom, *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, MIT Press, Cambridge, 2007, p. 27-40 via *Digital Library of the Commons* <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/handle/10535/4975> (consulté le 2 mars 2016).

⁶⁶ D. Bollier & S. Helfrich, (eds), *o.c.*, 442 p.

gratuits en principe, et considérés comme *res communes*⁶⁷ (ou « biens communs »), sont différents de ceux posés par la gestion d'un terrain ou d'un système d'irrigation par une collectivité de *commoners* forcément restreinte en nombre. Il s'agit donc de distinguer entre le libre accès et/ou la réglementation étatique d'un côté, et l'auto-organisation, l'adhésion limitée et l'usage coordonné, de l'autre, comme aussi entre d'une part la gestion en fonction du public en général, abstrait, inorganisé, pour et au nom de tous, et de l'autre la gestion pour et par un public (auto-)organisé de personnes activement concernées et impliquées⁶⁸.

Les communs informationnels ou *knowledge commons* sont eux encore différents en ce qu'ils sont non-rivaux, cumulatifs ou incrémentaux, abondants, aisément reproductibles, intangibles, et que leur usage par l'un n'en prive l'autre, et même plus, enrichit la qualité, la valeur et le potentiel de l'ensemble⁶⁹, comme c'était le cas dans la perspective de la « république des sciences »⁷⁰, et aujourd'hui pour l'*open science* et l'*open software* déjà évoqués plus haut⁷¹. Pour Ost, Misonne et de Clippele, deux modèles se dessinent ici en contraste avec la propriété : d'une part, celui qu'ils nomment la « dépropriation » et qui résulte du libre accès à l'information, aux savoirs et aux logiciels, et de l'autre, celui de la « transpropriation » qui pour eux concerne d'autres sortes de biens, une approche organisationnelle différente, et s'exprime à travers la gestion de ressources épuisables par et pour une communauté limitée d'utilisateurs⁷².

Les informaticiens que nous évoquions plus haut, ainsi que les scientifiques, mais dans une moindre mesure, ont réagi contre les conséquences nuisibles de l'entrée en force de l'économie de la connaissance (qui implique un partenariat quasi-systématique avec le privé, le pilotage de la recherche par l'aval et la propriété intellectuelle) dans leurs réseaux de fonctionnement, parce que celle-ci met en danger la dynamique féconde de collaboration transparente entre praticiens. C'est donc pour défendre leurs pratiques que les tenants de l'*open software* et du *copyleft* se sont organisés pour résister et neutraliser les entraves à leur créativité causées par la mise en œuvre de plus en plus agressive de droits exclusifs du brevet et du droit d'auteur, des secrets de fabrication et commerciaux, des licences à obtenir et payer,

⁶⁷ Cf. art. 714 des Codes Civils belges et français : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ». A ce sujet : B. Jadot, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in Fr. Ost & S. Gutwirth, *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, VUBPress et Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 93-143.

⁶⁸ Cf. T. De Moor, « From Common Pastures to Global Commons: a Historical Perspective on Interdisciplinary Approaches to Commons », *Natures Sciences Sociétés*, 2011, Vol. 19, p. 422-431. Aussi C. M. Rose, « The Comedy of the Commons : Commerce, Custom and Inherently Public Property », *University of Chicago Law Review*, vol. 53/3, 1986, p. 739-749 et à la p. 749 : « (C)ustom suggests that there may be a middle ground between regimes in which the resource is so plentiful or so difficult to privatize that it is not worth the effort, and regimes in which conflicting uses are managed by formal ownership. This middle ground is the regime of the managed commons, where usage as commons is not tragic but rather capable of self-management by orderly and civilised people ».

⁶⁹ J. Rochfeld, *l.c.*, p. 355-356. Voir aussi les travaux de E. Mackaay dont *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer Nijhoff, 1982, 293 p. et « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? », *Droit de l'informatique*, 1986/2, p. 75-79.

⁷⁰ M. Polanyi, « The Republic of Science : its Political and Economic Theory », *Minerva*, 1962, 1, p. 54-74.

⁷¹ Beaucoup d'écrits juridiques font état des similitudes et différences entre les diverses choses qu'on évoque trivialement sous le nom de « communs », et en particulier entre les « choses communes à tous » (comme l'air, la lumière et les mers), les « communs Ostromiens » et les « biens informationnels », par exemple B. Coriat, « Communs fonciers, ... », *l.c.* ; Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, *l.c.* et C.M. Rose, *l.c.*

⁷² Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, *l.c.*, 22 et seq. Déjà dans Fr. Ost, *La nature hors la loi ...*, *o.c.*, en particulier aux p. 323 et seq.

et du développement de monopoles et des restrictions d'usage qu'ils imposent. Et s'ils ont réussi à résister à leur destruction en inventant des usages nouveaux d'outils juridiques existants – comme les licences GNU, l'*open source*, le *copyleft*, les *creative commons* – c'est bien parce que les droits intellectuels et le cadre juridique plus large qui s'applique à l'information n'a jamais été, ni même pu être, un régime de propriété pure et dure. D'abord, l'idée à la base de la reconnaissance de ces droits est celle d'un échange : si l'auteur ou l'inventeur obtiennent des droits d'exploitation exclusifs (droits d'auteur ou brevets) ceux-ci sont limités dans le temps (même si la durée de ces protections exclusives n'arrête pas d'augmenter), après quoi l'invention et l'œuvre « tombent » dans le domaine public afin que la société entière en bénéficie. Ensuite, l'exclusion des découvertes, des théories scientifiques, des méthodes mathématiques, des programmes d'ordinateur « en tant que tels » de la protection exclusive habite le droit des brevets depuis ses débuts (même si elle a été mise à mal par une pratique qui fait que l'exploitabilité concrète engendre automatiquement sa brevetabilité). Tout comme, en principe, les idées ou l'information « en tant que telles » sont exclues de la protection du droit d'auteur, car c'est la forme originale de leur expression qui fait l'objet des droit exclusifs.

Ainsi, et sans que cela en diminue pour autant le mérite, les « ingenious legal hacks » et « private law work-arounds »⁷³ des informaticiens ont été facilités par l'esprit de la législation pré-existante, dont c'est le principe même que les informaticiens ont défendu et réactualisé. Un tel libre accès transparent au savoir proposé n'est pas chose nouvelle pour les scientifiques non plus, car il est au cœur des contraintes de leur pratique. Face à la nouvelle économie de la connaissance qui, aujourd'hui, détermine et corrompt la dimension irréductiblement collective de leur mode opératoire, la revendication et mise en œuvre d'une *open science* expriment également la défense et la réaffirmation de sciences désormais mises en danger⁷⁴.

Les distinctions que nous avons proposées permettent de faire un tri dans ce qui, à juste titre d'ailleurs d'un point de vue politique, est engagé par l'évocation optimiste du « retour des *commons* » comme mouvement fédérateur des opposants à l'alternative infernale entre la main invisible du marché et de la propriété privée, et la main visible de l'État, celle de la souveraineté. Ce tri nous semble nécessaire d'un point de vue juridique, car tant pour les *res communes* globaux (l'air, la lumière, l'eau, le vent ...) et les éléments du patrimoine commun de l'humanité (l'Antarctique, la lune, les corps célestes et les grands fonds marins sans oublier le patrimoine culturel et immatériel de l'humanité⁷⁵), que pour les « biens informationnels », des moyens juridiques pouvant garantir leur accès libre existent explicitement ou implicitement dans les sources du droit en vigueur, nonobstant le danger toujours présent de leur appropriation privative ou étatique. Bref, il s'agit ici d'une résistance de la part de ceux dont les pratiques, jusque-là reconnues, de coopération, de partage et de bénéfices mutuels sont menacées.

Les *commons* auxquels Ostrom s'est intéressée sont différents parce qu'ils sont caractérisés par l'existence d'un autogouvernement par un collectif d'utilisateurs limité en nombre: ni accès libre et universel, ni propriété privée ou publique, mais une gestion

⁷³ B.H. Weston & D. Bollier, *o.c.*, p. 174-175.

⁷⁴ I. Stengers, *Une autre science est possible! Manifeste pour le ralentissement des sciences*, Paris, La découverte/Les empêcheurs de penser en rond, 2013 et S. Gutwirth & J. Christiaens, « Les sciences et leurs problèmes : la fraude scientifique, un moyen de diversion ? », *Droit en contexte. Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2015.74, p. 21-49.

⁷⁵ Cf. Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, *l.c.*, p. 15-16.

collective par tous ceux qui s'engagent dans la chose/cause commune. C'est également le cas des revendications territoriales et autogestionnaires des peuples autochtones et de ces formes d'auto-organisation qui remontent à la surface, malgré des siècles d'économie politique et/ou de colonisation qui leur ont dénié jusqu'à la possibilité même d'exister en les forçant dans des moules déniaient leur singularité. Ces *commons* resurgissent tel un cours d'eau qui s'engouffre et disparaît dans la roche, et puis réapparaît, ou, pour le dire avec Brel, tel « ces terres brûlées donnant plus de blé qu'un meilleur avril ». Résurgence: ces forêts abattues qui repoussent ; ce compostage qui transforme les déchets en nouveaux environnements vivants, et la vie qui revient, même là où elle fut éradiquée. La résurgence est cette capacité de réarrangement que possèdent des écologies de multiples espèces pour survivre à leur suppression, destruction ou éradication et qui profitent, voire même explosent, dans un nouveau milieu⁷⁶.

L'histoire montre abondamment à quel point ces *commons* résurgents (ou « renaissants »⁷⁷) furent bannis catégoriquement et écrasés ou « étouffés »⁷⁸ en pratique, d'abord en Occident avec le développement du capitalisme libéral et son système binaire de propriété privée ou étatique, et puis, mondialement avec la colonisation et la mondialisation⁷⁹. Pour ceux-là, en conséquence, les questions juridiques se posent autrement, car la législation en vigueur est tributaire et vectrice de leur éradication. Il n'y a donc ici pas de « moyens » juridiques évidemment et directement mobilisables qu'il faudrait saisir afin d'obtenir la reconnaissance juridique de leur existence et de leur causes : il n'y a tout simplement pas de législation en vigueur à cet effet (sauf, parfois, en ce qui concerne les peuples autochtones, et encore). Leur résurgence les fait réapparaître, mais dans un milieu qui, contrairement à celui des « *commons* résistants », n'est pas seulement nouveau, mais leur est également juridiquement défavorable.

Alors, que peuvent les juristes *de lege lata*, dans l'état actuel des choses en droit ? C'est d'abord vers l'inventivité des praticiens du droit, et *a fortiori* des juges, qu'il faut se tourner ici, car c'est de leur interprétation des sources du droit, des opérations qu'ils mettent en œuvre et de leur adjudication, que découleront des décisions finales *in concreto* et que peuvent se développer des nouvelles solutions juridiques. Jamais le droit abstrait et ses normes générales n'indiquent linéairement le jugement à prendre dans telle ou telle affaire : il y a toujours du travail sur la planche, notamment celui du juriste. Cette incertitude quant aux résultats de la pratique du droit saisie par des interpellations concrètes, même si elle est limitée et marginale, n'exprime toutefois rien de moins que l'indépendance du judiciaire, les *checks and balances* et, donc, l'impossibilité des pouvoirs du moment à instrumentaliser complètement le droit⁸⁰. Si le législateur peut certes, même avec précision et autorité, décréter la direction à suivre, il est maintenu dans l'incapacité de *dicter* la décision que les juges auront à prendre, car ceux-ci doivent faire intervenir non seulement toutes les sources du droit pertinentes en l'espèce, mais aussi les éléments propres et particuliers de chaque affaire. En d'autres termes, il faut se demander ce que les juristes pourraient proposer à des juges qui se retrouveraient confrontés avec des affaires impliquant ce que nous avons nommé des *commons* résurgents.

⁷⁶ Voir à ce sujet le passionnant livre d'Anna Tsing, *The Mushroom at the End of the World: On the Possibility of Life in Capitalist Ruins*, o.c.

⁷⁷ Br. Latour, *Face à Gaïa*, o.c., p. 138 (note 84) et D. Bollier, *Think like a commoner*, o.c., p. 7.

⁷⁸ J. Rochfeld, *l.c.*, p. 353.

⁷⁹ Cf. les travaux historiques précités de K. Polanyi, P. Linebaugh et E.P. Thompson.

⁸⁰ À ce sujet : S. Gutwirth, "Providing the Missing Link : Law after Latour's Passage", in K. McGee (ed.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh U.P., 2015, 122-159 et F. Capra & U. Mattei, o.c., p. 126-127.

D'emblée faisons une double constatation : même si la formulation légale de la propriété dans la Déclaration des Droits de l'Homme (art. 17) ou par le Code Civil (français ou belge, art. 544) définissent un droit absolu, sacré et inviolable, les limitations effectives de ce droit sont multiples. Bien sûr il y a d'une part les limitations que les propriétaires acceptent volontairement et contractuellement, en fonction de l'usage qu'ils font librement des biens qui leurs appartiennent. Ainsi peuvent être transférés volontairement des servitudes, des droits d'usage, de passage, d'usufruit et les biens peuvent être prêtés, loués et même passer sous copropriété. D'autre part, il existe toutes sortes d'« entorses » légales ou réglementaires au droit des propriétaires au nom de « l'intérêt général » ou de « l'utilité publique », comme et sous les conditions prévues par les lois nationales, et pour les Membres du Conseil de l'Europe, par l'article 1 du premier Protocole à la CEDH⁸¹. Ces limites peuvent être justifiées par un large éventail de raisons, telles que la protection de l'environnement, la santé, la sécurité, les droits fondamentaux d'autrui (p.ex. la jurisprudence en matière de troubles de voisinage), la culture (p. ex. les monuments classés, les fouilles archéologiques), l'accès récréatif (aux plages et forêts), et ainsi de suite⁸². Aussi absolue qu'elle soit d'un point de vue dogmatique, la propriété se retrouve donc quand même dans la balance de la justice, fait l'objet de pondération des intérêts et n'échappe pas au principe général du droit qu'est la proportionnalité, et qui permet de la limiter en fonction de l'importance d'autres droits et intérêts (l'utilité publique, les prérogatives de l'État, des droits – fondamentaux ou non – et intérêts d'autres personnes). Qu'un propriétaire puisse « abuser » de son droit « absolu », exprime clairement la même tendance.

Or, le droit de propriété des personnes privées, en cache un autre, celui de l'État, véritable propriétaire au carré. Titulaire du *dominium eminens*, l'état a institutionnalisé la propriété comme principe de sa propre action, et c'est en tant que propriétaire-souverain qu'il peut limiter le droit de propriété des autres par des actes législatifs ou par des décisions du système judiciaire (troubles de voisinage, abus de droits). Ce qui explique simultanément et l'existence de limitations à la propriété privée, et l'absolutisme du système de propriété en tant que tel, car c'est bien en tant que « propriétaire » que l'État agit⁸³. Si entorses à la propriété il peut y avoir, c'est parce que l'État et ses institutions les ont voulues ou tolérées. Et l'on comprendra aisément qu'étant donné la connivence entre l'État propriétaire et les propriétaires privés, une telle volonté ou tolérance n'est pas de mise pour les *commons* qui font résurgence (malgré tout).

Est-ce que l'approche de la propriété comme « faisceau » de droits change la donne ? Cette idée selon laquelle la propriété se décline ou se « démembre » en cinq droits différents (d'aliénation, de gestion, d'exclusion, de prélèvement et d'accès) qui peuvent simultanément revenir à des usagers différents avec des titres différents, s'inscrit dans une perspective qui

⁸¹ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

⁸² A ce sujet voir par exemple Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, *o.c.*, 13 et seq. ; F. Capra & U. Mattei, *o.c.*, 136 et seq. et pour une belle étude de ces questions en droit américain, voir C.M. Rose, *l.c.*, passim.

⁸³ Faisons un pas de plus et disons que tous les États ensemble (tous les « propriétaires éminents » et « souverains ») ont aujourd'hui défailli quand il s'agissait d'arrêter la mise en œuvre, par personnes interposées ou non, de leur *ius abutendi*, leur « droit » de destruction, sur le climat ... cf. C.M. Rose, *l.c.*, p. 719 : « in a sense, we rely on governmental management of our preeminent system of resource management – private property – and we might view the entire property regime as a 'public property' owned and managed by governmental bodies »

s'efforce de mieux conceptualiser les limites de la propriété en contraste avec son caractère absolu. Il n'est donc pas étonnant de retrouver Ostrom comme auteure ayant relancé cette idée de la propriété comme une *bundle of rights*⁸⁴. Mais même ces développements ne satisfont pas aux exigences des *commons* que nous avons distingués, et qui sont, rappelons-le, caractérisés par une généalogie *bottom up*, l'auto-gouvernance participative et le pouvoir d'exclusion et de sanction. Il n'y a ici ni invocation de l'intérêt général, ni mobilisation au nom d'un public universel indéterminé et inorganisé, mais la revendication de la reconnaissance politique et juridique de ce qu'un collectif déterminé, ou un public constitué de participants engagés a réalisé, tant qu'il continue à le réaliser. Ce n'est pas tant le partage des différents droits du « faisceau » de droits qui constituent la propriété qui fait problème ici, mais bien l'acceptation juridique que les pratiques d'un groupe organisé puissent être assimilées à l'intérêt général afin de justifier un partage *imposé* des droits du faisceau.

Pourtant, dira-t-on, l'histoire du droit connaît les guildes et les corporations⁸⁵, ainsi que tous ces *commons* qui furent éradiqués au nom des révolutions libérales des 17^{ème} et 18^{ème} siècles. Mais c'est bien là le problème, car ce sont évidemment eux qui resurgissent aujourd'hui en mettant à mal la fable de la nécessité mathématique de leur autodestruction, tout en démontrant qu'un régime « non-tragique » des *commons* est possible grâce à la capacité d'autogestion de ressources raisonnée et raisonnable par des groupes organisés et solidaires. Demander aujourd'hui aux juges de reconnaître et accepter, au regard du droit en vigueur, que ces *commons* font exister un « moyen » valable et donc des droits opposables aux propriétaires privés et/ou publics, c'est leur demander d'être trop créatifs par deux fois. Ils devraient accepter non seulement d'y voir le développement de coutumes *contra legem* (ou dans le meilleur des cas *praeter legem*), mais aussi d'attribuer des droits à des groupes *a priori* sans personnalité juridique.

En l'état actuel des sources du droit l'on ne voit donc pas vraiment d'ouverture ou de fissure qui permettrait à des juges, même bien disposés, de cautionner juridiquement des *commons* sans forcer leur travail d'interprétation au-delà de leurs obligations en tant que juges et juristes. Cela semble d'autant plus le cas qu'il s'agirait, dans ces cas de faire valoir des intérêts de groupes factuels sans existence juridique face à ceux de titulaires de droits établis, qu'ils soient publics ou privés. Certes la pratique juridique est créatrice et inventive, mais elle reste tenue par ses contraintes et nous ne voyons pas dans l'état actuel des sources du droit et des façons reconnues d'en extraire du droit, de possibilités qui permettraient une « qualification » satisfaisante du *commoning*, ce qui n'est, rappelons-le, pas du tout surprenant, car la législation en vigueur depuis les Lumières a toujours traduit le processus de son éradication. S'ajoute à cela que le principe de la « prééminence du droit » ne s'accorde pas à l'émergence de droit à travers des pratiques, sauf peut-être en ce qui concerne les coutumes immémoriales. Ce constat d'impasse pointe le regard vers le législateur qui est en fin compte l'auteur principal de la source de droit prédominante et déterminante, et donc vers la décision politique à prendre. Cela nous fait passer à l'exploration préliminaire d'une approche *de lege ferenda* en ce qui concerne les *commons*.

IV- UN DROIT AU COMMONING ?

⁸⁴ E. Schlager & E. Ostrom, *l.c.* Voir aussi F. Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2014, p. 371-385.

⁸⁵ Pour les guildes comme *commons*, voir T. De Moor, « The Silent Revolution : a New Perspective on the Emergence of Commons, Guilds and Other Forms of Corporate Collective Action in Western Europe », *International Review of Social History*, vol. 53, 2008, p. 179-212.

Proposer, comme le font Burns H. Weston et David Bollier, la reconnaissance d'un droit au *commoning*, aux pratiques suscitées par les *commons*⁸⁶, pose le problème que nous voulons approcher en distinguant les pratiques de résistance au triomphe actuel de la propriété privée, en connivence avec les États et les pratiques marquant la résurgence de manières plus anciennes de faire commun. Il ne s'agit pas, soulignons-le, encore de fabriquer une opposition, ni non plus une quelconque hiérarchie. Weston et Bollier ont certainement raison de souligner que, au sein des initiatives multiples qui permettent de parler d'un retour des *commons*, les échanges, relais, émulations créent la possibilité de parler d'un véritable mouvement dont ces initiatives seraient des composantes. Néanmoins, comme nous l'avons écrit, les pratiques résurgentes se distinguent du point de vue du défi qu'elles constituent pour le droit, un droit dont les catégories actuelles ont impliqué et autorisé leur éradication.

Sans surprise, c'est la double souveraineté, de l'État et du propriétaire, que la revendication d'un droit au *commoning* met, dans leur cas, en question, et c'est donc pour elles aussi qu'un tel droit prendrait tout son sens. D'une part, ce qu'Elinor Ostrom présente comme requis par le maintien des *commons*, la possibilité pour les *commoners*, de veiller à l'application par chacun des règles décidées en commun, mais aussi de sanctionner d'éventuelles infractions, correspond à une « commonisation » des pouvoirs de gouvernance, police et justice. D'autre part, les pratiques de *commoning*, dans un monde où tout ce qui pouvait l'être a été approprié, sont d'autant plus vulnérables que les liens qu'elles tissent sont « localisés »⁸⁷, noués non seulement avec des personnes mais avec des lieux peuplés de non-humains, des voisinages, des rythmes, des histoires et, last but not least, des rapports juridiques. Une expulsion, décidée par exemple, par un propriétaire qui envisage une utilisation plus profitable de ce qu'il a concédé ou loué, peut signifier un arrêt de mort. Il n'y a pas aujourd'hui, nous l'avons expliqué, de droit engendré par les usages, et les protégeant, face à ceux qui sont associés à la propriété, pas de pratique reconnue comme « institutive », c'est-à-dire comme « donnant des droits » au *commoning*.

Weston et Bollier définissent les *commons* par une culture de liens de coopération, de confiance, de réciprocité, et la participation de chacun à la négociation et au maintien de règles « vernaculaires », orientées par le souci de durabilité et légitimes parce que pertinentes pour ce collectif⁸⁸. Le *commoning* devrait de ce fait être reconnu comme un droit humain et, qui plus est, un droit constituant un atout précieux quant à la réalisation d'autres droits humains tels que le droit au travail, la santé, l'alimentation et un environnement sain. Il est inutile de dire la défaillance des États par rapport aux obligations créées par ces droits dits de « seconde génération ». Aujourd'hui, avec la privatisation des services, c'est la logique de marché qui prévaut en la matière, un État trop « protecteur » étant accusé d'induire la dépendance, la passivité, l'irresponsabilité et le profitariat de ceux qui bénéficient de ses bienfaits. Tant les citoyens que les États doivent se « responsabiliser », reconnaître que rien n'est possible sans la croissance économique, et l'obligation de compétitivité qu'elle implique. La revendication du droit au *commoning* n'implique évidemment pas que l'Etat se

⁸⁶ B.H. Weston & D. Bollier, *o.c.*, en particulier p. 269 et seq.

⁸⁷ Cette localisation implique ce que l'on nomme aujourd'hui une non-scalabilité, la scalabilité étant la redéfinition socio-écologique qui permet d'étendre un mode d'organisation indépendamment des particularités du lieu d'implantation. Les enclosures permettent typiquement cette redéfinition. Voir à ce sujet le livre passionnant d'Anna TSING, *o.c.*.

⁸⁸ B.H. Weston & D. Bollier, *o.c.*, *passim* et en particulier p. 179 et seq.

décharge sur les *commons* des responsabilités qui lui incombent, mais qu'il « assiste, soutienne, favorise »⁸⁹ l'institutionnalisation de démarches de *commoning*, qui, de manière subsidiaire et polycentrique, se donnent la capacité de rendre la satisfaction de droits humains reconnus activement parties prenantes d'un mode de vie commun.

On dira certes qu'il s'agit là de choix politiques, et qu'envisager que de tels choix soient pris aujourd'hui est assez utopique. Mais, nous l'avons dit, l'enjeu est de se préparer aux types de changement que le désastre écologique et social rend inévitables, et en particulier d'apprendre à imaginer ce qui pourrait contribuer à ce que ces changements ne se fassent pas dans le sens d'une barbarie toujours plus accentuée du chacun pour soi et du malheur au vaincu. De ce point de vue la résurgence des *commons* peut s'identifier au tissage des relations pratiques, lucides et éthiques qui font, face aux épreuves, la différence entre réactions paniques et capacité de développer une intelligence collective qui permet de répondre à l'épreuve. Cependant, l'imagination des juristes est d'autant plus décisive ici que le cadre législatif né de la modernité fait partie du problème. Cette imagination, notons-le, n'a jamais été inactive lorsqu'il s'est agi d'inventer un environnement juridique favorable à l'entreprise, ou alors, dans certains cas, de justifier des limites au droit de propriété (*supra*).

Cependant l'idée d'un droit qui permette de « soutenir, assister, favoriser » des institutions telles que les *commons* semble contredire de manière frontale l'impartialité dont il se prévaut face à tous les justiciables, qu'ils soient puissants ou misérables. C'est ici que l'imagination s'impose. Car les juristes peuvent collaborer à la mise en forme juridique optimale du choix politique, ou alors l'entraver – lui opposer un argument d'impossibilité.

Il serait tentant d'esquiver une partie du problème en se bornant à plaider la nécessité, là où régnait la connivence entre deux souverainetés, d'instaurer une impartialité qu'on pourrait assimiler à une « laïcité économique ». La loi devrait donner des « chances similaires » aux *commons* et au marché⁹⁰. Ou alors, l'État devrait créer un environnement propice et favorable à ce qu'il veut voir « fleurir », comme il l'a fait pour le marché⁹¹. Mais il y a dans l'idée de coexistence entre deux « environnements favorables » une fausse symétrie qui fait abstraction du caractère prédateur du marché, de sa capacité à profiter de la moindre occasion, de la moindre faiblesse pour capturer ce qui jusque-là lui échappait et s'étendre⁹².

⁸⁹ *Ibid.*, p. 199.

⁹⁰ B.H. Weston & D. Bollier, *o.c.*, p. 181 : « For generations, State law has given legal recognition and generous backing to the « free market », extending similar support to the commons could unleash tremendous energy and creativity in safeguarding and improving planetary ecosystems ». Ou encore, D. Bollier & S. Helfrich, *o.c.*, p. xii : « (t)he state must play a more active role in sanctioning and facilitating the functioning of commons, much as it currently sanctions and facilitates the functioning of corporations ».

⁹¹ B.H. Weston & D. Bollier, *o.c.*, p. 222 ou encore, D. Bollier & S. Helfrich, *o.c.*, p. xviii : « There is an inherent tension in seeding new sorts of commons initiatives, however: They often must work within the existing system of law and policy, which poses a danger of co-optation of the commons and the domestication of its innovations. This is a real danger, yet commons initiatives need not lose their transformative, catalytic potential simply because they work “within the system.” Among commoners, there will invariably be debates about the strategic “purity” of commons-based initiatives, especially those that interact with the marketplace in new ways. Such scrutiny is important. Yet it may also highlight deeper philosophical tensions within the commons movement – namely, that some commoners prefer to have little or no intercourse with markets while others believe that their communities can thrive because of their interactions with markets. »

⁹² Ou alors, comme le décrit Anna Tsing dans son livre précité, pour sous-traiter une production dont il assurera la mise sur le marché sans redéfinir directement la sous-traitance sous les impératifs de la scalabilité : c'est ce

Que l'on pense au fait que la monétarisation des « services » rendus par les écosystèmes sont tenus par beaucoup aujourd'hui comme la seule manière de les protéger – grâce aux lois du marché – ou alors aux obligations de « compensation écologique » qui donnent la possibilité de remplacer ce qui est détruit quelque part par une réhabilitation menée ailleurs. Le marché, et le principe d'équivalence abstrait qui lui permet de fonctionner sans s'embarrasser de scrupules, doit être reconnu comme un environnement dangereux pour les *commons*, un environnement par rapport auquel ils doivent être *protégés*.

Une autre objection pourrait être une confusion entre droit et morale. Coopération, confiance, réciprocité, participation responsable, etc... sont dangereusement proches de vertus morales, opposées en l'occurrence aux vices d'égoïsme et d'avidité dont le marché avait fait la clef d'une dynamique censée, en fin de compte, profiter à tous. Mais la loi ici ne peut se fonder sur un idéal moral. Ce n'est pas un groupe « vertueux » qu'il doit s'agir de protéger, et dont il faudrait donc vérifier la vertu. Et cela d'autant moins que les anciens *commons*, ceux des paysans ou ceux des corporations médiévales, n'ont jamais été considérés comme des modèles de vertu.

Il faut donc considérer qu'il ne s'agit pas là de vertus morales, mais de ce qui est requis pour que les *commons* existent dans la durée. Rappelons à cet égard que les principes issus de l'analyse d'Elinor Ostrom sont des principes « par défaut » au sens où les traits qui leur correspondent caractérisent ce que demande aux participants le fonctionnement des *commons*, *dans la mesure où ils fonctionnent*. Ils se vérifient dans les cas où des *commons* ont été détruits du fait des entraves mises à leur application. C'est le cas, par exemple si l'accès libre à une ressource est imposé soit par l'État soit par des rapports de force avec le privé, ou alors si l'État s'approprie la définition de ce qui est permis ou proscrit et entreprend de constater et de sanctionner les infractions par ses propres moyens.

Certes, dans les temps d'avant le triomphe de l'individualisme, ou bien là où il n'est pas devenu la norme, ces traits n'avaient rien d'exceptionnel, et leur subsistance dans les milieux ouvriers a fait l'espoir de socialistes tels que Proudhon qui pensaient le commun comme une « force sociale spontanée »⁹³. Mais parler de résurgence des *commons* aujourd'hui, c'est parler aussi d'une éradication qui n'est pas seulement juridique. À la différence des *commons* que nous avons liés à une résistance aux « nouvelles enclosures », celle des informaticiens et celle, moins articulée, des chercheurs soumis aux impératifs de l'« économie de la connaissance », nous n'avons pas affaire à des milieux qui ont connu l'expérience vivace de pratiques d'échange, de coopération, d'évaluation par les pairs qu'ils savaient indispensables à leur métier. La résurgence concerne dès lors, pour ceux qui y participent, une transformation qui est loin d'aller de soi : devenir capable de « penser comme un *commoner* », faire l'expérience non d'une manière vertueuse de se comporter, mais d'une nécessité : c'est cela ou nous échouons.

Et donc les *commons* doivent être protégés non pas seulement contre un milieu qui exploitera toute occasion de les détruire mais aussi pour leur permettre d'apprendre

qu'elle nomme « salvage economy », économie de récupération, qui prévaut notamment dans les délocalisations vers les pays où le droit du travail est peu contraignant.

⁹³ Voir à ce sujet P. Dardot & Chr. Laval, *o.c.*, p. 205 et seq.

effectivement ce que demande leur existence dans la durée (après le premier enthousiasme). Et ce que les lois entérinent, si elles doivent avoir pour rôle de soutenir, d'assister, de favoriser les *commons*, n'est donc pas un comportement moral mais l'importance pour l'avenir de ce type d'apprentissage, de la culture de cette forme d'intelligence collective capable de détecter, de penser avec et de répondre pour les conséquences résultant de la manière dont l'activité de chacun compte pour d'autres.

Nous l'avons vu au début de ce texte, Bruno Latour parle de négligence calculée à propos de la définition de l'intérêt individuel et de la liberté de chaque individu à faire valoir ses intérêts sans scrupule pour les autres, sans attention aux conséquences. La négligence est certes calculée, puisqu'elle permet les rapports d'équivalence requis par les lois du marché, mais elle est également cultivée, car être négligent n'a rien de « naturel »⁹⁴ (à preuve ce « bon père de famille » dont le droit juge « normal » qu'il ne néglige pas l'intérêt des siens). En d'autres termes, la négligence n'est pas moins un produit de culture que la capacité de penser comme un *commoner*. Il se fait que, aujourd'hui, non seulement elle renvoie la satisfaction des droits humains à un horizon toujours plus abstrait et vague, mais elle met de surcroît très concrètement en péril notre avenir et celui de la planète.

Cependant, le juriste peut, à très juste titre, se sentir déboussolé. Quoi d'étonnant puisque son équipement trace un fil de continuité entre le droit romain et le droit moderne, et définit la multiplicité des droits coutumiers et vernaculaires comme sources de droit secondaires et subsidiaires, parfois utiles et tolérés, mais voués à la disparition. C'est pourquoi la question de la résurgence s'adresse à l'imagination des juristes, leur demande d'envisager, dans leur cas, non seulement des interventions législatives mais aussi la possibilité d'un autre agencement ou « mode » juridique.

Nous suivons ici la piste remarquablement ouverte par Fritjof Capra et Ugo Mattei, et partons de l'opposition qu'ils proposent entre « extractif » et « génératif ». On peut dire du système légal qu'il est extractif, et Bruno Latour a admirablement analysé dans *La Fabrique du Droit*⁹⁵, la subtilité et l'exigence des modes d'extraction, en les contrastant avec ceux qui prévalent dans les sciences expérimentales. S'il importe d'éviter toute assimilation, un trait est commun – ni une affaire n'est juridique, ni un phénomène n'est scientifique s'ils n'ont pas été non pas « abstraits » au sens cognitif mais « extraits » et « appareillés » sur le mode qui permet au droit de « passer » ou au savoir d'« avancer ». Récemment, Bruno Latour a appelé à un devenir « terrestre » des pratiques scientifiques, à des modes de traitement dont la vocation première ne soit pas de constituer ce à quoi les scientifiques ont affaire en ressource pour « faire avancer la science »⁹⁶, externalisant le reste comme anecdotique ou « subjectif », mais soient équipés pour suivre la manière dont les actions et les sensibilités humaines et non-humaines s'entre-composent selon des modes d'interdépendance inextricables. De manière analogue, on pourrait dire que les *commons* réclament un droit « terrestre », capable de

⁹⁴ Et ce qui est moins « naturel » encore est le principe selon lequel tout ce qui n'est pas interdit doit être permis. Les expériences (en laboratoire) d'économie comportementale montrent que beaucoup des participants à un jeu qui leur en donne les moyens sacrifieront une partie des gains qui leur sont assurés si cela leur donne la possibilité de sanctionner un participant qui respecte les règles du jeu mais abuse de sa position, y compris lorsque cet abus se fait aux détriments d'autres qu'eux-mêmes.

⁹⁵ Br. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

⁹⁶ Br. Latour, *Face à Gaïa, o.c.*, notamment p. 183-187.

s'adresser à la manière dont ils intriquent des pratiques, des sensibilités, des modes de coopération, des coutumes en interdépendance étroite. Un droit en devenir, inductif, topique, plutôt qu'un droit posé et abstrait, axiomatique et déductif : un droit qui favoriserait jurisprudence et pratiques comme sources, plus que la loi ou/et la « doctrine ».

Capra et Mattéi montrent bien qu'à la pratique extractive du droit correspond un système légal qui est une affaire de spécialistes capables de monter, ou d'analyser, un dossier qui réponde aux exigences du droit. Les prodiges de l'optimisation fiscale sont un merveilleux exemple de la manière dont la propriété privée s'organise pour « extraire » de l'appareillage légal ce qui lui permettra de passer en toute impunité à travers les mailles de la légalité. Mais lorsqu'il s'agit des *commons* un droit extractif est synonyme de destruction, car la définition de ce qui est licite et de ce qui ne l'est pas ne peut s'organiser formellement en fonction des contraintes légales. Les *commons* génèrent un droit propre qui répond aux exigences pratiques de l'interdépendance entre ceux qui en sont partie prenantes. Et ces exigences ne peuvent être généralisées sur un mode qui permettrait d'extraire un « droit des *commons* » analogue au « droit du travail » par exemple. C'est pourquoi la référence à l'écologie est centrale dans la conception que Capra et Mattei proposent des *commons* comme institution « générative »⁹⁷.

À la différence des systèmes au sens usuel, dont chaque partie a un rôle et des responsabilités assignées au service du fonctionnement d'ensemble, ce qu'on appelle un écosystème est avant tout une « communauté » de partenaires interdépendants au double sens positif et négatif, comptant les uns sur les autres mais également au risque les uns des autres, une communauté dont le maintien durable ne relève pas d'une responsabilité individuelle mais est *généré* par l'entrelacs des relations d'interdépendance. La référence à l'écologie n'est pas une assimilation : « There are many differences between ecosystems and human communities. For example, an ecosystem has no self-awareness. It also has no language, no consciousness, and no culture, and therefore no justice or democracy – but also no greed or dishonesty »⁹⁸.

Dans le monde moderne où l'individu est censé poursuivre avidement son propre intérêt, et où il appartient à la loi de définir et fixer la différence entre licite et illicite, la création d'institutions génératives, capables de générer, entretenir et faire évoluer en cas de besoin les règles qui organisent leur fonctionnement et les obligations qu'implique le fait de se comporter comme un *commoner* demande un engagement sans doute très différent de celui qui prévalait dans les anciens *commons*. La résurgence demande le savoir partagé de ce qu'il s'agit de créer une interconnection entre ce qui a été déconnecté en domaines séparés, la loi, la politique, le droit et l'économie, la conscience d'une fragilité qui fait que la négligence ne pardonnera pas et celle de ce que la communauté ne constitue pas un monde clos mais a pour vocation de donner un caractère génératif à son expérience, de susciter l'imagination et le sens

⁹⁷ Capra et Mattéi (aux pages 145-146) se réfèrent à la notion de « propriété générative » que Marjorie Kelly oppose à propriété extractive (M. Kelly, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berrett-Koehler, 2012). Génératif définit de manière transversale une capacité de faire naître, faire émerger, engendrer, à distinguer d'une reproduction du même par le même ou d'une fabrication dont un agent intentionnel serait responsable. Le terme rejoint le sens ancien de *phusis* – la nature comme ayant le pouvoir de croître et de s'épanouir. Mais les sciences contemporaines associent plutôt générativité et couplage dynamique entre processus faisant émerger des propriétés nouvelles irréductibles à celles des processus qui y participent.

⁹⁸ F. Capra & U. Mattei, *o.c.*, p. 175.

du possible requis par la création d'autres *commons*. Bref, l'idée repoussoir de communautés statiques, conformistes, dominées par un contrôle social oppressant, excluant toute divergence, définissant comme étranger ce qui n'est pas elles-mêmes, n'a rien à voir avec les *commons* contemporains pour lesquelles ce que Capra et Mattei appellent « générativité » est en elle-même un enjeu.

Et c'est cette générativité qui pourrait constituer ce qui définirait un « droit au *commoning* » même si elle ne se définit pas de manière extractive. Les principes énoncés par Elinor Ostrom présupposent l'existence d'une communauté capable de les mettre en œuvre mais ne disent pas comment une telle communauté s'obtient, ou « s'instaure » comme le dirait Etienne Souriau⁹⁹, pour qui chaque « trajet d'instauration » est une mise à l'existence, irréductible à la réalisation d'un projet. Ce pourrait être cette générativité, incluant la capacité de se donner des règles et de les faire respecter, qu'il s'agirait pour un « droit des *commons* » de soutenir, assister et favoriser, non pas qu'elle soit l'apanage exclusif des *commons* résurgents, mais parce que, dans leur cas, elle constitue cela même qui définit leur mode d'existence. Si la participation des *commoners* à la gouvernance d'un *commons* se défait, si les conflits interindividuels mettant en jeu des modes d'engagement divergents ne constituent plus une matière à délibération collective mais une affaire « privée », si les règles deviennent routines et mènent à négliger l'éventuelle nécessité de leur renouvellement, le groupe peut continuer à tenir – typiquement certains membres peuvent, de fait, devenir responsables « parce qu'il le faut bien ». Mais il n'y aura plus de « générativité », plus de *commoning*, plus de *commons*.

Si la générativité était ce que, par choix politique, la loi avait à définir comme ce que, désirable, il convient d'assister, soutenir et favoriser, ce ne seraient pas les *commons* en eux-mêmes qui seraient définis comme porteurs de droits, à la manière des propriétaires ou des personnes juridiques, mais les *commons* en tant que « génératifs ». Mais, corrélativement, ce caractère génératif ne devrait pas être mis en danger par un modèle général « extrait » par la loi et lui permettant de vérifier qu'il y a conformité du fonctionnement à ce qu'elle définit comme porteur de droit. Les *commons* ne doivent pas être traités, à la manière des bénéficiaires des droits sociaux aujourd'hui, comme *a priori* suspects de frauder, et forcés de produire les garanties d'un comportement adéquat. Un proverbe chinois dit que le fou tire sur la jeune pousse, alors que le sage se borne à sarcler alentour. Le rôle de la loi ne devrait pas être de « tirer » les *commons* vers un idéal abstrait, de leur proposer, voire imposer, un projet, mais de contribuer à ce qui, de fait, constitue une préoccupation commune, la question de la générativité, à instaurer ou à maintenir.

La situation n'est de fait pas inédite. À l'origine, la première tâche de la justice de paix n'était pas tellement de sanctionner ou d'assurer le respect de la loi mais d'aider à restaurer une situation de « bon voisinage » à laquelle aspirent la plupart de ceux qui recourent à elle dans l'espoir de trouver une solution acceptable à leur conflit. C'est pourquoi la justice de paix était une justice de proximité et conciliatrice, d'autant plus efficace que le juge était familier des us et coutumes locales, savait faire la différence entre plainte ou revendication abusives et fondées, préférait le compromis acceptable à l'application de la loi, sachant que le sens de son intervention se situait non pas en amont, dans une loi qu'il devait faire respecter,

⁹⁹ E. Souriau, *Les différents modes d'existence*, réédité dans la collection « Métaphysiques », Paris, PUF, 2009.

mais en aval, dans la « paix » dont il avait charge d'assister, de soutenir et de favoriser le rétablissement. Même si aujourd'hui, en Europe (et a fortiori en France où il n'existe plus mais fut remplacé par les tribunaux d'instance) les tâches et compétences des justices de paix furent de plus en plus formalisées, celles-ci continuent à assumer ce rôle conciliatoire, proche et pragmatique.

De fait la justice de paix, telle qu'elle se développa à l'origine, est assez analogue au droit coutumier dont la première vocation était de diagnostiquer et de porter remède plutôt que de sanctionner. Ce droit avait pour première valeur d'être compris et accepté par les communautés qu'il concernait, non de tenir son autorité de principes venus d'un lieu de pouvoir lointain. Le droit lui-même est alors, comme le proposent Capra et Mattéi, « un *commons* » qui « requiert que sa mise en œuvre se fasse en stricte symbiose avec la communauté »¹⁰⁰.

De ce point de vue, la « générativité » constitue – comme la paix du voisinage d'ailleurs – moins un concept qu'il conviendrait de définir qu'une incitation à la symbiose, une préoccupation susceptible de réunir des expériences, des connaissances et des manières de faire importer différentes et cela, sur un mode génératif, la question n'étant pas alors de savoir ce qu'est la générativité, mais ce que demande la situation – toujours cette situation.

Capra et Mattei nomment « écolitératie¹⁰¹ » la culture commune que devraient partager ceux qui se réunissent. Il ne s'agit pas d'une culture de type scientifique, fondée sur l'extraction réussie de principes abstraits. L'écologie est ce que Bruno Latour appellerait une « science terrestre », un savoir qui appelle à l'observation, à l'imagination et à l'expérience. L'écologie a abandonné depuis longtemps l'idée d'optimum ou d'équilibre stable d'un système arrivé à maturité. Elle ne décrit plus un écosystème comme un tout (holisme) mais comme une *composition* appelant la question « comment cela tient », alors même que « cela ne cesse de changer ». Comprendre, ici, c'est raconter, et les histoires sont d'autant plus instructives qu'elles libèrent l'imagination du « cela ne pouvait pas être autrement » et éveillent l'attention aux circonstances, aux conséquences en cascades, au caractère non-interchangeable des participants, à l'intrication de leurs relations. De telles histoires peuvent raconter des catastrophes, des déceptions cinglantes infligées à la bonne volonté interventionniste, mais aussi des régénérations imprévues déclenchées par une telle intervention¹⁰².

L'écolitératie appelle un partage d'expériences et de récits, tant de réussites que d'échecs qui repeuplent une imagination dévastée par la raison extractiviste. À la différence

¹⁰⁰ F. Capra & U. Mattei, *o.c.*, p. 160. Ce qui confirme que le droit des commons résurgents ne peut être assimilé à une adaptation du droit de propriété tel qu'il est soumis à la condition du *numerus clausus*. Voir à ce sujet C. M. Rose, « Ostrom and the Lawyers : the Impact of *Governing the Commons* on the American Legal Academy », *International Journal of the Commons*, vol. 5, 2011, p. 28-49.

¹⁰¹ *Literacy* est le plus souvent traduit par alphabétisation ou fait de savoir lire et écrire, mais le terme est plus large en anglais et l'OCDE en 2000 a choisi de créer un nouveau mot français, la « litératie » ou « aptitude à comprendre et à utiliser l'information écrite dans la vie courante, à la maison, au travail et dans la collectivité en vue d'atteindre des buts personnels et d'étendre ses connaissances et ses capacités ». Reprenant ce terme, il faut terminer de le débarrasser de sa référence à l'écrit et l'entendre comme capacité de comprendre non un texte mais un enjeu, ses tenants et ses aboutissants.

¹⁰² Voir par exemple G. Monbiot, *Feral: Rewilding the Land, Sea and Human Life*, Penguin, 2014.

de l'intelligence propre à la justice de paix, il ne s'agit pas d'une culture des raisons interhumaines mais des raisons intriquant les humains avec ce à quoi ils ont affaire, à l'ensemble lui-même intriqué de ce qui participe au « faire en commun ». C'est le partage de cette culture qui peut définir le milieu que demande la résurgence des *commons*, un milieu où les préoccupations des juristes ont toute leur place, qu'il s'agisse de défendre les *commons* ou d'arbitrer des conflits ou des plaintes mettant en cause des droits tels que la non-discrimination – à ne pas confondre avec le libre accès. Mais si un choix politique définit la générativité comme désirable, le premier rôle du droit ne sera pas de sanctionner au nom d'un principe abstrait, mais d'aider à déployer la situation problématique où s'affrontent les raisons.

V- LE DÉFI DE LA PRÉCARITÉ

Notre texte a pour but d'activer l'imagination des juristes, c'est-à-dire de rencontrer certaines des objections qui pourraient la bloquer, et non pas de déployer une vision qui demande l'adhésion. C'est pourquoi nous n'avons pas discuté de ce que serait le mode de composition d'un « monde des *commons* », de ses modes d'organisation politique, des institutions qui leur correspondraient¹⁰³. Prenant au sérieux l'idée de la générativité comme porteuse de droit, nous avons préféré éviter ce qui, aussi passionnant que soit l'exercice d'imagination d'un futur désirable, présente toujours le danger des utopies toutes faites. Nous sommes délibérément restés au seuil de la *lex ferenda*, sachant que sa formulation ne pourra précéder le processus d'émergence qui la portera.

Corrélativement, nous pensons que la résurgence de l'imagination juridique dans l'environnement légal actuel, si elle peut être favorisée par l'évidence de l'impasse, nécessite une approche de ce que demanderait une sortie de cette impasse. Bien sûr, une telle imagination ne regarde pas le seul droit mais un avenir où l'ensemble de ce qui semblait aller de soi – et notamment l'idée même de progrès telle qu'elle est impliquée par l'ensemble de nos institutions, voire par la signification même que nous donnons à l'être humain – se trouve mis en cause. Prendre au sérieux la thèse centrale de Capra et Mattéi, selon laquelle ce progrès peut être assimilé à un processus d'extraction des ressources socio-écologiques des *commons* vers le capital ne peut se réduire à une dénonciation. Le défi à l'imagination s'amorce lorsque nous prenons la mesure de cette mise en question du progrès, du trouble profond qu'il suscite – et qui, pour les juristes, a pu se dessiner lorsque nous avons, sans trop y insister, mis en question la *rule of law* entendue comme, à la lettre, *pré-éminence* de la loi et, en conséquence, du droit.

La générativité, si elle doit être porteuse de droit, confère en effet à la loi un rôle que l'on peut dire « précaire », au sens où le juriste ne peut extraire de la situation ce qui légitimera son intervention. La générativité à protéger et à nourrir ne répond pas en effet à une théorie mais à une démarche irréductiblement tâtonnante, enracinée dans la localité, ne donnant autorité à personne. Non seulement le juriste n'est pas libre d'externaliser les conséquences d'une décision « découlant » d'une autorité plus générale que la situation, mais il doit participer avec les autres, chacun avec ses savoirs, ses exigences, ses obligations propres, au déploiement d'une situation irréductible à un « état des choses », une situation

¹⁰³ Dans *Green Governance* (o.c., p. 269-283), Weston et Bollier se livrent à cet exercice, avec la rédaction d'un "Universal Covenant Affirming a Human Right to Commons- and Rights-Based Governance of Earth's Natural Wealth and Resources".

dont c'est la générativité qu'il s'agit de protéger. En d'autres termes, le juriste se doit de partager la question qui préoccupe les *commoners* eux-mêmes. Il est obligé par son propre rôle, mais aussi par l'enchevêtrement des obligations qui rendent le *commons* irréductible à une somme d'intérêts.

Il faut noter que la générativité frappe de la même précarité l'ensemble de nos définitions. Ainsi, nous avons délibérément choisi d'utiliser le mot anglais *commons*, qui s'emploie au pluriel, pour éviter toute confusion avec les « biens communs » ou le « patrimoine commun de l'humanité », qui ne sont pas notre propos. Mais ce pluriel traduit aussi le caractère problématique de toute réduction de ce qui « fait commun » à ce dont les *commoners* prendraient soin ensemble. Bien des *commoners* critiquent la manière dont Elinor Ostrom restreint son analyse à la question de groupes humains s'entendant à propos de ressources susceptibles de surexploitation, et à la démonstration de ce que, dans certaines conditions, ils peuvent faire mieux que l'État ou la propriété privée. Cette position « pluraliste », plaidant pour les communs comme un mode d'exploitation des ressources parmi d'autres, est aujourd'hui dénoncée comme apolitique¹⁰⁴, mais, d'un point de vue éco-social, c'est-à-dire multispécifique, on peut également la décrire comme anthropocentrique – les non-humains n'étant définis que comme ressources, non comme partenaires de plein droit, « faisant commun » pour leur propre compte. Et le problème peut encore se compliquer dans les cultures où la générativité implique des êtres dont nous pourrions être tentés de contester qu'ils existent « vraiment »¹⁰⁵. Caractériser comme « précaire » toute définition d'un *commons*, c'est souligner que la question de ce qu'il inclut et de comment il l'inclut – de ce qu'il fait tenir ensemble, « consister », et sur quel mode – est ouverte, générative. Un *commons* est une multiplicité sans point de vue unificateur car le devenir sensible, l'apprendre à faire attention (à propos de, grâce à et avec) peut en multiplier les dimensions. Il répond à ce qu'on pourrait nommer une dynamique d'instauration qui porte autant sur la manière dont il crée et maintient son mode de consistance propre que sur ses liens avec son milieu.

De ce point de vue, la pratique du droit pourrait sembler privilégiée parmi les pratiques modernes de par la relativité située des êtres qu'elle admet. Qu'une multinationale puisse être une « personne » au sens juridique n'a rien d'un scandale, du moment que l'on ne la confond pas avec une personne humaine – elle est, comme le sujet juridique humain d'ailleurs, construite, ou instaurée par le droit¹⁰⁶. Instaurée signifie ici « bien construite », définie en termes d'un ensemble cohérent, bien ajusté, de droits et de responsabilités. Rien ne s'opposerait apparemment à ce que les communs reçoivent une telle personnalité juridique. À ceci près, et c'est ici que le pluriel importe, que si c'est la générativité qui est porteuse de droits, cette « personne » n'a rien d'une fonction abstraite, d'un tenant lieu ou d'un point d'imputation. Elle n'est pas définie par ce qui lui permet de participer au processus juridique, c'est-à-dire sur un mode qui donne prise à ce processus. Tout au contraire, c'est lui qui a à répondre, en aval, des conséquences de sa prise. Ici encore, le rôle du droit demande que dame Justice perde son fameux bandeau, comme aussi sa balance, symbole du caractère abstrait, extractif de ses décisions (la balance ne fait compter que les poids).

¹⁰⁴ Voir par exemple P. Dardot & Chr. Laval, *o.c.*, p. 155 et seq.

¹⁰⁵ Pour une critique de ce principe de censure, voir I. Stengers, *La Vierge et le neutrino. Les scientifiques dans la tourmente*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond/La Découverte, 2006.

¹⁰⁶ V. Despret & S. Gutwirth, *l.c.*, p. 145 et seq.

Certes l'anthropologie contemporaine du droit¹⁰⁷, étudiant le droit tel qu'il plaide et juge, a considérablement compliqué cette figure d'un droit « mécanique », d'un droit qui s'applique sans laisser de place à l'hésitation. Mais c'est l'hésitation, ici, qui prévaut, une hésitation qui n'est pas celle d'un juge méditant la manière d'agencer les arguments contradictoires qui lui ont été soumis, mais celle que demande un agencement qui confère une signification non généralisable à chacune de ses composantes ainsi qu'à son milieu dont fait partie le droit. Ce que Capra et Mattéi nomment « écolitératie », qui implique un partage d'expériences, une culture d'histoires, qu'elles soient de réussite ou d'échec, est alors ce qui permet de penser sans fondement, d'accepter une précarité qui soit irréductible à l'arbitraire.

La nécessité de cette écolitératie – mais on pourrait également, avec Félix Guattari, parler d'écosophie¹⁰⁸ – n'est pas propre aux *commons* résurgents, mais, dans leur cas elle se distingue des savoirs coutumiers. Il ne s'agit pas ici de mettre en scène une coutume statique, « immémoriale », close sur elle-même, mais de souligner que, à la manière de la décision juridique, qui se présente comme application de la loi, la coutume, ou la tradition se pense comme prolongement, quelle que soit, dans les deux cas, la nécessité d'une option quant à la manière d'appliquer ou de prolonger. De même les « *legal hacks* », tout audacieux qu'ils soient, se doivent de faire comme si de rien n'était. Les *commons* résurgents posent, quant à eux, le problème d'une générativité à nourrir et protéger sur un mode qui demande une hésitation explicite. Qui plus est, la résurgence a pour vocation de générer des connections, des coopérations, des enchevêtrements toujours plus denses les uns avec les autres, et avec d'autres institutions ouvertes à des pratiques de résistance. Ce processus, par où des communs se mettent en risque les uns pour, avec et par les autres, appelle une institution juridique qui accepte ce risque, qui ne cherche pas « la bonne forme légale » convenant aux *commons* mais la manière d'accompagner les risques des processus de résurgence.

Faut-il le rappeler, quoi que nous souhaitons, et quels que soient nos efforts, c'est la question de comment habiter la précarité qui se posera aux habitants de cette terre. Nous ne vivons pas dans une époque de crise, par définition transitoire. Le proverbe « après la pluie le beau temps » a perdu sa pertinence. Il va s'agir d'apprendre à vivre sans la sécurité que nous jugions exigible. Et une chose est sûre : l'individu isolable, pour qui la propriété est synonyme de liberté, de droit de faire, sans scrupule mais en toute sécurité juridique, ce que la loi n'interdit pas, n'est pas seulement une bizarrerie anthropologique au vu de la multiplicité des manières éco-sociales de « faire commun » qu'ont cultivées les peuples avant la grande éradication. Il est aussi, s'il en a les moyens, celui qui promouvra le « malheur aux vaincus » synonyme de barbarie¹⁰⁹. C'est pourquoi, même si les perspectives que nous venons

¹⁰⁷ Br. Latour, *La Fabrique du droit, o.c.*, passim et Br. Latour, *Enquête... o.c.*, p. 358-379. Aussi : L. De Sutter, *Deleuze. La pratique du droit*, Paris, Michalon, collection Le bien commun, 2009 ; P. Ewick & S. Silbey, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago/London: The University of Chicago Press, 1998 ; S. Gutwirth, P. De Hert & L. De Sutter (2008), « The Trouble with Technology Regulation from a Legal Perspective. Why Lessig's 'Optimal Mix' will not Work », in R. Brownsword and K. Yeung, *Regulating Technologies*, Oxford: Hart Publishers, 2008, p. 193-218 ; S. Gutwirth, « Providing ..., l.c. » ; K. McGee, « The Fragile Force of Law: Mediation, Stratification and Law's Material Life », *Law, Culture and the Humanities*, 2012, 1-24 ; N. Van Dijk, « The Life and Deaths of a Dispute : an Inquiry into Matters of Law », in K. McGee (ed.), *Latour and the Passage of Law, o.c.*, p. 160-196 et N. Van Dijk, « Approaching Law through Conflicts », *Law and Method*, 2011/1, p. 44-63.

¹⁰⁸ Ce que Félix Guattari appelle écosophie vise le régénération des écologies terrestres, mentales et sociales dont, dans *Les trois écologies (o.c.)* il a diagnostiqué le caractère inséparable (cf. *supra*).

¹⁰⁹ Dans I. Stengers, *Au Temps des catastrophes (o.c.)* cette barbarie est préfigurée par le destin des pauvres, laissés sur place à La Nouvelle Orléans, alors que ceux qui en avaient les moyens quittaient la ville avant que l'ouragan Katrina ne la dévaste.

d'esquisser peuvent apparaître spéculatives, voire même aberrantes, nous pensons qu'elles peuvent être utiles à titre d'essai. Le but d'un tel essai est clair. Il est d'apprendre à « prendre au sérieux » ce qui se prépare, ce qui est déjà en train d'arriver, c'est-à-dire d'apprendre à imaginer non la fin du monde – nos descendants et les leurs auront à vivre dans les ruines que nous leur laisserons – mais la fin de « notre » monde, qui se voulait purement humain.

Les juristes, bien sûr ne sont pas seuls en cause. Toutes les institutions modernes qui, d'une manière ou d'une autre, sont héritières de l'éradication qu'elles ont acceptée comme le prix du progrès le sont pareillement. Il n'est pas question ici de culpabilité, car la culpabilité n'aidera en rien ces descendants – et notamment ceux que ces institutions forment aujourd'hui. Il s'agit de devenir capable de raconter d'autres histoires, qui nourrissent leurs imaginations, qui ne les enferment pas dans la dénonciation mais les aident à se défaire des évidences qui mobilisent, qui se présentent comme un rempart nécessaire contre l'arbitraire ou l'irrationalité. Deux propositions peuvent ici nous guider : Hannah Arendt propose de nous risquer hors de ces remparts, d'« exercer son imagination à aller en visite »¹¹⁰ ; Donna Haraway propose d'apprendre à « *stay with the trouble* »¹¹¹, de nous laisser forcer à penser par ce qui nous trouble plutôt que d'adhérer à une solution qui le ferait disparaître.

¹¹⁰ H. Arendt, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, trad. M. Revault d'Allonnes, coll. « Essais », Seuil, 2003, p. 72.

¹¹¹ D. Haraway, *Staying with the Trouble, Making Kin in the Chthulucene*, Londres & Durham, Duke University Press, 2016.