

Vrije Universiteit Brussel

From the Selected Works of Serge Gutwirth

2018

. Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ?

Serge Gutwirth



Available at: https://works.bepress.com/serge_gutwirth/127/

Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ?¹

Serge Gutwirth, Professeur de droit à la faculté de droit et de criminologie à la Vrije Universiteit Brussel (VUB)

Abstract

Face aux conséquences effrayantes de trois siècles de connivence entre la liberté d'entreprise des propriétaires et la souveraineté de l'État, et face à l'incapacité des responsables politiques de réagir, voire même de les reconnaître, il est rafraîchissant de constater l'émergence d'un mouvement composite qui revendique le/s « commun/s » comme mode de (sur)vie. Ce mouvement, à ne pas confondre avec le socialisme étatique, est en effet porteur d'avenirs possibles et souhaitables, malgré la disruption du monde sublunaire, c.-à-d. de l'écologie complexe de la couche atmosphérique terrienne dont nous – à la fois terrestres et humains – dépendons, et - il s'est avéré - *vice versa*.

Mais tous les « communs » ne sont pas identiques ni même similaires ; il faut distinguer et préciser le sens des mots. Les choses faisant partie du « patrimoine commun de l'humanité » ou *res communis omnium* qui remontent au droit romain, ne sont pas caractérisés de la même façon que les communs contemporains de l'information, de l'*open software* et l'*open science*, qui à leur tour diffèrent de la grande variété de communs « résurgents ».

Après avoir creusé ces distinctions et exploré leurs conséquences, Serge Gutwirth, abordera les questions juridiques posées par ces différentes déclinaisons du commun, tant du point de vue de la jurisprudence et de la pratique juridique (*de lege lata*), que celui, plus politique, de la législation à faire ou non (*de lege ferenda*)

¹ Le texte présent est une version un peu adaptée et peaufinée de la conférence que Serge Gutwirth a fait le 13 février 2018 à l'Université de Montréal, dans le cadre de la *Chaire Lexum en Information Juridique* sur invitation du Prof. Karim Benyekleff, qui en est titulaire. Le « style conférence » est maintenu. Cette présentation et le texte présent, sont basés sur des recherches communes que l'auteur a entrepris avec Isabelle Stengers (ULB), notamment : Serge Gutwirth & Isabelle Stengers, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons* », *Chronique : Théorie de droit, Revue Juridique de l'Environnement* (RJE), 2016/1, p. 306-343 (http://works.bepress.com/serge_gutwirth/119/). Je remercie Alessia Tanas (LSTS, VUB) pour ses suggestions et commentaires excellents.

Table des matières

1. Actualité du/des commun/s
2. Illustrations
 - a. *Open and free software, open science* : les communs de la connaissance
 - b. Peuples autochtones et pluralismes juridiques
 - c. *Pachamama* et environnement
 - d. Gestion collective et *urban commons*
3. Paradigme, mouvement, principe et/ou « genre d’agir » ? Littérature.
4. Le/s commun/s aujourd’hui : repères historiques et conceptuels
 - a. L’éradication des *commons* en Europe et dans le reste du monde (colonisation et conquêtes)
 - b. La propriété, vecteur de cette éradication
 - c. L’éradication « mathématique » des *commons* (Hardin) : une exécution manquée
 - d. Elinor Ostrom et « *Governing the commons* »
 - e. La résurgence des *commons* est un évènement
 - l’« alternative infernale » entre l’Etat et la personne individuelle est un leurre
 - cependant, il y a bel et bien connivence entre l’État et le marché (le *corporate coup*)
 - le « temps des catastrophes » est devant la porte
 - f. Les possibles des *commons*
5. Le droit et le/s commun/s
 - a. *Res communis* et « patrimoine commun de l’humanité » : défendre des exceptions.
 - b. L’*open software*, l’*open science* et le droit de l’information : défendre des principes et des pratiques ; résister.
 - c. Les droits des peuples autochtones : petites lueurs dans l’ombre du droit
 - d. Mais quel/s droit/s pour les *commons* résurgents, pour le *commoning* en tant que tel ?
6. Point d’orgue. « Devenir terrestres » avec les *commons* (cf. Bruno Latour)

1. Actualité du/des commun/s.

Depuis quelque temps déjà « le commun » et/ou « les communs » sont à l'agenda et, on pourrait dire, dans l'air du temps. Cela peut vouloir dire deux choses. Ou bien, il s'agit d'une vague d'idées à la mode sur laquelle il est facile et plaisant de surfer, même si, comme toute vague, elle finit par se casser sur la berge, laissant les surfeurs, indolents, flottants, dans l'attente de la prochaine vague à prendre. Ou bien, au contraire, l'usage persistant de certains mots exprime des expériences vécues qui insistent et s'imposent. Ici, il s'agit de nommer un genre d'agir qui a déjà des conséquences tangibles afin de la caractériser et de la prolonger.

Aujourd'hui, et c'est une bonne nouvelle, beaucoup d'évocations du ou des commun/s s'inscrivent dans la seconde perspective : il s'agit alors de rendre visible des véritables expériences et développements en les adressant sous un même vocable, même si celui-ci et ce qu'il couvre peut prendre des formes fort différentes. Le mot est en effet utilisé en substantif, au singulier et au pluriel : « le commun », les « communs ». Ou alors, c'est un adjectif pour caractériser une ou des choses : « le bien commun », « les biens communs », « le patrimoine commun (de l'humanité) » et parfois, plus spécifiquement, « les biens communaux » (cf. art 542 CC en France et en Belgique). Parfois, on passe à l'anglais et voilà qu'il s'agit des *commons* ou - mélange étrange du singulier et du pluriel – « d'un *commons* », dont on peut dériver derechef le participe présent *commoning* et la personne du *commoner*.

Que ces mots évoquent, au-delà de leurs rapports de familiarité, des phénomènes différents, est un des objets de cette présentation. Généralement aussi, leur invocation exprime une volonté de démarcation par rapport à un récit majoritaire et individualiste. Leur usage est porteur d'espoirs et de promesses : un monde meilleur est possible (et il devra être différent).

2. Illustrations

Cette émergence, ce « retour » ou « résurgence »², et cette nouvelle visibilité du ou des commun/s est facilement détectable, non seulement dans la littérature³, mais surtout sur le terrain et dans la pratique.

Préparons le terrain en énumérant quelques cas de figure.

a. D'abord, il peut être dit sans hésitation que l'actualité du/des commun/s est grandement redevable au succès du mouvement du *open* ou *free software*, qui exprime la réaction des informaticiens - avec Richard Stallman comme tête de file - contre des pratiques privatives qui mettent en danger la façon dont ils avaient l'habitude de travailler, c.-à-d. en collaborant et partageant mutuellement leurs propositions, trouvailles et solutions. Il en est d'ailleurs de même, mais c'est moins puissant comme mouvement, pour les scientifiques qui se réclament de l'*open* ou de la *slow science* et qui essaient (malheureusement sans beaucoup de succès) de résister contre les mots

² Comme décrit dans l'article précité à la note précédente.

³ Cf. les notes en bas de page qui suivent.

d'ordre et mécanismes de l'*économie de la connaissance*, qui les mettent en danger et dévastent leurs pratiques et métiers depuis les années '90 du siècle dernier.⁴

Ce n'est pas sans raison ni par hasard que James Boyle⁵ a choisi de parler d'un *second enclosure movement* pour nommer la vague accentuée d'appropriations de productions informationnelles surtout par les droits de propriété intellectuelle. Et cela nous intéresse car les *enclosures*, en effet (et j'y reviendrai plus tard) ont mis fin aux *commons* en Occident aux 17^e/18^e siècles. Aujourd'hui, pour Boyle, ce sont les façons collaboratives de produire des savoirs (scientifiques ou autres) par le partage de trouvailles et de propositions, et la mise à l'épreuve et la relance mutuelle⁶, qui en sont les victimes.

Les petits et grands succès des informaticiens et scientifiques impliqués dans ces résistances ont certainement fortement contribué au retour du/des commun/s. Ces succès montrent d'ailleurs bien – et c'est tout leur mérite – que la créativité et la production de solutions, ne sont *pas* nécessairement mieux servis par la compétition, la privatisation et l'exclusion. Ça marche aussi, et même mieux, par la coopération, le partage et l'ouverture mutuelle. Les exemples abondent : logiciels libres, Wikipedia, GNU, Linux, les publications *open access*, la *slow* et *open science*, la résistance des scientifiques contre l'appropriation de leurs résultats et publications ... et ainsi de suite, sans oublier l'invention d'un droit d'auteur alternatif et non exclusif : les *creative commons*.

b. En second lieu notons les revendications toujours plus entendues des *communautés autochtones* sur leurs territoires ancestraux, desquels ils furent chassés ou expropriés, ou pire encore. Ces *reclaims* – même s'ils sont loin d'être rencontrés de fait – s'expriment en effet de façon collective et appellent des rapports « écologiques » entre le territoire et ses habitants (humains et/ou non-humains). Le territoire fait le collectif et vice versa : ils se coproduisent et génèrent communément leur avenir. L'interdépendance est au cœur de leurs devenir. Le contraste avec le rapport de propriété, qui est unilatéral, individualiste, absolu et exclusif, est très fort.

Dans la même veine, mais à bien plus grande échelle, le droit comparé et l'anthropologie juridique connaissent bien les enchevêtrements complexes entre d'une part, des systèmes de résolution de conflits basés sur des prémisses collectives, inclusives et portés sur les conséquences des accords, et de l'autre, des pratiques juridiques dans lesquelles le droit, selon un enchaînement de d'opérations et démarches herméneutiques singulières, est extrait de ses sources, parmi lesquelles la législation abstraite est tout à fait prépondérante. L'existence – dans beaucoup de régions du monde dit « décolonisé » (en Afrique, en Asie et en Amérique du Sud) – de pluralismes juridiques bi- ou multipolaires, témoigne encore une fois de l'importance de ce courant insistant de modes « communaux » et « interdépendants » d'organisation socio-économique, politique et juridique, à côté, et souvent, plutôt

⁴ I. Stengers, *Une autre science est possible ! Manifeste pour le ralentissement des sciences*, Paris, La découverte/Les empêcheurs de penser en rond, 2013.

⁵ 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, dans *The Public Domain*, New Haven, Yale University Press, 2008.

⁶ Au sujet de ces contraintes de la pratique scientifique voy. entre autre S. Gutwirth, « Le droit n'est pas une science, mais la science juridique existe bel et bien » in G. Azzaria (ed.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Editions Yvon Blais/Thomson Reuters, 2016, première partie (aussi via : https://works.bepress.com/serge_gutwirth/120/).

« malgré » et contre les systèmes juridiques d'origine occidentale et étatiques hérités de la colonisation.

c. Rien d'étonnant d'ailleurs, qu'il faille mentionner ici également le *mouvement environnementaliste* – nommé le *pachamama* en Amérique du Sud. Celui-ci voit dans les expériences autochtones symbiotiques ou « sympoïtiques »⁷ du territoire, une source d'inspiration pour repenser à nouveaux frais la question dite « de l'environnement » et du « chez soi » ; des expériences que la modernité conçoit très et même radicalement différemment, non pas à travers des rapports d'interdépendance, mais selon des oppositions et démarcations, p. ex. entre sujets et objets, entre humains et non-humains, entre nature et culture, ...⁸

Dans les communs, bien au contraire, tout dépend d'une action collective qui se doit de « faire attention » et veille à la *durabilité* des dynamiques collectives qu'elle fait exister, car elle axée sur la vie : elle est *générative* et non extractive.⁹ Ces dynamiques sont toujours des « écologiques », c'-à-d des ensembles interdépendants complexes, qui cherchent à préserver leur vie, leur générativité. Pas étonnant donc que le mouvement écologiste et celui des communs se trouvent intimement intriqués.

d. Pour finir, sois-dit que même en Occident, il reste des communs dans beaucoup de systèmes de gestion collective de ressources, surtout dans des villages et régions rurales ou ceux-ci sont traditionnels et ancestraux (p.ex. en matière de coupe de bois à chauffer, de sécurité, de récoltes, de vendanges, etc.).

e. Or, aujourd'hui on assiste aussi à un développement accéléré d'une multitude d'initiatives collectives qui se réclament des communs dans les grandes agglomérations urbaines, les « *urban commons* ». Il y a des lieux de rencontres et d'activités, des potagers urbains, des radios libres, des ateliers ouverts, des théâtres, des lieux de recyclage et échange, des squats solidaires, des agri-squatteurs, des magasins coopératifs, des centres d'activités pour enfants et jeunes, des ateliers de formation, ... ou encore, des formes de collaboration avec les autorités locales en matière de gestion des eaux, de l'environnement, d'évènements culturels, de logement et autres. Les *community land trusts* en sont des bons exemples.

Les grandes villes bourgeonnent donc d'activités qui sont entreprises sur initiative et par des collectifs d'habitants qui agissent de façon *bottom up* selon des dynamiques locales et autonomes. Ce phénomène n'est d'ailleurs pas passé inaperçu des autorités

⁷ E.g. D.J. Haraway, « Sympoièse, SF, embrouilles multispécifiques », in D. Debaise & I. Stengers (éd.) *Gestes spéculatifs*, Les presses du réel, Dijon, 2015.

⁸ Il suffit de penser ici (et par exemple) aux discours sur la gestion « géopolitique » des problèmes environnementaux et climatiques où « géo » est conçu en opposition à « politique ». Une certaine capacité d'agir est reconnue au « géo », souvent à cause d'un énième « défi » auquel le « politique » doit faire face : une catastrophe survenue, un risque climatique à évaluer, gérer et combattre à coups de *risk assessment* et *risk management*. C'est donc une opposition qui en ressort, une division plutôt qu'une symbiose. Or, ce à quoi il faut faire face, c'est bien sûr ce qui provoque les problèmes environnementaux ou climatiques : l'externalisation de ce qui ne peut où « ne doit » pas être pris en compte dans un contexte de croissance économique, et, surtout, de « compétitivité » globale. Le « défi » cache un « déficit », un « manque d'attention », une négligence « calculée ». A ce sujet : Br. Latour, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond/La découverte et I. Stengers, *Au temps des catastrophes. Résister à la barbarie qui vient*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond/La Découverte, 2009. (Note inspirée par Alessia Tanas).

⁹ Au sujet de la « générativité » : S. Gutwirth et I. Stengers, *l.c.*, 336 et seq., inspirés par Fr. Capra & U. Mattei, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, San Francisco, 2015 et M. Kelly, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berrett-Koehler, 2012.

locales, qui y voient souvent beaucoup de possibilités et de bien, et qui cherchent à s'y associer (quitte à les atteler ou récupérer). Les exemples abondent. En Italie, des villes *obligent* leurs responsables de répondre et tenir compte des initiatives de groupes de citoyens, comme on a pu voir à Bologne et Naples. On voit se déployer des formes multiples de collaboration *commons*-public-privé un peu partout dans le monde, que ce soit à Barcelone, Bristol, Bologne ou Seoul ... Gand, pour parler de « chez moi » en Belgique, a investi dans un « plan de transition » qui doit aider la ville à devenir, je cite, « une ville des *commons* », une ville donc, de l'avenir ». Et à Bruxelles vient de démarrer une recherche-action sur le fonctionnement des *commons* afin d'explorer ce qui de façon générique les favorise ou défavorise.

Bref. Faire vivre les *commons*, pour que vive la ville. Voilà qui est peut-être, et enfin, vraiment *smart* pour la *city*.

3. Paradigme, mouvement, principe et/ou « genre d'agir »

Acceptez donc avec moi que le ou les commun/s sont bien là, ou « de retour ». Naomi Klein, avec sa perspicacité habituelle, l'avait déjà vu en 2001 quand elle a placé ce qu'on nomme le mouvement anti-globaliste sous le dénominateur de « Reclaiming the commons »¹⁰. David Bollier, quant à lui parle d'une « révolution silencieuse »¹¹, et d'autres encore, avec Bollier, se réclament d'un « nouveau paradigme »¹². Il s'agit pour eux d'un modèle d'organisation de société alternatif qui 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 »¹³.

La présence et/ou le retour des communs se déduit également de la littérature abondante qui s'y intéresse. Je ne m'y arrêterai qu'un tout petit instant, juste pour faire le point. Disons qu'il y a des ouvrages généraux et abstraits qui essaient d'identifier des « principes » ou « théories » du commun, tels entre autres, le *Commun* de Dardot et Laval, ou le *Commonwealth* de Hardt et Negri.¹⁴ Ce ne sont pas les travaux sur les communs que je préfère, car les *commons* qui m'importent justement ne se prêtent pas à des théories générales et abstraites, mais ces travaux ont certainement fortement contribué à l'intérêt que l'on porte au/x commun/s aujourd'hui. Qu'il soit dit aussi que le ou les communs dont je parle ici ne s'apparentent pas du tout avec le communisme ou le socialisme étatique. Si vous voulez, ils sont beaucoup plus proches des « publics » au pluriel, tels que Dewey les concevait.¹⁵

A côté de cela, la majorité des travaux sont déclaratifs, illustratifs et narratifs, quels qu'en soient les disciplines : histoire (Polanyi, Thompson, Linebaugh, T. De Moor¹⁶),

¹⁰ N. Klein, « Reclaiming the Commons », *New Left Review*, 9, 2001, p. 81-89

¹¹ « A quiet revolution » in 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, via *Digital Library of the Commons* <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/handle/10535/4975> (consulté le 11 avril 2018), p. 2.

¹² Voy. P. ex. D. Bollier & S. Helfrich (eds), *The Wealth of the Commons. A World beyond Market and State*, The commons strategies group/Levellers Press, Amherst, 2012; ou encore les auteurs de *Finding common ground*, numéro thématique du *European Green Journal*, Vol. 14/2016, 103 p.;

¹³ D. Bollier & S. Helfrich (eds), *o.c.*, p. xi.

¹⁴ P. Dardot & Chr. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014 et M. Hardt & A. Negri, *Commonwealth*, Harvard U.P., 2009

¹⁵ J. Dewey, *Le Public et ses Problèmes*, coll. Folio essais, Paris, Gallimard, 2010.

¹⁶ Cf. 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 ; P. Linebaugh, *The Magna*

ethnologie (E. Le Roy¹⁷), économie (E. Ostrom¹⁸) et juridique (Weston & Bollier, Carol Rose¹⁹). Ce ne sont là que des exemples ! Il y a également des ouvrages multidisciplinaires qui inventorient des expériences partout dans le monde comme par exemple : *The Wealth of the Commons*²⁰, *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*²¹ ou encore, les travaux fort impressionnants menés par *The Commons Strategies Group* ou la *International Association for the Study of the Commons*. Et pour clore cette énumération beaucoup trop brève, je me dois de vous mentionner, avec admiration, le *Dictionnaire des biens communs* qui vient de rouler des presses et qui ne compte pas moins de 1240 pages. Une encyclopédie ressource dirigé par nos collègues français Cornu, Coriat et Rochfeld.²²

Évoquer le ou les commun/s aujourd'hui, c'est donc viser une grande variété d'expériences et d'actions collectives. Je reviendrai plus tard sur cette « variété » et « diversité » de choses comprises sous le même dénominateur, parce que justement, ces différences ont des conséquences et implications en droit. Mais les juristes entre nous devront patienter encore un peu, car j'ai encore à faire un détour préliminaire.

4. Le/s commun/s aujourd'hui : repères historiques et conceptuels

4.1. Repères historiques

Je dois en effet consacrer un peu de temps aux circonstances historiques qui peuvent contribuer à comprendre et situer les commun/s tels qu'ils se manifestent aujourd'hui. C'est d'autant plus le cas que les *commons* avaient été éradiqués au 17^e/18^e siècles, puis déclarés mathématiquement et « tragiquement » invivables par Garret Hardin dans les années soixante du 20^e, avant d'agencer un retour en force avec les travaux d'Elinor Ostrom (1990) et son prix Nobel en 2009. C'est une histoire du présent qu'il faut raconter avec des bottes de sept lieux.

a. L'éradication des *commons* en Europe et dans le reste du monde (colonisation et conquêtes)

L'histoire de l'expulsion, au profit de la noblesse, des communautés locales des terres dont ils avaient la jouissance coutumière (entre autres en vertu de la Charte des forêts de 1217) est fort bien documentée. Le nouvel interdit de prélever dans les forêts, les fleuves et les terres les ressources essentielles à leur vie, qui était d'usage avant, est connu sous le nom des *enclosures* : Polanyi nomme cette transformation une

Carta Manifesto - Liberties and Commons For All, Oakland, University of California Press, 2009 ; K. Polanyi, *La Grande Transformation: Aux origines politiques et économiques de notre temps*, coll. TEL, Paris, Gallimard, 1983 (orig. 1944) & E. Thompson, *La Guerre des Forêts*, Paris, La Découverte, 2014

¹⁷ E. Le Roy, « Des communs à 'double révolution' », *Droit et société*, 94/2016, 603-624

¹⁸ E. Ostrom, *La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, 2010

¹⁹ B. H. Weston & D. Bollier, *Green Governance. Ecological Survival, Human Rights and the Law of the Commons*, Cambridge University Press, 2013, 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, E. Schlager & E. Ostrom, « Property-rights Regimes and Natural Resources : a Conceptual Analysis », *Land economics*, Vol. 68/3, 1992, p. 249-262

²⁰ D. Bollier & S. Helfrich (eds), *The Wealth of the Commons. A World beyond Market and State*, The commons strategies group/Levellers Press, Amherst, 2012

²¹ B. Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Editions Les Liens qui Libèrent, 2015 ;

²² M. Cornu, J. Rochfeld & B. Coriat, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Paris 2017

« révolution des riches contre les pauvres ».²³ Dans ses articles sur les vols de bois Marx relève l'importance de cette éradication des communs : il la situe à l'origine de ce qu'il nomme « l'accumulation primitive du capital » en Europe, lorsque ceux qui ne sont plus des « *commoners* » mais devenus des pauvres dépouillés de leurs moyens de subsistance migrent vers les villes et vont travailler dans les industries pour des salaires de misère.²⁴

Mais, quoiqu'il en soit, l'éradication des *commons* est généralement enregistrée dans la perspective qu'elle était le prix, certes malheureux, à payer pour un progrès en lui-même incontestable et salutaire. En d'autres mots : elle était présentée comme étant inévitable à la lumière des besoins et nécessités du libéralisme, de l'économie, la croissance, des investissements, et bien sûr des droits individuels, à commencer par le droit de propriété qui figure en tête de toutes les déclarations constitutionnelles et constitutives de l'époque. Voilà les communs et leurs coutumes vernaculaires relégués au statut de souvenirs d'un passé médiéval archaïque, même pas pittoresque, évacués par la marche de l'humanité vers le « progrès ».

Pire encore, un peu plus tard, l'éradication va s'exporter et se prolonger sur le territoire actuel des États-Unis et dans les colonies européennes. Là aussi, l'expropriation des habitants locaux (nommés « indigènes », « sauvages » ou « non-civilisés »²⁵) se déroulent tous sous la même bannière, tout en détruisant ce qui précédait.

b. Cette bannière, c'est la théorie Lockéenne de la propriété qui se dévoile alors dans toute sa violence. En liant conditionnellement le droit de propriété individuelle exclusive à la productivité de son objet, et donc, encore selon Locke, à la prospérité générale, elle en exclut les peuples amérindiens et colonisés. Stupides et arriérés, pourrait-on dire, ceux-ci ne se bornaient « qu'à jouir » des fruits du terrestre sans le rentabiliser. En d'autres mots, puisqu'ils n'avaient pas inventé le concept de propriété lockéen, leurs territoires étaient *terra nullius* (ce qui veut dire « up for grabs » en latin) et donc appropriable à volonté par les nouveaux arrivants, armés surtout (à côté des canons et des maladies) non pas de la *Bible*, mais du *Code Napoléon* et son art. 544 ...

Voilà le droit de propriété absolu de l'individu ou de la personne juridique (qu'elle soit une société nationale ou internationale, un roi ou un État) implémenté globalement. Dorénavant il y a deux souverains interdépendants : la personne privée ou juridique, et l'État souverain. Or ce dernier est en fait lui-même un « propriétaire » mais au « au carré », car il est détenteur du *dominium eminens* : c'est lui qui gère, concède, attribue et protège les droits individuels de propriété.

Ainsi la propriété entérine l'intérêt des entrepreneurs (à l'époque, du tiers État et aujourd'hui, des *businesses*) à déployer leurs activités économiques sans devoir rendre compte des conséquences sociales, culturelles, politiques et, naturellement, écologiques, que celles-ci pourraient avoir, sans autre limites que celles de réglementations concédées par l'État à la suite de troubles de l'ordre établi en réaction à leurs conséquences dévastatrices. En économie cela s'appelle « externalisation ».

²³ Voir Polanyi, *o.c.*, p. 80 et seq.

²⁴ P. Lascaumes & H. Zander, *Marx : du « vol de bois » à la critique du droit*, PUF, Paris, 1984.

²⁵ Selon l'art. 38 de la Cour Internationale celle-ci applique entre autres « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (1945, toujours en vigueur, mes italiennes)

c. Comme si cette éradication ne se suffisait pas à elle-même, en 1968, dans un article intitulé *The tragedy of the commons*²⁶, G. Hardin a voulu enfoncer le dernier clou du cercueil des *commons* afin de démontrer « mathématiquement » qu'à terme ceux-ci sont invi(v)ables ou autodestructifs.

La fable est bien connue. 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 ne résistera pas à la tentation d'ajouter une vache vu qu'il sait que les autres en feront autant, chacun pour son compte. Jusqu'à ce que le pré soit épuisé et détruit. 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 privé ou étatique (hypothèse qu'on oublie souvent d'ailleurs).

Bref : un *commons* est condamné à s'auto-consommer et à s'autodétruire. C'est tragique, mais c'est comme ça. Point final.

d. Point final ? Et bien non ! En voulant clore le cercueil à tout jamais, Hardin l'a fissuré et il a réveillé la recherche sérieuse au sujet des *commons*²⁷ : en 1990 Elinor Ostrom publie son désormais célèbre *Governing the Commons*²⁸ au sujet de la rationalité économique et de la vitalité des *commons*.

Avec Ostrom, la fable Hardinienne se retrouve en miettes. Si pour Hardin la tragédie de l'épuisement des ressources ne pouvait être évitée que par un régime de propriété individuelle ou étatique, Ostrom montre au contraire que des personnes confrontées à des situations réelles d'usage de ressources communes peuvent très bien et très efficacement répondre aux défis posés par la situation (et ce, en se passant tant de l'État que du marché). A cet effet Ostrom a performé une série d'études de cas, dans lesquelles elle a pu établir que des groupes d'usagers – de pêcheries, de systèmes d'irrigation, de réserves aquatiques, de bois et de pâturages – parviennent fort bien à s'organiser collectivement en termes tant de productivité pour les usagers-producteurs, que de maintien durable de la productivité de la ressource elle-même.

De plus elle a analysé les nombreuses possibilités de ces d'arrangements collectifs, tout en identifiant une série d'éléments génériques qui selon elle favorisent leur réussite²⁹. Parmi ceux-ci figurent la nécessité de définir dans chaque *commons*, a) les droits et responsabilités des membres en ce qui concerne l'extraction et l'investissement, b) des procédures adaptatives et participatives engageant l'ensemble des concernés quant aux opérations, et c) des mécanismes de contrôle, de résolution de conflits et de sanction. En d'autres mots, l'auto-organisation (*bottom up*), l'autorégulation participative, 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*. Ajoutons à cela

²⁶ G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, Vol. 162, December 13, 1968, p. 1243-1248

²⁷ On pourrait y ajouter que sa fable démontre le contraire de ce qu'elle veut démontrer : elle raconte ce qu'il se passe avec un terrain quand on y lâche un groupe de *homines economici* qui ne pensent qu'à agrandir leur profit en toute liberté.

²⁸ E. Ostrom, *La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, 2010.

²⁹ 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 : T. Dietz, E. Ostrom & P. Stern, « The Struggle to Govern the Commons », *Science*, Vol. 302, 12 December 2003, 1908-1910 (« Requirements of Adaptive Governance in Complex Systems »).

qu'Ostrom constate que la reconnaissance de la légitimité d'une telle auto-organisation par une administration externe semble elle aussi un facteur de succès d'un *commons*.

Conclusion : tout *commons* est le fruit d'une action collective, d'un « faire commun ». En d'autres mots : *no commons without commoning*. Le *commons* n'est pas défini par la nature de la chose, mais il est caractérisé par une manière – un genre d'agir ou de faire (« genre » au sens fort, comme dans « gender »). Et cette manière de faire permet et nécessite la capacité – « le droit » - d'exclure les profiteurs et les *free riders*.

J'attire votre attention sur le fait que je me suis de plus en plus à employer les mots en anglais : *commons*, *commoner* et *commoning*. C'est délibéré car l'anglais s'accorde bien mieux aux pratiques des « communs ostromiens » caractérisés par l'action du « faire commun » et non pas par la nature présumée d'un bien.³⁰

4.2. De l'importance des *commons*

Sur le fond de cette histoire racontée de façon bien trop brève, la résurgence des communs, est un événement. Pourquoi ? Pour deux raisons au moins.

En premier lieu, cette résurgence nous contraint de revoir notre vision du monde. Même si les trois siècles derniers ont « naturalisé » d'une part, la personne individuelle dite *homo economicus*, libre et propriétaire, fut-elle une entreprise, et de l'autre, l'État de droit constitutionnel, ce souverain qui limiterait son propre pouvoir au bénéfice des individus, il faut désormais accepter que cette présentation des choses contraste très fort avec la *default position* que tiennent les communs dans l'histoire, et de fait, même au présent. L'exception c'est le modernisme libéral et son individualisme abstrait, voire de « droit naturel », et non ce qu'il dénigre et détruit comme étant archaïque et improductif.

Donc : le choix binaire imposé (tel un aiguillage) qu'on aurait nécessairement à faire entre l'État et le marché, entre la personne privée et l'institution publique est une construction. Cette « alternative infernale »³¹ est bien sûr un leurre, une trappe. Même si on l'avait déclaré mort et oublié à tout jamais, le tiers existe, subsiste et persiste, et il revient comme un boomerang : plus on le jette fort, plus il revient en force. C'est comme, pour les amateurs, dans la chanson de Brel : « On a vu souvent, rejaillir le feu, d'un ancien volcan, qu'on croyait trop vieux ; il est parait-il, des terres brûlées, donnant plus de blé, qu'un meilleur avril »

Une deuxième raison, c'est qu'au-delà de sa fausseté réductrice, l'alternative infernale entre la main intrusive de l'État et la main invisible du marché s'auto-consume comme une peau de chagrin. Ces trente dernières années, en effet, nous assistons à l'institutionnalisation d'une configuration politique dans laquelle le l'Etat s'est lui-même démis de toute prétention à gouverner. Le voilà mangé par l'intérieur en prenant comme uniques et ultimes points de repères et de « vérité », ces prétendues « lois » du marché, élevées au même rang que les « les lois de la nature » et les vérités

³⁰ Isabelle Stengers et moi-même avons employé « commons », toujours au pluriel en ce sens : pour dire la variété irréductible des communs et exprimer leur caractérisation par la particularité de leur façon de faire : *commoning*, le verbe n'existant qu'en anglais, le/la *commoner* sonne bien mieux que « le commonneur/la commoneuse ». Il s'agit pour nous de distinguer des claims différents dans le grand mouvement des/du commun/s.

³¹ Ph. Pignarre et I. Stengers, *La sorcellerie capitaliste. Pratiques de désenvoûtement*, Paris, La Découverte, 2005.

scientifiques prouvées. La croissance et la concurrence, sont – par un tour de passe-passe - devenues des lois Newtoniennes.

Difficile, dans ces conditions, d'attendre encore quelque chose de l'État ... Face à la menace climatique, par exemple, comment encore miser sur un sursaut *in extremis* d'un Léviathan international (au pouvoirs comme celui de l'OMC, par exemple, ...) pour imposer 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 » ? On risquerait d'attendre bien trop longtemps, non ? Et qu'espérer de tout cela encore, *après ce que Naomi Klein a nommé le « corporate coup » et le comble de l'accession d'Ubu Roi au pouvoir aux États-Unis ?*

Ne nous laissons plus avoir. Que quelques richissimes se prévoient à fuir la planète démolie en klaxonnant à tue-tête « progrès de l'humanité » n'a rien d'une consolation pour ceux qui fuient leurs terres mortes et assassinées par trois siècles de libéralisme de croissance³² ou « de compétitivité globale » et qui se retrouvent coulés en mer ou coincés devant des murs érigés par ceux qui se sont enrichis sur leur compte sans vergogne. Oui, nous vivons « au temps des catastrophes », comme l'a bien décrit Isabelle Stengers³³ et celles-ci sont belles et bien « en cours » (n'en plaise aux climatologues de tous bords³⁴) : la disruption du climat, les désertifications, l'épuisement des ressources, l'exacerbation des inégalités, les migrations massives, les régimes politiques démagogues, l'externalisation des répercussions sociales et environnementales, les bulles financières, l'armement ... et j'en passe malheureusement beaucoup ...

La littérature abonde, et il est bien trop facile de la balayer, le nez en l'air, du revers de la main en murmurant *doom scenarios* et *apocalypticism*, ou en opposant qu'on « trouvera bien de solutions technologiques » comme la géo-ingénierie, la nourriture synthétique, où quelques Terres en plus grâce Branson, Musk et d'autres moguls ... On peut à cet effet même *se limiter* à lire ce qui paraît dans *Science* et d'autres *excellent journals* avec un *impact-factor* faramineux, mais je vous conseille aussi Clive Hamilton, Naomi Klein et Donna Haraway ... ou encore, de la littérature SF telle que celle de David Brin (*The postman*), Jean Hedgeland (*Into the forest*), Octavia Butler (*The parable of the sower*) et le récent *Tropic of Kansas* de Christopher Brown

Face aux catastrophes, le défi est de ne pas céder à la barbarie (comme celle qu'on a vue à la Nouvelle Orléans après le passage de Katrina) ni à la guerre, d'abord des riches contre les pauvres, et puis, inévitablement, celle de tous contre tous ...

f. Voilà donc, pourquoi les *commons* sont importants, ou en tout cas, m'importent :

- parce qu'ils échappent aux logiques produites par le carcan moderniste, ainsi qu'aux au mot d'ordres du libéralisme et de la croissance soutenue amalgamée au « progrès de l'humanité »,
- parce que, justement, le pouvoir bicéphale (Etat/marché) les a éradiqués, ou du moins, a cru les avoir éradiqués,

³² Avec, dans une partie du monde, un intermède 60 années de socialisme étatique, lui aussi de croissance.

³³ I. Stengers, *Au temps des catastrophes. Résister à la barbarie qui vient*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond/La Découverte, 2009.

³⁴ B. Latour, *Où atterrir. Comment s'orienter en politique*, Paris, La Découverte, 2017

- parce qu'ils cultivent l'interdépendance et expérimentent des nouveaux modes de vie³⁵
- parce qu'ils sont bien vivants, multiples, enracinés dans le réel, le devenir et des territoires,
- et, aussi, parce qu'ils n'ont rien à voir le socialisme étatique dont la décomposition a permis à certains de décréter stupidement la « fin de l'histoire ».

Voilà pourquoi, déjà, on peut les prendre au sérieux : grâce à leur éradication ils ne sont pas contaminés (du moins, pas encore ...). Mais positivement aussi, et c'est plus important : au-delà de la critique, ils valent l'effort de pensée car ils portent en eux des possibles pour ce qui vient. En ce sens, il *faut* les prendre au sérieux.

En effet, plutôt qu'exécuter des gros programmes tout faits et abstraits, ils émergent prudemment, expérimentalement, localement, écologiquement (c.-à-d. « interdépendamment ») et en *trial en error*. Ils s'inscrivent dans le devenir, plus que dans l'être et la reproduction. En tant qu'ils sont participatifs et engageants, ils se situent bien plus près des concernés, que par exemple les mécanismes de représentation politique (qui eux creusent les écarts et isolent les individus dans et après leurs choix). Bien au contraire, ils confrontent les impliqués aux conséquences de leurs choix, que ceux-ci soient individuels ou collectifs. Aussi : la durabilité leur est innée, car les *commoners* dépendent de la chose/cause commune qui dépend d'eux. Ils ne sont pas extractifs mais génératifs³⁶ : la vie est au cœur de leur action, non pas le profit ou la croissance.

Je pourrais continuer encore longtemps comme cela, mais je vais m'arrêter là, car il est temps que je commence à parler de droit.

Qu'il soit clair toutefois, que pour Isabelle Stengers et moi, la « résurgence » que nous évoquons n'a rien d'un rêve nostalgique, ni d'un retour aux sociétés coutumières, mais il représente un appel à la résurgence de notre capacité de penser et agir comme des *commoners*, une résurgence qui pourrait être cruciale pour l'invention d'un futur valant la peine d'être vécu.³⁷

Passons au droit.

5. Le droit et le/s commun/s

a. *Res communis en patrimoine commun de l'humanité : défendre les exceptions*

Face à l'évocation du commun, les juristes se tournent généralement spontanément vers « les choses communes » (*res communis*) ou, en droit international, vers le *patrimoine commun de l'humanité*, qu'il soit culturel ou naturel. Ici, les écrits

³⁵ Cf. I. Stengers, « Les zadistes non pas seulement résisté, ils ont expérimenté des nouveaux modes de vie », *Le nouvel Observateur*, 17 janvier 2018 via <https://www.nouvelobs.com/planete/notre-dame-des-landes/20180117.OBS0827/les-zadistes-n-ont-pas-seulement-resiste-ils-ont-experimente-de-nouveaux-modes-de-vie.html> (dc. 17 avril 2018)

³⁶ Cf. note 9.

³⁷ Cf. D. Bollier, *Think like a Commoner. A Short Introduction to the Life of the Commons*, New Society Publishers, Gabriola Island, 2014

abondent et il est question alors de **BIENS** communs³⁸, réputés inépuisables et abondants, gratuits en principe et inappropriables dans leur totalité, et dont l'accès à tous est nécessaire ou jugé désirable : l'eau, la pluie, la lumière, la mer, les paysages, les vents ou l'air, ou encore, les biens que le droit international a qualifié de patrimoine commun de l'humanité comme l'Antarctique, la lune, les corps célestes, les grands fonds marins, la biodiversité, le génome humain, sans oublier le patrimoine culturel de l'humanité³⁹, tel que le Taj Mahal, le Machu Pichu, Angkor et le carnaval de Binche.

Je ne vais pas m'attarder plus longuement sur cette catégorie vieille comme le droit romain, sur laquelle il y a d'ailleurs beaucoup à redire quant à son efficacité. Cette dernière s'avère inversement proportionnelle aux capacités techniques et économiques d'exploitation de « morceaux » de ces choses communes, par l'état ou par le privé.

En effet, ces *res communes* ne m'intéressent pas spécialement ici, car non seulement ils font partie intégrale de l'histoire de l'éradication des *commons* (*mare liberum* ! disait Grotius et tous allèrent s'enrichir !) ⁴⁰, mais surtout parce qu'ils n'ont rien à voir avec les dynamiques collectives, créatives et concrètes du *commoning* ... : le statut de la *res communis*, c'est la reconnaissance juridique, législative et abstraite de leur caractère particulier en tant que « bien », et non en tant que « genre d'agir ». Voilà toute la différence entre *biens* communs, d'une part, et les *commons* historiques et/ou Ostromiens de l'autre.⁴¹

Le même raisonnement peut d'ailleurs, je crois, s'appliquer aux *biens* publics (= espaces publics, voiries, infrastructures publiques, ...), d'autant plus qu'ils tombent sous la gestion de l'État qui devrait les gérer en fonction de l'intérêt général, c.-à-d. donc, des attentes et nécessités, à nouveau, d'un public abstrait et inorganisé, pour et au nom de tous. Le public *fantôme*, disait Walter Lippman.⁴²

Résumons : quand les écologistes dénoncent la pollution de l'air et des eaux comme formes de privatisation du commun, ou quand des voix s'élèvent contre la privatisation progressive des services publics, ils s'expriment sur un registre de défense d'acquis dans le système en vigueur qui, *par exception*, gratifie à certains biens un statut de *res communis*, n'appartenant à personne et inappropriable. C'est donc d'une résistance contre une érosion progressive d'*exceptions* au « principe d'appropriabilité » (lockéen et napoléonien) qu'il est question ici, et donc, tout compte fait, plutôt de combats d'arrière-garde ...

³⁸ 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.

³⁹ Cf. Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, « Propriété et biens communs », *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie – ARSP*, 2016

⁴⁰ Depuis Grotius, le droit de la mer transforme la mer comme en espace de libre concurrence et de libre circulation maritime. Ainsi, le juriste de la *Verenigde Oost-Indische Compagnie* a établi ainsi les conditions nécessaires à l'organisation d'un marché mondial.

⁴¹ Il est de ce point de vue symptomatique que les directeurs du dictionnaire des biens communs ont été obligé par les PUF de changer le titre qu'ils avaient proposés. *Dictionnaire critique des commons* fut transformé en *Dictionnaire des biens communs*. Le mot « Bien commun », écrivent-ils dans une explication à ce sujet, est selon eux « réducteur » car « davantage concentré sur la ressource il laisse quelque peu dans l'ombre la dimension profondément sociale des commons ainsi que la dynamique de leur fonctionnement »

⁴² W. Lippman, *Le public fantôme* (1925), présenté par Bruno Latour, Paris, Demopolis 2008

b. *L'open software, l'open science* et le droit de l'information : défendre des principes et des pratiques établies.

D'un point de vue juridique, les questions posées par le mouvement *open software* (et plus modestement par la *open science*) sont fort différentes. Ici, on a affaire au régime juridique applicable à l'information, cet être immatériel et difficile à saisir. On le sait, la pensée juridique a grand mal à envisager les données et l'information comme des objets de droits réels. C'est ce que montrent les bonnes vieilles discussions autour des questions juridiques posées par le vol d'information, la protection des logiciels et des banques de données, et la protection des données personnelles. Ces discussions furent portées à un niveau plus **générique** par l'*economics of law and information* développée, entre autres par Ejan Mackaay depuis les années '80.⁴³

Oui, l'information est éphémère, volatile, immatérielle et incorporelle, et en conséquence elle peut être mise à disposition d'autres personnes sans perte d'usage ; elle peut être (ré)utilisée sans perte de substance et elle ne s'use pas. Oui, plusieurs personnes peuvent s'en servir au même moment sans que cela en diminue, en principe, l'usage pour chacune d'elles. Aussi, l'information ne se prête pas (ou mal) à la destruction, soustraction ou restitution ; une fois qu'elle est partagée entre humains, ce partage est difficilement réversible. En plus elle est, aujourd'hui en tout cas extrêmement facile à reproduire et multiplier, et cela, à moindre coût. Et enfin, la nature cumulative de l'information est cruciale, car l'information d'aujourd'hui est souvent (pour ne pas dire toujours) la résultante d'une production accumulative qui émane de personnes différentes et d'actions et éléments géographiquement et historiquement dispersés. De tout cela, on peut déjà conclure que l'information est, en tant que telle (par sa « nature »), récalcitrante au droit des biens, quel qu'en soit le contenu.

S'ajoute à cela que l'information a une valeur politique, culturelle et sociale dans les états de droit libéraux que Karl Popper nomme des *open societies*, d'autant plus, que celles-ci se sont, selon le mot d'ordre, transformées en *information* ou *knowledge societies*. Il faut donc qu'elle circule, se partage, se transmette, soit accessible et reste mise à disposition. Elle doit nourrir la politique, être partagée honnêtement et équitablement, rendre possible la transparence, le contrôle démocratique et l'*accountability* ; elle est le matériel par excellence de l'éducation, de l'enseignement, de l'émancipation et du développement individuel et collectif ; elle est au cœur de la liberté d'expression et ainsi de suite. Ergo : sa privatisation ou monopolisation doivent être limitées.

Tout cela montre bien pourquoi les principes du régime juridique de l'information sont, en droit, différents et même contraires à ceux des biens matériels : leur *default position*, c'est que l'information circule, qu'elle est d'accès libre, et que l'exception, c'est le contrôle exclusif ou le monopole, toujours réduit dans le temps, d'ailleurs. C'est ce qu'illustrent évidemment les régimes des droits intellectuels, de la protection résiduelle du savoir-faire, des secrets protégés, et même de la protection des données personnelles : toute forme de protection ou d'usage exclusif d'informations, aussi justifiée qu'elle soit, doit être envisagée avec réticence et prudence, et, le cas échéant, elle doit être soumise à des conditions strictes, et rester temporaire et/ou contrôlée.

⁴³ Cf. E. Mackaay, *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer Nijhoff, 1982; E. Mackaay, « Les biens informationnels », in D. Bourcier (ed.), *Ordre juridique et ordre technologique*, Paris, Cahiers S.T.S. - C.N.R.S., 1986, 134-151.

L'idée à la base des droits intellectuels est celle d'un *échange* : si l'auteur ou l'inventeur obtiennent des droits d'exploitation exclusifs ceux-ci sont limités dans le temps, après quoi l'invention et l'œuvre « tombent » dans le domaine public afin que la société entière en bénéficie. Les découvertes, théories scientifiques, méthodes mathématiques « en tant que telles » sont d'ailleurs toujours exclues de la protection exclusive par le brevet, tout comme les idées ou le contenu en droit d'auteur.

Aujourd'hui toutefois, ces limites sont mises à mal dans le droit des brevets et le droit d'auteur, dont le terrain ne cesse d'être élargi par les législateurs. Ces derniers courent comme des petits caniches essouffés derrière les faits accomplis : tout ce que on peut contrôler dans les faits sera bien vite pourvu par eux d'un titre et d'une autorisation juridique, et cela, bien sûr, dans des délais économiquement et financièrement acceptables ... L'érosion du droit de l'information est grande.

Bref, les tenants de l'*open software* et du *copyleft* se sont organisés pour neutraliser tant bien que mal les entraves à leur pratiques reconnues ; entraves causées par la mise en œuvre de plus en plus agressive du droit du brevet et du droit d'auteur, des secrets de fabrication et commerciaux, des licences à obtenir et payer, et d'autres ADPICs. Et s'ils ont réussi à résister à leur destruction en inventant des *ingenious legal hacks* – 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. C'est le principe même de la législation préexistante que les informaticiens ont défendu et réactualisé.

Un tel libre accès transparent au savoir 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 collaborative de leur mode opératoire, la mise en œuvre d'une *open et/ou slow science* exprime également la défense des contraintes existantes des sciences, désormais mises en danger.⁴⁴

En ce qui concerne ce que l'on nomme les « biens informationnels » les moyens juridiques pouvant garantir leur accès libre existent donc explicitement ou implicitement dans les sources du droit en vigueur, mais ils sont sous pression forte. L'*open software* et l'*open science* sont des mouvements de résistance : ils cherchent à défendre des principes du droit contemporain. Ces principes, ainsi que le caractère particulier de l'information, rendent en effet possible le développement de versions *inclusives* de ces droits⁴⁵.

c. Les droits des peuples autochtones

⁴⁴ 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.

⁴⁵ P. exemple : S. Dusollier, « Inclusivity in intellectual property law », S. Dusollier, « Inclusivity in intellectual property law », in G. Dinwoodie (Ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles. Is IP a Lex Specialis?*, 2015, Oxford UP, 101-118 101-118

Avec les peuples autochtones on se rapproche de plus en plus de ce que j'ai nommé les *commons* et le *commoning*. Les *reclaims* de ces peuples sont comme le tranchant du « pied de biche » inséré dans l'édifice politique et juridique de la modernité car ils ont réussi, ne fut-ce que très modestement et aux prix de luttes éprouvantes, à faire valoir des revendications et des droits qu'on pourrait nommer franchement dissonants par rapport au droit occidental et étatique. Ainsi, les « premières nations » ont réussi à se faire entendre politiquement comme « sujets collectifs » dans des textes de droit national et international, en particulier en ce qui concerne la détermination et gestion de leurs liens avec leurs territoires ancestraux.

La tension est facile à comprendre, car les communautés autochtones ne définissent pas les liens entre nature et culture de la même manière que les sociétés modernes. Elles ne se considèrent ni conduisent comme « maîtres et possesseurs » ou « propriétaires » des terres, mais elles fabriquent et entretiennent avec celles-ci des liens de réciprocité et d'interdépendance. A ce titre elles ont été souvent présentées comme détentrices expérimentées d'un savoir vivre durable et écologique, et cela au sens propre de ce dernier mot : savoir vivre en faisant partie d'une écologie complexe, en vivant *avec* elle, parce que justement on en dépend collectivement, et donc individuellement. J'évoque ici des textes juridiques (souvent du *soft law*) tels que la Charte de la Nature (1982), Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux Peuples Indigènes et Tribaux (1989), la Déclaration de Rio (1992), la Déclaration de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones (2007). Mais il y a naturellement aussi des dispositions législatives et constitutionnelles concernant le statut de peuples autochtones aux États-Unis, au Canada, en Malaisie, Bolivie, Nouvelle Zélande, Équateur, en Scandinavie ...).

Sans surprise, ces textes lient souvent positivement le mode de vie autochtone à la préservation d'écologies locales, telles des régions, des terres, des fleuves, la biodiversité, des semences, et des savoirs ancestraux (qu'il faut défendre contre la bio-piraterie, le *land grabbing* et l'exploitation extractive des ressources). Et même temps s'ils n'ont pas toujours la force contraignante qu'on souhaiterait, ni ne sont mis en œuvre avec beaucoup d'énergie et de conviction, ils ont commencé à fissurer l'édifice conceptuel des deux souverainetés instituées, celle du propriétaire lockéen et de l'état hobbesien. On notera également que c'est sous l'inspiration de l'expérience des peuples autochtones qu'on a vu apparaître des modes de personnification de « communautés non-humaines » (un fleuve, une 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 contemporaine.⁴⁶

Or, si 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) fut un tout petit peu relayé par des institutions juridiques fragiles, il n'en est pas du tout de même pour la grande variété de *commons* qu'Isabelle Stengers et moi ont nommé les « *commons* résurgeants » : notamment ceux qui réapparaissent après leur éradication, tels des forêts après un incendie, ou pour le dire avec Anna Tsing, comme des champignons dans les ruines du capitalisme.

⁴⁶ 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.

d. Mais alors quel/s droit/s pour les commons résurgents, pour le commoning en tant que tel ?

Récapitulons. Par *commoning* ou « *commons* résurgents » je comprends des pratiques qui rassemblent et articulent (1) un groupe de personnes (2) qui s'auto-organisent et se donnent leurs règles propres de fonctionnement, de résolution de conflits et d'ouverture, (3) autour d'une ressource qui les concerne et responsabilise collectivement, (4) et y poursuivent des activités caractérisées par leur générativité (plutôt que par l'extraction). Le *commoning*, donc, naît toujours d'une action collective nourrie par une rencontre d'attentes, de besoins et de désirs, de façon *bottom up* et autonome. C'est un *genre d'agir* spécifique⁴⁷, qui se développe dans des situations sociales, urbaines, juridiques, économiques, institutionnelles, religieuses, professionnelles, etc., dans lesquelles il est pris et doit s'engager « écologiquement » pour y (sur)vivre et fleurir.⁴⁸ Le *commoning* est vecteur de changement.

L'espace d'accueil que réserve le droit occidental à ces *commons* est évidemment restreint à la lumière de l'alternative infernale que posent son fondement et ces catégories majeures. On l'a vu : la consécration juridique de la distribution binaire de pouvoir et capacité entre l'Etat souverain et le propriétaire privé – le Leviathan et l'*homo economicus* – n'est certainement pas hospitalière aux *commons*, pour le dire avec un euphémisme.

Certes, pour nuancer, on peut faire valoir, d'une part qu'il y a des « limitations » ou « dérogations » que les propriétaires acceptent volontairement et contractuellement (usufruit, servitudes, location, passages, prêt, louage, ...) et de l'autre, qu'il existe des « entorses » juridiques au droit des propriétaires au nom de « l'intérêt général » ou de « l'utilité publique » (raisons : environnement, santé, sécurité ...) ou des droits fondamentaux d'autrui (p.ex. la jurisprudence en matière de troubles de voisinage, ou d'abus de droits), la culture (p. ex. les monuments classés, les fouilles archéologiques), l'accès récréatif (aux plages et forêts), et ainsi de suite.⁴⁹

Mais ne nous leurrions pas : si entorses à la propriété il y a, c'est parce que l'État et ses institutions ont été obligé de les concéder sous pression de mouvements de résistance et sous risque de trouble. Et on comprendra aisément, qu'étant donné la connivence entre l'État propriétaire et les propriétaires privés, une telle volonté n'est pas de mise pour les *commons* qui font, malgré tout, résurgence.⁵⁰ Les *commons*, en effet,

⁴⁷ Dans le même sens, par exemple D. Bollier, *Think like a Commoner. A Short Introduction to the Life of the Commons*, New Society Publishers, Gabriola Island, 2014 et M. De Angelis, *Omnia sunt communia. On the commons and the transformation of postcapitalism*, ZED books, London 2017, 11 : « Commons are not just resources held in common, or commonwealth, but social systems whose elements are commonwealth, a community of commoners, and the ongoing interactions, phases of decision making and communal labour process that together are called commoning »

⁴⁸ A la différence d'Ostrom, sois dit entre parenthèses, il ne m'importe pas tellement de démontrer que les *commons* permettent une gestion économique productive sans intervention de l'état ou d'un propriétaire, que d'y voir un vecteur important de changement de cap possible et nécessaire.

⁴⁹ A ce sujet voir par exemple Fr. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, *o.c.*; F. Capra & U. Mattei, *o.c.*, 136 et seq. et pour une belle étude de ces questions en droit américain, voir C. M. Rose, « Big roads, big rights : Varieties of public infrastructure and their impact on environmental resources », *Arizona Law Review*, Vol. 50, 2008, passim.

⁵⁰ 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 s'efforce de mieux conceptualiser les limites de la propriété en contraste avec son

n'invoquent pas l'intérêt général d'un public universel indéterminé et inorganisé. Leur revendication est fort différente : elle porte notamment sur la *reconnaissance politique et juridique* de ce qu'un collectif déterminé a réalisé, tant qu'il continue à le réaliser, fut-ce à l'encontre des prérogatives des propriétaires et/ou du souverain.

Demander aujourd'hui à des juges même bien disposés 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 contraignantes (mais on le sait celles-ci doivent être « immémoriales » pour avoir une force juridique), mais aussi d'attribuer des droits à des groupes *a priori* sans personnalité juridique ...

Mais le problème est encore plus complexe, car il s'agit aussi de reconnaître et favoriser la « générativité » propre à chaque *commons*, sa « vie », et donc d'un droit local et « en situation » avec sa propre territorialité ou spatialité. Le droit occidental, cependant, est extractif, il préexiste abstraitement à travers ses sources formelles. Les juristes, et d'emblée le juge, se tournent donc toujours, non pas vers la situation en tant que telle, mais vers l'ensemble des qualifications par lesquelles ils/elles peuvent la « subsumer », l'abstraire, l'« extraire » de sa réalité et la saisir, afin de décider, de pouvoir « arrêter » les choses comme elle doivent l'être et le seront (*Res iudicata pro veritate habetur* ...)

Or, s'il s'agit de protéger les *commons* en tant que « génératifs », ce modèle ne marche tout simplement pas et le problème saute aux yeux. C'est le proverbe chinois qui dit que le fou tire sur la jeune pousse, alors que le sage se borne à sarcler autour. Et oui donc, par rapport aux *commons* le rôle de la *loi à faire* ne devrait pas être de « tirer » les *commons* vers un idéal abstrait et de leur imposer un projet déjà préfiguré, mais de contribuer à ce qui, de fait, constitue leur préoccupation commune, c.-à-d. leur générativité, à instaurer ou à maintenir.

Ainsi les *commons* doivent non seulement être protégés contre un milieu qui exploitera toute occasion de les détruire, mais il faudra aussi et surtout leur permettre d'apprendre collectivement ce que demandent leurs existences, leurs persistance et leurs devenirs dans la durée. La situation n'est de fait pas inédite, car à l'origine, la première tâche de la justice de paix n'était pas tellement d'assurer le respect de la loi que d'aider à restaurer une situation de « bon voisinage » et forcément « de paix » de ceux qui y recouraient. Ce juge était d'autant plus efficace qu'il était familier des us et coutumes locales et savait faire la différence entre revendications abusives et fondées. Il 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, mais en aval, dans la paix qu'il devait contribuer à construire. De ce point de vue, naturellement, la « générativité » constitue donc bien moins un concept à définir, qu'une incitation à la symbiose, une préoccupation susceptible de réunir des expériences, des connaissances et des manières de faire différentes, la question n'étant pas alors de savoir ce qu'est la générativité, mais ce que demande la situation, ... toujours cette situation.

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*. Mais même ces développements ne satisfont pas les exigences des *commons* que nous avons distingués, et qui sont, rappelons-le, caractérisés par une généalogie *bottom up*, l'auto-gouvernance participative, un pouvoir d'exclusion et de sanction et un genre d'action générative, une perspective de devenir.

Tout ceci dit bien l'envergure du défi posé car il s'agit ni plus ni moins que de la mise en question de la *rule of law* entendue comme, à la lettre, la *pré-éminence* de la loi (et, en conséquence, même si c'est moins direct, du droit). La générativité des *commons* conférerait donc à la loi un rôle « précaire », au sens où le juriste ne pourrait alors plus extraire de la situation ce qui légitimerait son intervention. Autrement dit, la générativité à nourrir ne répondrait plus à une théorie mais au contraire à une démarche irréductiblement tâtonnante, enracinée dans la localité et redessinant incessamment son territoire, en ne donnant autorité à personne. Et le juriste ne serait alors non seulement plus libre d'externaliser les conséquences d'une décision « découlant » d'une autorité plus générale que la situation, mais il serait appelé à participer avec les autres concernés (chacun avec ses savoirs, ses exigences, ses obligations propres) au déploiement d'une situation irréductible dont c'est la générativité qu'il s'agit de protéger.

6. Point d'orgue

Dans un livre qui vient de paraître et que j'ai beaucoup aimé (*Où atterrir ? Comment s'orienter en politique ?*), Bruno Latour⁵¹ propose de redessiner ce qu'il appelle le « système de coordonnées de la pensée politique » après la disruption climatique. Comme Naomi Klein et beaucoup d'autres il est convaincu que cette dernière « change tout ».⁵²

Selon Latour trois grandes menaces de l'époque sont étroitement et inextricablement liées : la dérégulation ou déréglementation exacerbée connue sous le nom de globalisation ; l'explosion des inégalités et des migrations ; et la disruption du climat ainsi que sa négation farouche par les élites. Plutôt que confirmer les lignes de front classiques du politique (gauche vs droite, local versus global, économie vs écologie, culture vs nature) l'auteur constate l'émergence d'une nouvelle ligne de front qui oppose ceux qui continuent à penser et agir comme s'ils ne partageaient pas la même atmosphère et terre, ni le même sort que les autres, et ceux qui ont fait « prise de terre ».

La prise de pouvoir des entreprises, exacerbée par le Trompisme, exprime à merveille la première position : elle construit des murs pour s'isoler des pauvres et des souffrants, elle continue à polluer et empoisonner fièrement le reste de la planète en en niant agressivement les conséquences, surtout pour les autres, tout en en rendant les riches encore plus riches et laissant les démunis à leur sort, si ce n'est aux bandits ou aux requins ... Oui, ceux-là semblent avoir une ou deux autres planètes en réserve, en tout cas, pour eux-mêmes.

La seconde position appartient aux « terrestres », qui - conscients de leur interdépendance sociale, écologique et mentale – veulent apprendre à prendre soin mutuellement de soi et de leurs habitats communs, locaux et globaux. On pourrait donc dire, inspirés par Latour, que les *commons* sont « terrestres » par excellence en ce qu'ils sont locaux, génératifs et marqués par l'interdépendance, l'agir collectif et, j'ose, un *ethics of care*

⁵¹ Précité note 34

⁵² N. Klein, *This Changes Everything*, Simon & Chuster, New York, 2014.

Le défi, pour nous juristes, est donc de répondre à leurs demandes, leur besoins d'un droit et de droits – eux aussi - devenus « terrestres », qui seraient capables de s'adresser à la manière dont ils intriquent des pratiques, des sensibilités, des modes de coopération, des ressources, des coutumes, en interdépendance étroite. Un mode juridique, donc, en devenir, inductif, topique, « sympoétique » plutôt que posé et abstrait, axiomatique et déductif : un droit topique et concret qui favoriserait pratiques et jurisprudence comme sources, bien plus que la loi ou/et la « doctrine ».

Serge Gutwirth
Février 2018