

LE DROIT À L'ÉPREUVE DE LA RÉSURGENCE DES COMMONS

Serge Gutwirth et Isabelle Stengers

Dans *La Revue juridique de l'Environnement*, 2016/2, volume 41,
Lavoisier, p. 306-343.

Présentation

Isabelle Stengers est philosophe et professeure à l'Université libre de Bruxelles. Serge Gutwirth est professeur à la Faculté de droit et de criminologie de la Vlaams Universiteit Brussel. Il dirige le centre de recherche Law, science, technology & society studies. Ils se sont associés pour nous livrer cet essai sur la manière dont les juristes pourraient « se laisser forcer à penser par ce qui les trouble » dans la résurgence des *commons*⁵¹, plutôt que d'adhérer à une solution qui ferait disparaître ce trouble ; sur la nécessité, en droit y compris, « de repeupler les imaginations, d'apprendre à raconter d'autres histoires, d'envisager d'autres possibles ».

Les deux premiers points développés dans l'article posent le décor sur fond duquel a lieu cette résurgence des *commons*. Il s'agit de celui du désordre écologique et social dont nous vivons les prémisses aujourd'hui, et qui ne fera que s'aggraver.

⁵¹ Les auteurs justifient l'utilisation de l'anglais car, écrivent-ils, ils tiennent à écarter la possible confusion avec les biens communs ou le patrimoine commun de l'humanité qui ne sont pas leur sujet.

Pour les auteurs il ne s'agit pas de s'adapter à ce désordre et aux changements qu'il implique, mais de se préparer à changer : déjà construire les bases d'autres modalités d'existence qu'appellera inévitablement le désastre à venir.

Ce désastre à venir est la conséquence de l'impuissance consentie (ou de la sympathie) des États face au marché. Il met à mal l'argument/l'utopie néo-libéral(e) selon lequel/laquelle seul le marché libéré de toute contrainte étatique assurera le progrès humain et au nom duquel/de laquelle les lois économiques prétendant à la même universalité que le droit naturel, ont supplanté les lois naturelles, celles qui aujourd'hui provoquent le désastre climatique.

Face à cette situation, les plus endoctrinés des néo-libéraux restent persuadés que « les remèdes possibles au désordre climatique doivent se soumettre au règne hégémonique du marché ». Seule autre alternative à cet aveuglement, un sursaut *in extremis* d'une sorte de force publique mondiale – un genre de super Léviathan, éclairé si possible – qui, assise sur l'échec des démocraties, installerait un régime technocratique qui gérerait le système terre...

Ce *ou bien* le marché *ou bien* le retour de l'État (d'un super État) ne satisfait pas les auteurs. D'où l'urgence, selon eux, de repeupler nos imaginations pour sortir de cette alternative infernale.

Il existe en effet une troisième voie : les *commons*. Troisième voie éradiquée tant par le marché que par l'État, avec la même arme : la propriété, érigée en droit absolu. Troisième voie éradiquée en Europe entre le XVI^e et le XIX^e siècle par la création de nouvelles lois qui détruisent les droits d'usage – le mouvement des enclosures en Angleterre, au fondement du capitalisme. Troisième voie éradiquée dans les colonies – où les peuples autochtones ne pouvaient imaginer un droit de propriété sur la terre – par des expropriations, des massacres

et des asservissements. Il s'agit, au niveau anthropologique, de l'émergence d'un genre d'Homme nouveau : *l'homo oeconomicus*, né de l'anéantissement de ce qui fait commun, « d'une réduction de ses capacités d'entre-aide, d'attention et de souci des conséquences. Un 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. Une bizarrerie anthropologique. Celui qui promouvra "malheur aux vaincus" synonyme de barbarie ».

La résurgence des *commons* prouve aujourd'hui que l'éradication ne fut pas totale, que *l'homo oeconomicus* ne qualifie pas l'ensemble du genre humain. Elle montre également qu'elle n'est pas de l'histoire ancienne, mais le résultat d'une violence continuée.

Dans la troisième partie de leur texte, les auteurs tentent de faire du tri dans ce mouvement du retour des *commons*. Sous ce même dénominateur, les auteurs identifient en effet toute une série de pratiques diverses, variées, disparates qu'il semble utile de distinguer pour mieux les comprendre et parce qu'elles demandent une approche juridique différente.

Les trois grands foyers qui nourrissent l'imaginaire d'un retour des *commons*, illustrent bien la disparité du phénomène :

1. Il y a tout d'abord la résistance au mouvement d'appropriation de l'information, du savoir, de la culture par des mécanismes privatifs du droit à la propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur). Cette opposition à l'appauvrissement du domaine public, qui ne devient plus que « le négatif d'une activité privative extensive », se traduit par la création de « nouveaux commons » : l'encyclopédie en ligne Wikipedia, le système d'exploitation Linux, les licences GPL, Creative Commons ou Copyleft, les revues scientifiques *open access*, etc. Tous ces nouveaux espaces montrent que « l'ouverture,

l'accès libre et la mise en commun, de biens informationnels stimulent une productivité et créativité collaborative formidables».

2. Le deuxième foyer, ce sont les travaux d'Elinor Ostrom qui démontrent, par des analyses de cas précis, le caractère complètement faux du raisonnement de Garrett Hardin (qui avait écrit dans son article « La tragédie des Communs » qu'une gestion collective d'une ressource ne pouvait aboutir qu'à une surexploitation et *in fine* à son extinction) et le fait que certaines ressources gérées en *commons* – arrangements collectifs auto-gestionnaires – ne s'opposent pas à la rationalité économique, tout en étant durables et en se passant du marché et de l'État.

3. Le dernier foyer est celui des revendications des peuples autochtones sur leurs territoires ancestraux. Ces revendications permettent une prise de conscience d'un autre rapport à la terre chez les populations autochtones qui « ne se considèrent pas comme “maîtres et possesseurs” ou “propriétaires” des terres, mais qui fabriquent et entretiennent des liens de réciprocité et d'interdépendance avec elles ». Les combats de ces peuples autochtones ont abouti à des reconnaissances internationales, avec des textes tels que la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement (1992), ou la Déclaration des Nations unies sur les Droits des peuples autochtones (2007), ou encore la Déclaration Universelle des Droits de la Terre Mère (2010). Toutes sans force contraignante toutefois.

Il est important pour les auteurs, qui s'adressent en premier lieu aux juristes et futur-juristes, de bien distinguer ces différents types de *commons*. En effet, d'un point de vue juridique, les problèmes posés par l'accès nécessaire de tous à l'eau, la pluie, la lumière, la mer, l'air, sont différents de ceux posés par la gestion d'une ressource par un collectif. Et différents encore de ceux posés par les communs informationnels, qui

sont relatifs à des biens non-rivaux, cumulatifs, abondants, aisément reproductibles, etc. Est également nécessaire la distinction entre les pratiques de *commoning* qui naissent d'une résistance actuelle au triomphe de la propriété privée et celles qui marquent la résurgence de manières anciennes de faire commun.

Il existe des outils juridiques à mobiliser, déjà, pour protéger des pratiques de coopération, de partage, de bénéfices mutuels toutes menacées. Mais il s'agit aussi de se monter inventif dans l'interprétation des sources du droit afin de développer des outils juridiques qui permettraient de nouvelles pratiques de communs. Il s'agit surtout de se montrer combatif. Dans de nombreux cas, les pratiques du commun vont à l'encontre d'une législation en vigueur tributaire et vectrice de leur éradication. L'éclatement du droit à la propriété en un faisceau de droits (autre apport d'Elinor Ostrom), qui permet de le limiter son caractère absolu, ne change rien à l'affaire : « 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. [...] 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 titulaires de droits établis, qu'ils soient publics ou privés. »

Après avoir décrit ce contexte difficile (parce qu'il n'y a pas de pratique de commun reconnue comme instituante, c'est-à-dire donnant des droits ; parce que le cadre législatif

actuel, né de la modernité, ne favorise pas, voire empêche, les pratiques du commun) duquel devrait émerger un droit au *commoning*, les auteurs, dans la quatrième partie de leur article, essaient d'imaginer ce que serait un droit au *commoning* et tentent de le caractériser.

C'est tout d'abord un droit qui met en question la souveraineté de l'État et celle du propriétaire. Ce n'est pas pour cela qu'il implique la disparition de l'État : l'État doit assister, soutenir, favoriser « l'institutionnalisation de démarches de *commoning*, qui, de manière subsidiaires et polycentrique, se donnent la capacité de rendre la satisfaction de droits humains ». Le droit au *commoning* devrait 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, à la santé, à l'alimentation, à un environnement sain ».

Si un droit au *commoning* ne s'oppose pas forcément à l'État, il s'oppose au marché. Il ne peut vivre à côté du marché. On ne pourrait se satisfaire d'une loi qui donnerait autant de chance aux *commons* qu'au marché, car les *commons* sont une proie pour ce dernier.

Les pratiques du commun réclament « un droit terrestre, capable de 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 et/ou la doctrine ». Un droit, en fait, à l'image de ce que sont ces pratiques du commun : « Des institutions génératives, capables de générer, entretenir et faire évoluer en cas de besoin les règles qui organisent leur fonctionnement. » Le droit lui-même, en fait, doit se penser comme une pratique du commun.

Dans la dernière partie du texte, Isabelle Stengers et Serge Gutwirth reviennent sur leurs intentions : activer l'imagination des juristes. Pour cela, ne pas imaginer à leur place, ne pas décrire ce que pourrait être un monde des *commons* – ses modes d'organisation politique, ses institutions, son droit, ses lois –, sachant que leur formulation – toujours précaire, toujours risquée – ne pourra précéder le processus d'émergence. Ils insistent une dernière fois sur la spécificité du contexte de résurgence : « 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 connexions, 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. »

Commentaire

Voilà un article très stimulant, malgré le ton parfois alarmiste et l'atmosphère de « fin de notre monde » qu'il installe. Il donne envie, même à un non-juriste, de se lancer dans un travail de philosophie du droit, d'anthropologie du droit, d'histoire du droit. Les auteurs ouvrent de nombreuses pistes de recherche du côté du droit coutumier, vernaculaire : comment, régies par de tels droits, les pratiques du commun ont-elles pu se maintenir face au droit moderne, abstrait et malgré le caractère prédateur du droit de propriété ? Comment, aujourd'hui, prolonger ces droits coutumiers sans qu'il s'agisse de la mise en scène d'une coutume statique ? Comment, en s'inspirant de la justice de paix notamment, élaborer aujourd'hui une

manière de rendre justice qui se base sur un droit « en devenir, inductif, topique » ? Comment penser des sujets de droit qui ne soient ni des individus, ni des États ? Etc.

Le texte est foisonnant. Les réflexions qu'il ouvre sont nombreuses. Il appelle la rédaction d'un ouvrage plus conséquent, complet, qui va au bout des idées développées.

Pour une compréhension plus claire du positionnement des auteurs, le texte aurait gagné à être conçu sous la forme d'un dialogue entre Isabelle Stengers et Serge Gutwirth. On perçoit en effet les ajouts de l'un ou de l'autre, à la fin d'un paragraphe, qui disent un peu plus, ou un peu moins. Cela n'aide pas à une compréhension claire du positionnement des rédacteurs. Mais peut-être est-ce assumé par les auteurs de l'article, dans lequel est revendiqué une forme d'hésitation, de trouble nécessaire à l'exercice de la pensée.

B.D.R.

Mots clés

Anthropologie – bouleversement climatique – *commons* – droit vernaculaire – durabilité – État – génératif – Garrett Hardin – Bruno Latour – loi – marché – Elinor Ostrom – philosophie – propriété – résurgence – souveraineté

Sites web

https://works.bepress.com/serge_gutwirth/ – <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2016-2.htm> – https://works.bepress.com/serge_gutwirth/119/download/ – <https://editions.lavoisier.fr/nouveautes.asp>

Contenu

1. Une terrible impuissance – 2. La souveraineté du propriétaire – 3. Le retour des *commons* – 4. Un droit au *commoning* – 5. Le défi de la précarité