Contribution d'Ugo Mattei pour la séance du 6 avril 2011

dupublicaucommun.blogspot.fr /2011/03/contribution-dugo-mattei-pour-le-seance.html

L'Etat, le marché et quelques questions préliminaires à propos du commun

Introduction. La sagesse dominante.

Cette vision, qui place sur l'Etat le poids spécifique de la satisfaction des droits sociaux, est cohérente avec l'évolution de la jurisprudence occidentale. Depuis la révolution scientifique et la Réforme, la justice sociale a été exclue du cœur du droit privé . La notion scolastique de loi, qui s'enracine dans la conception développée par les jésuites de l'université de Salamanque au XVIe siècle pour laquelle il y a deux concepts de justice – distributive et commutative – a été abandonnée dès le début de la jurisprudence occidentale moderne. A partir de Grotius (XVIIe siècle), les questions sur la justice ont été assimilées à celles de l'équité dans l'échange contractuel entre individus. Selon cette vision, la distribution de ce qui est censé appartenir à toute la société et pas seulement à ses éléments a été considéré comme un fait social : la justice a alors été exclue de la science juridique. L'économie, qui s'est développée comme une branche autonome du savoir au XVIIIe siècle, partage une telle vision. D'après cette sagesse dominante, les questions de distribution ne peuvent faire partie d'un discours scientifique fondé sur le positivisme. La distribution est considérée comme relevant bien plus du domaine des valeurs politiques que des faits mesurables empiriquement. La justice distributive devient une question politique qui doit être gérée (si elle doit l'être) par les institutions d'Etat et de droit public. La naissance de l'Etat providence au début du XXe siècle a été considérée comme une intervention exceptionnelle de régulation (par des politiques fiscales) dans l'ordre du marché, avec comme objectif spécifique de garantir une forme de justice sociale aux membres les plus faibles de la société. En Occident, depuis lors, la justice sociale n'a plus été capable de revenir au cœur du discours sur les droits fondamentaux, et par conséquent est demeurée constamment à la merci d'une crise fiscale : pas d'argent, pas de droits sociaux !
Aujourd'hui, le concept de commun peut fournir exactement les outils, à la fois légaux et politiques, dont nous avons besoin pour contrer la marginalisation progressive de la justice sociale. Etant en dehors de l'opposition de l'Etat contre le marché, le commun, en tant que cadre institutionnel, propose un paradigme juridique alternatif, offrant une plus équitable distribution des ressources, avec pour conséquence directe la justice sociale.

Envisager le commun.

L'actuelle conception présente l'opposition entre « le public » (le domaine de l'Etat) et le « privé » (le domaine du marché et la propriété privée) comme épuisant la série des possibilités (dans une sorte de jeu à somme nulle). Cette impasse est le résultat de la tradition moderniste qui est encore dominante aujourd'hui en droit et en économie politique. Elle dissimule le commun à la vue du public. Le commun est, cependant, l'ensemble des ressources qui appartiennent au peuple parce qu'elles sont de l'ordre de la nécessité, et qui réclament un accès libre. Le commun s'oppose radicalement à la fois à l'Etat et à la propriété privée puisqu'ils sont tous les deux produits par les forces du marché. Le commun ne peut faire l'objet de concessions. Si le commun est convenablement théorisé et envisagé du point de vue politique il peut alors avoir la fonction décisive de réintroduire la justice sociale au cœur du discours juridique et économique en ouvrant au peuple un moyen d'action directe.
Le commun fournit des services qui sont souvent considérés par leurs bénéficiaires comme étant garantis : ceux qui bénéficient du commun n'ont pas conscience de la valeur intrinsèque de ce qu'ils reçoivent, ils ne s'en rendent compte que lorsque celui-ci est détruit et quand il faut trouver un substitut. En un sens, les services universels fournis par le commun sont similaires au travail domestique, ils ne sont jamais remarqués quand ils sont effectués. C'est seulement quand personne n'est là pour les prendre en charge qu'on mesure leur valeur. En d'autres mots, on ne vient à manquer d'une chose que lorsque celle-ci est perdue. On peut voir deux exemples frappants de cette situation avec le cas de la mangrove et avec celui de la barrière de corail : les gens qui vivent sur leurs côtes ne sont pas capables d'estimer la valeur du service qu'elles remplissent simplement parce qu'ils ne savent pas que ces biens ont une fonction spécifique, et que la mangrove et la barrière de corail sont en train de faire quelque chose pour eux. C'est seulement quand le tsunami frappe, en détruisant des

villages, que la valeur de cette végétation apparaît. Toujours est-il qu'avant même cette destruction les mangroves jouaient un rôle majeur dans la protection des villages côtiers contre les vagues des tsunamis. Il serait extrêmement coûteux de construire une barrière artificielle équivalente.

Déraciner la source de l'actuelle « sagesse dominante » dans la tradition juridique occidentale.

Il est possible de dire que le commun disparaît du fait d'une incompatibilité structurelle qui tient aux aspects les plus enfouis de la légalité occidentale, légalité qui se fonde dans la combinaison universalisante et exhaustive de l'individualisme et de la dichotomie de propriété publique et de la propriété privée.
Des siècles plus tôt, dans la Rome antique, les clans étendaient souvent leurs possessions terriennes par l'usurpation du commun ; la privatisation du commun a déjà été décrite par Engels comme l'aspect économique le plus fondamental du développement occidental. Ainsi, le droit occidental a joué un rôle très important dans la destruction du commun, et sûrement pas dans sa protection. Il semble que ce soit encore l'objectif du développement dans le capitalisme cognitif : que l'on pense aux poursuites engagées contre les échanges peer to peer sur internet.
De plus, il a toujours été problématique pour le commun de trouver quelqu'un qui veuille le représenter devant une cour et poursuivre ceux qui tentent de s'en emparer. Hier comme aujourd'hui, ceux qui bénéficient le plus du commun ne sont pas les propriétaires au sens technique du mot, mais bien davantage les fermiers pauvres (aujourd'hui les jeunes surfeurs sur internet) qui n'ont pas les moyens d'avoir accès au le système judiciaire. Qu'on se souvienne de la facilité avec laquelle ces fermiers ont été victimes des enclosures en Angleterre, qui ont constitué la phase décisive du développement du début du capitalisme en fournissant la force de travail prolétaire nécessaire au développement des manufactures. De telles enclosures et une telle production de force de travail issue des paysans dépossédés n'auraient pas été possibles sans l'alliance fondamentale entre les propriétaires et l'Etat.

Déchirer le voile de la dichotomie supposée entre l'Etat et la propriété privée.

Le débat opposant le public au privé présente une dichotomie fallacieuse, une distinction sans différence. L'Etat n'est plus la représentation démocratique d'un agrégat d'individus, mais un acteur du marché parmi d'autres. La collusion entre l'Etat et les intérêts privés, avec les mêmes acteurs (les firmes) des deux côtés de l'équation, ne laisse qu'un tout petit espace pour un cadre « du commun », sans considération aucune de l'évidence des bénéfices.
La propriété privée et l'Etat sont les deux institutions légales et politiques majeures qui soutiennent la représentation dominante du monde. La sagesse commune les présente comme radicalement conflictuelles. Cela veut dire, d'un point de vue formel, que l'Etat et le marché ont une relation à somme nulle : plus d'Etat équivaut à moins de marché et plus de marché équivaut à moins d'Etat. Dans ce schéma réducteur, l'Etat et la propriété privée deviennent la quintessence des pôles d'une opposition entre le public et le privé. Bien sûr ce tableau est totalement faux que ce soit du point de vue historique ou actuel, parce que ces deux entités, en tant qu'institutions sociales vivantes, ne peuvent être, structurellement, qu'enchainées dans une relation de symbiose. L'opposition tranchée fictive entre les deux est un choix idéologique précis de la tradition individualiste. Cette réduction cache une structure commune de la propriété (le marché) et de la souveraineté (l'Etat) fondée sur la concentration du pouvoir. Des structures privées (les firmes) concentrent les processus de décisions et le pouvoir d'exclusion dans les mains d'un sujet (le propriétaire) ou bien d'une élite (le DG). De même, les structures publiques (la bureaucratie) concentrent le pouvoir au sommet de la hiérarchie de la souveraineté.
Ces deux archétypes sont inscrits dans une structure fondamentale : la domination d'un sujet sur un objet (un bien privé, une organisation, un territoire). Une telle prétendue opposition entre deux domaines qui partagent une même structure est le résultat de la pensée moderne, cartésienne, réductionniste, quantitative et individualiste. Le sujet individuel laissé seul, narcissique et manquant, trouve la satisfaction de ses désirs dans les productions, les services et les objets externes. C'est cet horizon relationnel appauvri qui a produit notre isolement de la nature (nous la possédons donc nous n'en sommes pas un de ses éléments), qui a été scientifiquement construit comme « objectif » et mesuré par un système de prix à payer pour la satisfaction de « besoins » variés et de plus en plus complexes.
La fiction individualiste typique de la tradition libérale (le mythe de Robinson Crusoe) induit des besoins

marchands par la destruction de l'expérience communautaire. Plus un individu solitaire a de besoins, plus il sera possible d'obtenir de l'argent pour la satisfaction de ses besoins. Ainsi le paradigme qualitatif, fondé sur une relation signifiante, le cède au paradigme quantitatif. Malheureusement, l'écologie et la pensée systémique, qui sont les paradigmes capables de révéler à quel point ces dynamiques d'accumulation individualiste sont dévastatrices pour la vie communautaire, sont, de façon notable, absentes des réflexions politiques contemporaines qui ont choisi les sciences sociales (et particulièrement la micro économie, les sciences politiques et le marketing) comme seuls supports de la pensée. Contrairement à ce que dit la fameuse phrase de Garreth Hardin dans la « Tragédie du commun », « un commun est un lieu où la loi est absente et par conséquent un lieu en ruines », il semble que l'Etat et le marché qui s'appuient sur « l'individu » comme sur son objet sont en fait aujourd'hui coupables cette ruine.

La tragédie du commun : deux visions du monde dans le conflit opposant la compétition et la coopération.

L'individualisme égoïste est la présupposition centrale qui étaie l'analyse de Hardin. Seule une application très crue du modèle de l'homo economicus, à savoir d'un maximisateur individuel d'utilité à court terme, peut expliquer les résultats (et le succès académique) d'une prétendue « tragédie du commun ». En fait la parabole bien connue du microbiologiste Harret Hardin, présentée au public dans son essai fameux de 1968, a pervertie la sagesse commune et fait du commun une lieu où la loi est absente. Selon Hardin, une source commune, et donc librement appropriable par chacun, stimule le comportement opportuniste d'accumulation et, pour finir, une consommation destructrice et « inefficace ». Ce raisonnement évoque l'image d'une personne invitée à un buffet où la nourriture est en libre-service et qui au lieu de partager le butin avec les autres, se rue dessus dans le dessein de maximiser le nombre de calories qu'il peut stocker aux dépends des autres, c'est-à-dire consommant la plus grande quantité de nourriture dans le moins de temps possible.
La tragédie du commun met en lumière deux représentations du monde en conflit. La représentation dominante du monde, substantiellement fondée sur l'idée du darwinisme social, qui fait de la compétition, de la lutte et de l'émulation entre les personnes physiques et morales une essence de la réalité. Il existe de nombreux récits possibles pour expliquer l'abandon du modèle fondé sur la communauté en Occident ; le plus pertinent pour notre propos considère sa disparition comme le produit d'une modernisation « progressive » des forces du marché s'appuyant sur des institutions politiques publiques. Le fait est que l'alliance entre les institutions publiques et les intérêts de la propriété privée a été la force qui a poussé à la course à la colonisation, à l'enclosure des communs en Angleterre au XVIIe siècle et à l'accroissement de la concentration du capital (l'accumulation initiale dans la mémoire marxienne). La vision récessive du monde est fondée, par contre, sur une approche écologique et holiste du monde et s'appuie sur les concepts de relation, de coopération et de communauté. Ce modèle, encore présent dans l'organisation de communautés de la « périphérie » continue de subir les assauts sans merci des plans d'ajustement structurels et de développement compréhensif de la Banque mondiale et du Fond monétaire international qui poussent à la modernisation. De tels efforts de modernisation ont encouragé et produit la « marchandisation » des terres et du savoir local, soutenu par un processus d'ajustement culturel qui sert de rhétorique justificatrice à un pillage constant.

Aller au-delà de la tragédie.

Elinor Ostrom et son équipe de chercheurs en sciences sociales a bien montré à travers un nombre écrasant de preuves empiriques que les accords pris dans le cadre de la propriété coopérative sont de fait positifs et que les individus ne détruisent pas la réserve de leurs ressources communes. Le travail d'Ostrom marque indéniablement un tournant dans la critique de la théorie économique. Il réfute la tragédie de Hardin, mais de fait échoue à montrer que les corporations et les Etats, et même peut-être les individus, se comportent de fait bien de telle sorte qu'ils produisent la tragédie. Sans considération pour le contexte historique, politique et juridique de la lutte entre les membres du commun d'une part et l'alliance contre-nature de l'Etat et de la propriété privée de l'autre, les résultats d'Ostrom restent donc limités dans leur application possible. Le droit des biens depuis ses premiers développements en Occident a participé à la justification du pouvoir des souverains dominants sur les sujets les plus faibles dans un brutal processus d'exploitation. Le droit de la propriété a continué dans cette direction par la théorie de la terra nullius pendant la période de la colonisation. Dans des temps plus récents, ce type de domination a pris une forme plus subtile et plus hégémonique mais c'est précisément cela qui fait agir les firmes comme des maximisateurs de profits à court terme sans relâche ni merci. Que l'issue du commun soit

considérée comme tragique (Hardin) ou non (Ostrom), cette approche du commun ne surmontent pas la marchandisation. Ces approches contribuent même à une longue tradition de la pensée moderniste qui assure une place à l' individualisme radical et au démantèlement à venir du domaine public au profit des intérêts privés. La perversité de la fausse opposition entre l'Etat et le marché, telle que nous venons de la voir, empêche la littérature sur le commun de rompre trop radicalement avec la marchandisation. Les actuelles taxinomies qui tentent d'ordonner les différents types de communs (communs naturels – environnement, eau, etc. – vs. communs sociaux – culture, savoir, mémoire historique) ne rendent pas complètement compte des changements nécessaires pour une approche plus phénoménologique de nos problèmes. La réduction du commun à des marchandises limite en fait son champ et par conséquent limite aussi le potentiel révolutionnaire fondé sur la revendication légitime d'une redistribution égalitaire des ressources radicale. La plupart de la littérature libérale nobélisée doit faire l'objet d'un examen critique approfondi pour éviter de reproduire encore la traditionnelle représentation mécaniste qui sépare le sujet et l'objet et dont le résultat est la marchandisation. A partir des données empiriques aujourd'hui disponibles, nous devons réévaluer, de manière critique, nos institutions actuelles et reconquérir notre sens commun sur l'enjeu que constitue la distribution des ressources, perverti depuis trop longtemps par l'agenda libéral de la modernité. Le projet lié au commun se doit d'être un nouveau cadre pour un gouvernement participatif conçu comme un agencement alternatif de la propriété.

La révolution holiste : la réhabilitation du sens du commun.

De façon assez intéressante, le récit contre-hégémonique s'opposant à la pierre de touche de l'individualisme émane des sciences. Des attitudes holistes, fondées sur une cartographie qualitative des relations plutôt que sur des mesures quantitatives et sur le réductionnisme positiviste de Galilée, Descartes et Newton, émergèrent finalement dans les sciences à travers la physique ou la biologie des systèmes. La mécanique quantique en particulier, et la théorie de la relativité d'Einstein, ont causé une révolution épistémologique que des disciplines plus récentes comme les sciences cognitives ou les sciences de la conscience tentent de prendre en compte. Cette révolution holistique a, sur un plan philosophique, des racines anciennes, depuis les investigations ontologiques d'Aristote jusqu'a des philosophes plus tardifs comme Husserl ou Heidegger qui emploient des concepts phénoménologiques comme « fundierung » ou « pertinence » pour mettre en évidence la fin d'un monde objectif où les sujets sont séparés de leurs objets d'observation (ou encore où les individus sont séparés de leur environnement proche). En dépit de la richesse de l'empreinte produite par la révolution holiste dans ces disciplines, cette révolution doit encore être adoptée par les sciences sociales. Là, la tradition empirique anglo américaine (qui s'enracine dans le scientisme de Bacon) domine encore le paysage académique, tout particulièrement en économie, en science politique et en sociologie, mais aussi dans les traditions anglo-américaines de philosophie analytique ainsi que dans l'étude du droit.
Le commun ne peut être décrit uniquement à partir d'une perspective phénoménologique et holiste et sa compréhension est donc incompatible avec les réductionnismes dont nous venons de parler. Le commun est radicalement incompatible avec l'idée de l'autonomie individuelle telle qu'elle a été développée dans la tradition capitaliste fondée sur les droits individuels. A cet égard, le commun est une catégorie écologique et quantitative basée sur l'inclusion et le droit d'accès alors que la propriété et l'Etat souverain sont des catégories économiques et quantitatives fondées sur l'exclusion et la concentration violente du pouvoir dans un nombre de mains réduit. Tout cela exige évidemment l'attention du juriste à qui s'impose la tâche difficile et urgente de construire une fondation nouvelle pour un ordre légal capable de transcender le dualisme propriété - Etat inhérent à l'actuel ordre juridique. Etant donné la prédominance qui a été accordée à la propriété privée, à l'individualisme et à la compétition comme bases de l'actuel ordre juridique, le nouvel ordre doit contrebalancer ce déséquilibre en mettant en évidence la collectivité et le commun comme centre, en créant un fondement institutionnel se préoccupant d'une viabilité à long terme et d'une inclusion de tous les membres du commun global y compris les plus pauvres et les plus vulnérables (humains et non humains). Pour ce faire nous avons besoin tout d'abord de nous émanciper épistémologiquement (et politiquement) des appétits prédateurs aussi bien de l'Etat que de la propriété privée, qui sont les deux composantes fondamentales de la pensée dominante impérialiste occidentale. Le commun se trouve au –delà de l'opposition réductionniste « sujet-objet » qui produit la marchandisation de ces derniers. Le commun, contrairement aux biens privés et aux biens publics, n'est pas une marchandise et ne peut être exprimé dans les termes de la possession ; le commun exprime une relation qualitative. Il serait réducteur de dire qu'on possède un bien commun, il faut prendre en compte le fait que nous faisons partis du commun dans la mesure où nous faisons partie d'un environnement, un écosystème urbain ou

rural. Ici, le sujet est une partie de l'objet. C'est pourquoi les biens communs sont inséparablement liés et relient les individus, les communautés et l'écosystème lui-même.

Une transformation politique

Aujourd'hui nous pouvons voir des exemples tout autour de nous, depuis le réchauffement climatique à la crise économique, du fait que le paradigme holistique, politiquement récessif mais philosophiquement plus sophistiqué, nous propose un une transformation fondamentale et nécessaire de notre perception de la réalité. Dans ce contexte, la notion de commun peut donner les moyens d'une réflexion institutionnelle sur le besoin de rejeter l'illusion du libéralisme et du rationalisme modernes. C'est pourquoi nous ne pouvons pas nous contenter de voir dans le commun une troisième voie entre la propriété privée et l'Etat comme le suggère le plus souvent le débat actuel. Il est certain que, dans le cadre de la résurgence actuelle de l'intérêt académique pour cette notion, le commun est réduit à un cadre institutionnel proposé pour gérer les laissés pour compte du banquet historique de l'occident qui occupe avec les Etats et la propriété privée (le mythique marché) l'essentiel de la scène politique. Au contraire, nous croyons que le commun doit être promu comme une structure institutionnelle qui questionne réellement tant le domaine de la propriété privée – et ses instruments idéologiques comme l'autonomie de la volonté ou le marché – que l'Etat : non pas une troisième voie, mais un ennemi légitimé par l'écologie de l'alliance la propriété privée et l'Etat. La transformation que nous avons besoin à présent d'accomplir d'un point de vue politique – et pas seulement théorique – consiste à transformer la pensée dominante de l'absolue domination du sujet (comme le propriétaire ou l'Etat) sur l'objet (le territoire et plus généralement l'environnement) pour se concentrer sur la relation des deux (sujet-nature). Nous avons besoin d'un nouveau sens commun reconnaissant au-delà de l'hubris libérale occidentale que la survie de chaque individu dépend de sa relation aux autres, à la communauté et à son environnement. Le premier objectif nécessaire apparaît alors : il faut passer d'une attention donnée au quantitatif (l'idée fondamentale de la révolution scientifique et de l'accumulation capitaliste) à la notion centrale de qualité de la vision holiste alternative.
Un système légal fondé sur le commun se doit d'utiliser l'écosystème comme modèle, là où une communauté d'individus ou de groupes sociaux sont unis par une connexion horizontale mutuelle en un réseau où le pouvoir est dispersé ; l'idée de hiérarchie est plus généralement rejetée (ainsi que celle de compétition produite par la même logique) et on lui préfère le modèle participatif et collaboratif, qui protège contre la concentration de pouvoir dans un seul parti ou une seule entité tout en plaçant au centre les intérêts du groupe. C'est seulement dans ce cadre que les droits sociaux peuvent être satisfaits. Dans cette logique un élément du commun (l'eau, la culture, l'internet, la terre, l'éducation) n'est pas une marchandise mais au contraire un élément d'une conception de la réalité qui défie radicalement par les armes de la critique et parfois par la critique des armes la tendance apparemment irrésistible de la privatisation/sociétarisation financière.

Conclusion

Même aujourd'hui, en dépit la dramatique crise financière de 2008, alors que l'idéologie du marché (et du libre échange) a montré sa nature catastrophique, l'intervention de l'Etat, doublée d'un programme keynésien, a été utilisée pour le transfert massif d'argent public vers le secteur privé. La logique de pillage partagée par les secteurs privé et public ne pouvait pas être plus manifeste. Il est claire que nous aurions besoin d'une extension très large de la structure du commun pour subvertir la domination de la propriété privée (ainsi que la rhétorique de l'autonomie et de l'état de droit) qui soutient actuellement aussi bien l'Etat que le marché. L'expansion du commun favorise la logique opposée, celle d'une authentique démocratie participative dans les domaines de l'Etat et du marché. L'agenda : « moins de gouvernement, moins de marché, plus de commun » est, je crois, l'unique voie pour ressusciter une proposition alternative d'intégration sociale (et de satisfaction directe des droits sociaux) capable de reconquérir l'hégémonie.

Traduit de l'anglais par David Dominé-Cohn

The State, the Market, and some Preliminary Question about the Commons 1

Introduction. Dominant wisdom.

Social justice is pursued in Western democracies by the (currently declining) institutions of the Welfare State. Access to social justice programs are usually understood as provided by “rights of second generation.” These social rights are not merely negative (shields against infringement), like property rights, but are considered positive i.e. requiring a specific obligation of the State.
This vision, which places the specific burden of satisfaction of social rights on the State, is coherent within the evolution of Western jurisprudence. Since the Scientific Revolution and the Reformation, social justice has been expelled from the core domain of private law.2 The Scholastic notion of law, still rooted in the Jesuit jurists of Salamanca (XVI century) according to which there were two concepts of justice – distributive justice and commutative justice – was abandoned at the outset of modern Western jurisprudence. Starting from Grotius (XVII century), concerns over justice were equated to issues over fairness in contractual exchanges entered into by individuals. According to this vision, distribution, which was intended to pertain to the whole society and not just to its parts, was assumed as a social fact: distributive justice was expelled from legal science. Economics, developed as an autonomous branch of knowledge in the eighteenth century, shared such a vision.3 According to this dominant wisdom, issues of distribution cannot be part of a scientific discourse based on positivism. Distribution is considered entirely in the domain of political values rather than empirically measurable facts. Distributive justice became a matter of politics to be dealt with (if at all) by State institutions of public law. The birth of the Welfare State in the early twentieth century was thus considered as an exceptional intervention by regulation (by means of fiscal policy) into the market order, with the specific aim to guarantee some social justice to the weaker members of society. In the West, since then, social justice was never able to capture again the core of rights discourse, and consequently has remained constantly at the mercy of fiscal crisis: no money, no social rights!4The concept of the commons can provide today exactly the necessary tools, both legally and politically, to addressing the incremental marginalization of social justice. Being outside of the State/Market duopoly, the Commons, as an institutional framework, presents an alternative legal paradigm, providing for more equitable distribution of resources and as a direct consequence, social justice.

Seeing the Commons

The current vision presents the opposition between “the public” (the domain of the State) and “the private” (the domain of the market and of private property) as exhausting all the range of possibilities (in a sort of zero sum game). This gridlocked opposition is a product of the modernist tradition still dominant today in law and in economics. It hydes the commons from the public vision. The commons, however,5 are resources which belong to the people as a matter of necessity, claim free access, and radically oppose both the state and private property as shaped by market forces. They are not concessions. If properly theorized and politically perceived, the Commons can serve the crucial function of reintroducing social justice into the core of the legal and economic discourse by empowering the people to direct action.
The commons provide services which are often taken for granted by their users: those who benefit from the commons do not take into account their intrinsic value, only acknowledging it once the commons are destroyed and substitutes need to be found. To some extent, the universal services provided by the commons are similar to household work, never noticed when the work is being done. Only when no one is there to do the dishes, you notice its value. In other words you don’t miss something until it is gone. Two striking examples of this feature are represented by mangroves and by coral barriers: people living on the coasts are not able to estimate the value of the services they provide simply because they don't even know that these goods have a specific function, that they are doing something for them. Only when a Tsunami hits, destroying villages, the value of such vegetation becomes apparent.6 However, prior to their destruction, mangroves played a major role in protecting coastal villages from tsunami waves. It would be highly expensive to build a similar barrier artificially.

Unearthing the Source of the Current “Dominant Wisdom” in the Western Legal tradition

It could be said that the commons disappear as a result of a structural incompatibility inherent in the deepest

aspects of the Western “legality,” a legality that is founded on the universalizing and exhaustive combination of individualism with the State\ private property dichotomy.
Centuries before, in ancient Rome the early clans routinely extended their landholdings by usurping the commons and the privatization of the commons was already described by Engels as the most fundamental economic pattern of European development. Thus Western law has served a very important role in destroying the commons, certainly not in protecting them.7 This still seems to be the pattern of development in cognitive capitalism:8 think about prosecution of peer to peer internet exchanges.
Furthermore, it has always been problematic for the commons to find someone that would represent them in court, by suing those who tried to seize them. Both historically and today, those who benefit most from the commons are not “owners” in the technical sense, but usually poor farmers (or today young internet surfers) with no means of getting into the court system. Let’s remember how easily such farmers fell victim to the enclosures in England, the crucial phase in the development of early capitalism which provided the necessary proletarian workforce for the rising manufactures. Such enclosures and such violent production of workforce from dispossessed peasants would simply have been impossible outside of the fundamental alliance between private ownership and the State.9

Piercing the Veil of the supposed Dichotomy between the State and private property.

The state v. private debate presents a false dichotomy, a distinction without a difference. The state is no longer the democratic representation of the aggregate of individuals, but instead a market actor among many. The collusion or merger of state and private interests, with the same actors (corporations) on both sides of the equation, leaves little room for a “commons” framework, no matter how convincing the evidence about the benefits may be.
Private property and the State are the two major legal and political institutions that carry on the dominant view of the world. The common wisdom, presents them as radically conflicting. It assumes, in a cryptic way, that state and the market have a zero-sum relationship: more state is equal to less market and less market is equal to more state. In this reductive scheme the state and private property become quintessential of public and private poles of opposition. Of course this picture is totally false on both historical and modern levels because the two entities, as social and living institutions, can only be structurally linked in a relationship of mutual symbiosis. The fabricated clear-cut opposition between the two is a precise ideological choice of the individualistic tradition.10
This reduction hides a common structure of property (market) and sovereignty (state) based on the concentration of power. Private structures (corporation) concentrate their decision making and power of exclusion in the hands of one subject (the owner) or within a hierarchy (the CEO). Similarly, public structures (bureaucracy) concentrate power at the top of a sovereign hierarchy.
Both archetypes are inserted into a fundamental structure: the rule of a subject (an individual, a company, the government) over an object (a private good, an organization, a territory). Such pretended opposition between two domains that share the same structure is the result of modern Cartesian reductionist, quantitative, and individualistic thought. The individual subject left alone, narcissistic and wanting, finds in products, commodities, and external objects the satisfaction of his desires. This impoverished relational horizon, that has produced our alienation from nature (we own it therefore we are not part of it) is scientifically constructed as "objective" and measured by a system of prices to be paid for the satisfaction of various increasingly complex “needs.”
The typical individualistic 'fiction' of the liberal tradition (the myth of Robinson Crusoe) induces market needs by erasing the communitarian experience. The more the lonely individual has needs the more money can be collected to fulfill their satisfaction: Thus the qualitative paradigm, based on meaningful relationship submits to a quantitative one. Unfortunately, ecology and 'systemic' thinking - the paradigms capable of revealing that these dynamics of individualistic accumulation are devastating for community life - are notably absent in contemporary politics, which has elected the “social sciences” (particularly microeconomics, political science and marketing) as its only repository of ideas. Contrary to Garrett Hardin’s famed phrase in the “Tragedy of the Commons,” “a commons is a place of no law and therefore ruin,” it seems that state and market mechanisms, which rely on the “individual” as its object, are in fact the culprits of this ruin today.11

Tragedy of the Commons: Two World Views in Conflict Competition v. Cooperation

Individual selfishness is the central assumption underpinning Hardin’s analysis. the central assumption

underpinning Hardin's analysis. Only the crude application of the model of *homo oeconomicus*,12 an individual maximizer of short-time utility, explains the results (and academic success) of the so-called "tragedy of the commons."13 In fact, the well known parable of the microbiologist Garret Hardin, presented to the public in a famous essay in 1968, has perverted the ordinary wisdom to see the commons as a place of no law.14 According to Hardin, a common resource, as freely appropriable stimulates the opportunistic behavior of accumulation and ultimately destructive and "inefficient" consumption. This reasoning conjures up the image of a person invited to a buffet where food is freely accessible, and rather than sharing the bounty with others, rushes to try to maximize the amount of calories that can be stored at the expense of others, efficiently consuming the largest possible amount of food in the least possible time.

The "Tragedy of the Commons" highlights two worldviews in conflict. The dominant worldview being substantially based on the social Darwinian idea, which makes "competition," "struggle," and "emulation" between physical and legal persons the essence of reality. There are a number of possible narratives capable of explaining the abandonment of the community based model in the West, the most relevant for our purposes views its demise as the product of "progressive" modernizing market forces relying on state-wide political institutions. It is a fact that the alliance between state institutions and private property interests has been the force behind the race for colonial plunder, the enclosure of the commons in eighteenth century England, and the increased concentration of capital (the original accumulation of Marxian memory).15 The recessive world view is instead based on an ecological and holistic approach to the world and displays relationship, cooperation and community as its typical pattern. This model, still present in the organization of communities in the "periphery" continues to suffer a merciless assault by the structural adjustment and comprehensive development plans of the World Bank and International Monetary Fund which push for modernization. Such modernizing efforts have encouraged and resulted in the "commodification" of land, and of local knowledge, supported by a process of cultural adjustment (human rights, rule of law, gender equality etc.) that serves as justifying rhetoric for continuity in plunder.16

Going Beyond the Tragedy

Elinor Ostrom and her team of social scientists successfully demonstrated through an overwhelming amount of empirical evidence that cooperative property arrangements are in fact successful and individuals do not destroy their common pool resources. Ostrom's work undeniably marks a critical turning point in economic theory. It refuted Hardin's tragedy but actually failed to notice that corporations and States, if not individuals, actually do behave in such a way to produce tragedy. Without consideration of the historical, political, and legal context of the fierce struggle between commoners on the one hand and the unholy alliance between the State and private property on the other, Ostrom's findings remains limited in their applicability. Property law from its early development in the West acted to justify the power of dominant sovereigns over weaker subjects in a process of brutal exploitation. Property law continued to persist in this direction by "terra nullus" doctrines during the period of Colonialism. In more recent times, such domination has taken on a more subtle and hegemonic form but it is clearly the cased that in fact corporations tend to operate as relentless and merciless maximizers of short term self interest. Whether the outcome of the commons is considered tragic (Hardin) or not (Ostrom), this approach to the commons does not overcome commodification. Thus they contribute to a long lineage of modernist thought that has secured a place for radical individualism and eventual dismantlement of the public domain in favor of private interests.

The pervasiveness of the false opposition between state and market as discussed above precludes the literature on the commons to radically break with their commodification. Current taxonomies trying to make order out of many types of commons (natural commons – environment, water, etc.. - vs. social commons – culture, knowledge, historical remembrances) do not fully embrace the needed shift to a more phenomenological understanding of our issues. Reducing the commons to commodities actually limit their scope and as a consequence their revolutionary potential based on a legitimate claim for radical equalitarian redistribution of resources. Much of the Nobel prized liberal literature on the commons should be thoroughly examined critically so as to avoid reproducing again the traditional mechanistic view, the separation between object and subject and resulting commodification.17 Alongside the empirical data now available, we must critically assess our current institutions and reclaim our common sense about the issue of resource distribution, perverted too long by the liberal agenda of modernity. The commons project must be as much about a new framework for participatory government as alternative property arrangements.

The Holistic Revolution: Rehabilitating the Common Sense

Interestingly enough the counter-hegemonic narrative to the cornerstone of individualism, originated in the sciences. Holistic attitudes, based on the qualitative mapping of relationships, rather than on quantitative measurements and the positivistic reductionism of Galileo, Descartes, and Newton, also eventually emerged in the natural sciences through physics and systems biology.18 Quantum mechanics in particular, and Einstein's relativity, have caused an epistemological revolution which such newer disciplines as cognitive science and consciousness studies are attempting to address. This holistic revolution, on the philosophical level has ancient roots, from Aristotle's ontological investigations to later philosophers like Husserl and Heidegger, who employed concepts of phenomenology such as "fundierung"19 and 'relevance' to signal the end of an "objective" world where subjects are separate from their objects of observation (or individuals from their very environment). Regardless of the richness of the imprint that this holistic revolution has made in these disciplines, this revolution has yet to be embraced in the social sciences. Here, the Anglo-American empiricist tradition (with roots in Baconian scientism) still dominates the academic landscape especially in economics, political science and sociology and also in the Anglo-American analytical philosophical traditions as well as in the law.
The commons can be described only from a phenomenological and holistic perspective and their understanding is therefore incompatible with the above mentioned reductionism. The commons are radically incompatible with the idea of individual autonomy as developed in the rights-based capitalistic tradition. In this respect, commons are an ecological-qualitative category based on inclusion and access, whereas property and State sovereignty are rather economical-quantitative categories based on exclusion (produced scarcity) and violent concentration of power into a few hands.
All this, evidently requires the jurist's attention to the difficult and urgent task of constructing the new foundation of a legal order capable of transcending the property-state dualisms inherent in the current order. Given the dominance of private property, individualism, and competition as the basis of the current legal order, the new order must correct this imbalance by focusing on the collective and the commons as the center, creating an institutional setting reflecting long term sustainability and full inclusion of all the global commoners including the poorest and most vulnerable (human and non humans). To do so we need first an epistemic (and political) emancipation from the predatory appetites of both the State and private property, the two fundamental components of the dominant imperialistic Western wisdom. Commons lie beyond the reductionist opposition of "subject-object", which produces the commodification of both. Commons, unlike private goods and public goods, are not commodities and cannot be reduced to the language of ownership. They express a qualitative relation. It would be reductive to say that we have a common good: we should rather see to what extent we are the commons, in as much as we are part of an environment, an urban or rural ecosystem. Here, the subject is part of the object. For this reason commons are inseparably related and link individuals, communities, and the ecosystem itself.

Political Shift

Today we can see from examples all around us, from global warming to the economic collapse, that the politically recessive but philosophically more sophisticated holistic paradigm offers us a fundamental and necessary shift in the perception of reality. In this context the commons can offer an institutional setting reflexive of the need to reject the false illusion of modern liberalism and rationalism. This is why we cannot settle to see the "commons" as a mere third way between private property and the state as most of the current debate seems to suggest. To be sure, in the current academic resurgence of interest the commons are reduced to an institutional setting proposed to manage the leftovers of the Western historical banquet which occupies with States and private property (the mythological market) almost the totality of the political scene. To the contrary we believe that the commons must be promoted to an institutional structure that genuinely questions the domains of private property (and its ideological apparatuses such as self-determination and "the market") and that of the State: not a third way but an ecologically legitimized foe of the alliance between private property and the state. The shift that we need now to accomplish politically, not only theoretically, is to change the dominant wisdom from the absolute domination of the subject (as owner or State) over the object (territory or more generally the environment) to a focus on the relationship of the two (subject-nature). We need a new common sense recognizing, outside of the Western liberal hubris, that each individual's survival depends on its relationship with others, with the community,

with the environment. The first necessary shift that becomes apparent is the move from a focus on quantity (the fundamental idea of the scientific revolution and of capitalist accumulation) to quality a key notion of the alternative holistic vision.
A legal system based on the commons must use the "ecosystem" as a model, where a community of individuals or social groups are linked by a horizontal mutual connection to a network where power is dispersed; generally rejecting the idea of hierarchy (and competition, produced by the same logic) in favor of a participatory and collaborative model, which prevents the concentration of power in one party or entity, and puts community interests at the center. Only in such a framework social rights can actually be satisfied. In this logic a common (water, culture, the internet, land, education) is not a “commodity” but rather a shared conception of the reality which radically challenges with the arms of critique and sometimes with the critique of the arms the seemingly unstoppable trend of privatization\corporatization.

Conclusion

Even today, despite the dramatic crisis of 2008, when the free market ideology has shown its catastrophic nature, State intervention dubbed Keynesian policy, has been utilized to transfer massive amounts of public money to the private sector. The logic of plunder shared by both the private and the state sector could not be more open. It should be clear that what we need is rather a very large extension of the commons framework to subvert the domination of private property (with its rhetoric of autonomy and of the rule of law) currently sustained by both the State and the market. Commons expansion favors the opposite logic of authentic participatory democracy in both the State and market domains. The agenda of “less government, less market, more commons” is, I believe, the only way to resurrect an alternative narrative of social inclusion (and direct satisfaction of social rights) capable of re-gaining hegemony.

Notes

1. Alfred and Hanna Fromm Chair of International and Comparative Law, U.C. Hastings.; Professor of Civil Law, University of Turin; Academic Coordinator, The International University College, Turin. This paper was prepared as part of the project “Human Rights of People Experiencing Poverty, organized by DG III Social Cohesion of the Council of Europe. I wish to thank Saki Bailey for long term discussions with me on these ideas and all the participants to the project for the fruitful discussion in Paris.

2. See James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, 1991

3. See Mark Blaug, Economic Theory in Retrospect, 1st ed. 1962

4. See Ugo Mattei & Fernanda Nicola, A Social Dimension in European Private Law?. The Call for Setting a Progressive Agenda, 45 New England L. R. 1-66 (2006)

5. See Beniamino Lapadula & Laura Pennacchi, Privato, Pubblico, Comune. Lezioni dalla crisi globale, Roma, 2010.

6. Lester R. Brown, Plan B 4.0. Mobilizing to Save Civilization, Norton & Company, New York – London, 2009.

7. Friedrich Engels The Mark. in Socialism. Utopian and Scientific , 2006.

8. James Boyle, The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, in 66 “Law and Contemporary Problems”, 2003. 33-75.

9. Michael Tigar, Law and the Rise of Capitalism, 1977.

10. This conflict is at the very origins of liberal individualism. Locke and Hobbes would be the two champions

respectively of private property and of State sovereignty. See C.B. Machpherson, cit. supra.

11. David Feeney, Fikret Berkes, Bonnie J.McCay, and James M Acheson, “The Tragedy of the Commons: Twenty-two years Later,” Human Ecology, Vol. 18, No. 1, 1990. These authors are part of Ostrom’s research team and apply an institutional analysis based on case studies performed over several decades.

12. The concept originating in the work of John Stuart Mill, and in the 18th century brought into mainstream political economy by Adam Smith and David Ricardo.

13. Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, “Science”, 13 December 1968, pp. 1243-1248,

14. See Elinor Ostrom, Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action, 1990

15. See Sandro Mezzadra, La «cosiddetta» accumulazione originaria, in AA.VV., Lessico marxiano, Manifestolibri, Roma, 2008, pp. 23-52.

16. See Ugo Mattei & Laura Nader, Plunder. When The Rule of Law is Illegal, 2008

17. Gian Carlo Rota, The End of Objectivity. The Legacy of Phenomenology, Lectures at MIT 1974-1991 Second Preliminary Edition, in collaboration with Sean Murphy and Jeff Thompson, 1991.

18. Fritjof Capra, The Web of Life. A New Scientific Understanding of Living Systems, 2004

19. Fundierung: a term coined by Heidegger to describe the layers of contextuality which constitute our perception of reality. Martin Heidegger, Being and Time, trans. by John Macquarrie & Edward Robinson, 1962.