**Les limites du juridique**

Pierre Dardot

Les biens communs incarnent-ils un « signifiant vide », comme l’affirme Michele Spano au tout début de sa présentation d’un texte de Paolo Napoli (2014, p. 211) ? Il est difficile d’en décider à partir de la seule analyse de la notion. Mais à ne considérer que l’« inflation discursive » et l’ « usage incontrôlé du syntagme » (*ibid*., p. 215-216) en Italie au cours de ces dernières années, on serait volontiers porté à le penser. En tout état de cause, même si le concept est d’origine juridique, la locution elle est vite devenue un signe de ralliement, sinon une bannière, pour de nombreux acteurs engagés dans les combats les plus divers en Italie, au point d’éclairer souvent de façon rétrospective pour ces mêmes acteurs la portée de combats menés depuis plusieurs années (Mattei, 2014, qui donne l’exemple du mouvement NO TAV). Elle est même devenue propre à désigner la « génération » des étudiants qui sont « nés » dans et de ce mouvement[[1]](#footnote-1). Il n’est pas dans notre propos d’entrer dans le détail de la controverse juridique, ni de tenter d’expliquer la fortune politique extraordinaire de cette notion dans un pays comme l’Italie. Nous entendons seulement mettre en perspective ce mouvement relativement à d’autres expériences nationales autour des communs, nous demander quel est l’enjeu de l’élaboration d’un statut juridique des biens communs et tenter *in fine* de problématiser le rapport du juridique au politique qui est, sinon manifeste, du moins implicite dans cet effort d’élaboration.

**Une expérience originale et incomparable**

Incontestablement, l’originalité du mouvement italien aura été dès le début de donner à voir une « alliance tout à fait inédite » entre mouvements sociaux et juristes, même si cette alliance a pu paraître « tourmentée » (Napoli, 2014, présentation de Michele Spano, p. 212). En outre, fait remarquable, cette alliance fut *initiée* à partir des travaux des juristes. Rappelons en effet que ce sont les travaux de la commission Rodotà, de juin 2007 à février 2008, qui débouchèrent sur un Projet de Loi Déléguée soumis au Garde des Sceaux le 22 avril 2008. L’élaboration juridique accomplie par cette commission a donné une assise à plusieurs arrêts rendus par les plus hautes cours italiennes, alors même qu’elle n’a jamais été inscrite dans la Loi, en même temps qu’elle a fourni une base à nombre de luttes sociales. On aurait donc tort de ne voir dans ce point de départ juridique qu’une circonstance anecdotique, sans réelle conséquence pour la suite. Il est si décisif qu’Ugo Mattei a proposé d’identifier le mouvement pour les biens communs en Italie par l’acronyme « A22 », en référence à cette date du 22 avril. Le rapprochement avec le mouvement du M15 en Espagne est opéré de telle manière que l’émergence du mouvement italien est explicitement présentée comme « l’équivalent italien du mouvement des *indignados* espagnols » (Mattei, 2014). Toujours selon Mattei, le « A22 » ferait en quelque sorte pendant au 15M à ceci près que les expériences politiques du 15M et du mouvement *Occupy* aux Etats-Unis « furent cependant (et tout compte fait) plus éphémères que celle qui s’est développée en Italie, parce que cette dernière était solidement fondée sur une alliance entre élaboration théorico-juridique et pratiques militantes.» E E n d’autres termes, à en juger selon le seul critère de la durée, la comparaison tournerait à l’avantage de l’« équivalent italien » dans la mesure où il a dû, et doit, sa solidité à cette alliance inédite entre juristes et mouvements sociaux. Bien entendu, cette comparaison ne signifie nullement qu’on puisse hiérarchiser la qualité de l’indignation ici et là. Elle n’a d’autre sens que de révéler une « donnée politique » de l’expérience italienne relativement aux expériences de communs conduites dans d’autres pays. Toute la question est de savoir jusqu’à quel point une telle comparaison est fondée et, au-delà, si l’on peut s’autoriser à parler d’un « équivalent italien » du mouvement du 15M.

Pour pouvoir en décider, il faut s’imposer de ne comparer que ce qui est comparable. Quelle que soit la grille de lecture adoptée, le mouvement italien ne peut être décrit comme s’il s’agissait d’une « occupation » prolongée plusieurs années durant (de 2008 à aujourd’hui). Il ne constitue pas *un* mouvement unique et d’un seul tenant, qui aurait connu des hauts et des bas tout en témoignant d’une constance et d’une continuité jamais prise en défaut, pas du moins si l’on donne à mouvement le sens de « mobilisation ». L’élaboration juridique a abouti à la définition technique des biens communs, elle a bien fourni sa « grammaire théorique » à l’indignation provoquée par le décret Ronchi de 2009 qui prévoyait la privatisation des services publics locaux (dont ceux de l’eau) et elle a été sans aucun doute poursuivie avec une remarquable ténacité jusqu’à aujourd’hui[[2]](#footnote-2). Mais en même temps elle a rencontré des « expériences mûries de longue date en Italie» qui l’ont précédée, telles que les pratiques de l’occupation de « lieux voués à l’abandon ou à la spéculation », qui ont leurs propres rythmes et ne peuvent se réduire à des effets différés du travail des juristes (Napoli, 2014, p. 215-216). Et ce sont ces mêmes pratiques collectives qui sont venues, pour citer toujours le même travail, « se brancher » sur le référendum de l’eau de juin 2011, référendum qui a lui-même relancé le mouvement sur les biens communs, si bien qu’on a pu parler de « seconde génération » pour désigner les occupations pratiquées dans le sillage du référendum (Festa, 2016, p. 239). Bref, on a affaire non pas à une séquence continue à partir d’une unique source juridique, mais à un processus complexe fait de plusieurs séquences au cours desquelles des expériences, des pratiques et des discours divers, dont le discours de référence fut sans conteste le discours juridique, se sont prêtées un appui mutuel.

On est en revanche parfaitement fondé à parler *du* mouvement du 15M comme d’une séquence unique circonscrite dans le temps et dans l’espace : l’occupation physique des places y a duré environ un mois. Mais le terme prend alors un sens bien défini et beaucoup plus restreint, celui d’un événement. On n’y observe pas l’alliance des juristes et des acteurs sociaux propre à l’Italie, mais quelque chose de non moins singulier, à savoir le fait que la fin de l’occupation des places, loin de signifier la dissipation de l’immense quantité d’énergie concentrée dans l’espace-temps des places, a donné lieu à un redéploiement de cette énergie « en métamorphosant les territoires du quotidien », pour reprendre la formule du journaliste espagnol Amador Fernandez-Savater (2016). Des milliers d’initiatives ont proliféré : création d’assemblées de quartier, vague de défense des services publics, développement de la PAH (Plateforme des victimes des hypothèques) et de la lutte contre les expulsions, coopératives, jardins urbains, centres sociaux, nouvelles librairies, etc., qui sont autant d’*effets différés* de l’événement du 15M. Ainsi l’on peut dire que cet événement « a revêtu l’ensemble de la société d’une sorte de deuxième peau : une *surface extrêmement sensible* », un « espace de *haute conductivité* », « une *pellicule* ou un *film anonyme* où circulent des courants d’affects et d’énergies imprévisibles et ingouvernables ». Et c’est par cette peau ouverte, peau dilatée, peau forte, que la « dimension *commune* » de l’existence « s’est mise en mouvement », produisant des avancées dont, au premier chef, « la remise en cause des institutions politiques et culturelles qui dominaient l’Espagne depuis des décennies » (*ibid*.). Mais, contrairement à une vue très répandue, la constitution de Podemos n’est pas *un prolongement* de l’événement du 15M, elle ne se situe pas du tout sur le même plan que cette prolifération d’initiatives. La voie électorale ne s’est pas présentée comme une issue toute trouvée pour sortir de la « fermeture institutionnelle » à laquelle les mobilisations se heurtaient, comme si l’idée s’était finalement imposée qu’on ne pouvait briser cette fermeture qu’en investissant l’arène institutionnelle. Car avec Podemos, c’est une tout autre logique que celle de la « peau » qui a tendu à prévaloir : « […] les logiques de la représentation et de la délégation, de la centralisation et de la concentration qui ont été mises en cause par la crise et la pression de la rue lors du 15M se sont réinstallées dans l’imaginaire social. » Or ces logiques ont fait prévaloir un espace régi par la division entre acteurs et spectateurs, entre scène et coulisses, tout à l’inverse de la logique de la peau qui faisait prévaloir une relation active aux autres « en tant que collaborateurs et égaux avec qui penser et agir en commun ». De l’occupation des places à l’ouverture de la peau, la relation est de continuation et d’élargissement. Du 15M et de l’ouverture de la peau à la logique électorale, la relation est conflictuelle. La conclusion est sans appel : il faut « rouvrir la peau », c’est-à-dire « reprendre l’expérimentation à ras le sol et à hauteur des formes de vie » (*ibid*.).

La conscience de cette contradiction n’a pu naître que parce que le mouvement du 15M a porté dès le début l’exigence d’une « démocratie réelle ». Son point de départ fut une critique politique radicale de la démocratie représentative, d’inspiration nettement anti-oligarchique. C’est pourquoi il fut si difficile d’imposer aux cercles de base de Podemos une logique de représentation jusque dans le fonctionnement interne du parti. Dans le cas du mouvement italien des biens communs, on a bien un climat de « politisation générale » (Mattei, 2014) de la société, mais peut-on dire pour autant que les biens communs ont permis d’« inventer une politique post-représentative » (présentation de Spano dans Napoli, 2014, p 211) ? Cette politique d’« après » la représentation procède-t-elle d’une critique de la représentation *en tant que telle* ou plutôt d’une critique de la représentation traditionnelle qui ne va pas jusqu’à l’exigence d’une démocratie radicale ? De ce point de vue, il n’est pas indifférent que « le parti qui a intercepté la vague de la mobilisation référendaire » ait été, non un « équivalent » de Podemos, mais le mouvement Cinq Etoiles (Mattei, 2014). Car, n’en déplaise aux adeptes d’un usage généreux du terme de « populisme », ces deux formations sont bien différentes. En Espagne, l’échec de la stratégie de la « centralité » (ni droite, ni gauche) a contraint Podemos à occuper la place d’un parti de *gauche* qui a su capter l’aspiration à une démocratie radicale. Pour l’heure on n’observe rien de tel en Italie : le discours du parti de Beppe Grillo continue de charrier des « accès réactionnaires insupportables » (*ibid*.). Manifestement, la défense sincère des biens communs peut s’accommoder d’une critique pour le moins ambigüe de la représentation politique traditionnelle. La contradiction entre l’aspiration à une démocratie radicale et la logique même de la représentation n’a donc pas pu être expérimentée à une large échelle comme en Espagne. Il faut par conséquent nous interroger sur le rapport que l’élaboration juridique de la catégorie des biens communs entretient avec la question de la critique des institutions politiques en place : les biens communs constituent-ils l’« essence ultime de la démocratie » (*ibid*.) ? Ou bien faut-il tenir que les « institutions démocratiques » ne doivent pas être pensées sous la notion de commun (Marella, 2016, p. 197) ? Quelle conception de la démocratie le discours juridique des biens communs engage-t-il ?

**La question du statut juridique des biens communs**

Pour clarifier ce point il importe tout d’abord de rappeler que l’adoption de l’expression de « biens communs » tient à une « matrice lexicale » constituée de deux éléments : tout d’abord une particularité linguistique, puisque « *comuni* » renvoie en italien aux municipalités et ne peut donc signifier directement les « communs » ; ensuite, « l’intention de reformuler le titre du code civil sur les biens » (Festa, 2016, p. 244). C’est pourquoi il faut restituer cette intention pour saisir toute la portée de la définition juridique des biens communs donnée par la commission Rodotà : ce sont « des choses fonctionnellement utiles à l’exercice des droits fondamentaux et au libre développement de la personne » (Spano, dans Napoli, 2014, p. 212). Ce qui retient d’emblée l’attention, c’est l’affirmation d’une « symétrie » entre les biens communs et l’exercice des droits de la personne, de sorte que l’universalité des droits retentit en quelque sorte sur celle des biens en les rendant également universels (*ibid*., p. 214, note 11). Les biens communs ne sont pas universels en eux-mêmes mais du fait de leur relation à des droits qui sont eux intrinsèquement universels. Ils sont donc caractérisés par un « lien d’affectation » (Marella, 2016, p. 196) dans la mesure où ils sont indissociables de la réalisation de ces droits fondamentaux.

Un tel lien interdit de ne voir dans la catégorie juridique des biens communs une simple dérivation de la tripartition des biens (biens privés, biens publics, biens communs) opérée par une certaine économie politique. Certes on retrouve bien dans le discours juridique italien cette même tripartition, mais la connexion affirmée entre droits fondamentaux et biens communs n’est pas sans renouveler profondément la notion de « biens communs ». Dans le discours de l’économie standard, le bien est défini, non par son appropriabilité comme en droit, mais par la satisfaction du besoin qu’il permet, par le type de consommation qui lui est attaché et par le caractère de sa production (marchande ou non). Rappelons en effet que la tripartition établie par les économistes se fonde sur la combinaison de deux critères, ceux de l’exclusivité et de la rivalité : un bien privé se caractérise par la rivalité et l’exclusivité, un bien public par la non-rivalité et la non-exclusivité, un bien commun par la non-exclusivité et la rivalité[[3]](#footnote-3). Trois points font problème dans cette nomenclature. Le premier est que les biens sont toujours appréhendés à partir de leur mode de consommation et du rapport entre leur offre et leur demande : ce mode lèse-t-il ou non les autres ou fait-il obstacle à leur accès à ce bien ? Le deuxième point est le caractère exclusivement négatif de la définition des « biens publics » : ils ne peuvent être produits spontanément par le marché, ils procèdent d’une défaillance du marché (*failure of market*) regardé comme le mécanisme normal d’allocation des ressources. Le troisième point est l’équivocité qui s’attache au terme de « bien ». En effet ce dernier peut être entendu en un sens très général comme un synonyme de « valeur ». Mais « valeur » peut aussi bien renvoyer à l’utile ou l’avantageux au sens éthique et politique (*agathon*) qu’à ce qui est susceptible d’acquisition et d’échange (*ktêsis*). Ainsi le « bien commun » de la philosophie politique s’identifie à une norme de droit, mais il n’est pas un « bien » au sens de ce qui peut être possédé et échangé, il échappe à la sphère du commerce. Dans le cas des biens économiques il s’agit au contraire de choses qui sont produites d’emblée à partir de la logique de l’offre et de la demande, donc en fonction de l’échange marchand.

Par contraste, les biens communs auxquels se réfère la définition juridique italienne semblent échapper à tout naturalisme ou à tout essentialisme. Le lien qui les rattache aux droits fondamentaux est en effet tel qu’ils ne peuvent être réduits à de simples ressources économiques comme les autres. Si l’on peut établir une liste des biens communs, celle-ci ne doit pas être déterminée en fonction de leur supposée « nature » ou de caractéristiques techniques purement intrinsèques, mais toujours à partir de leur relation aux personnes. On ne saurait trop insister sur ce point : la catégorie juridique des biens communs se rattache à une véritable « constitutionnalisation » de la personne amorcée au lendemain de la Seconde guerre mondiale : à la différence de l’abstraction du « sujet » comme individu isolé des autres, la « personne » est d’emblée inscrite dans un contexte social et rapportée par ses besoins à des conditions matérielles d’existence (Rodotà, 2016). Ce n’est donc pas parce que certains biens sont en eux-mêmes communs qu’ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne, mais c’est parce qu’ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne qu’ils doivent être considérés comme des biens « communs » au sens de biens « universels ». Dans la mesure où les droits de la personne sont inaliénables, les biens communs doivent également échapper la logique du marché et de la concurrence. En ce sens la logique des biens communs « nous pousse *au-delà du monde des biens* » et « nous rapporte à la personne dans son intégralité et à l’ensemble de ses droits fondamentaux » (*ibid*., p. 226). Ce sont la personne et ses droits qui constituent le véritable point de départ de l’élaboration de la catégorie des biens communs, non l’inspection des caractéristiques techniques des différentes sortes de biens identifiés d’après leur mode de consommation. Si l’on veut toujours parler de « bien » à propos de la personne et de ses droits, il faudra alors préciser que ce bien est éthique et politique (*agathon*), et non d’acquisition, de possession ou d’échange (*ktêsis*). On est ainsi fondé à distinguer trois sortes de valeur : la valeur *éthique* de la personne comme foyer des droits fondamentaux, la valeur d’*utilité* des biens communs ou valeur instrumentale, la valeur *marchande* qui est celle des biens économiques en tant qu’ils entrent dans la sphère du commerce. La valeur d’utilité des biens communs est donc subordonnée à la valeur *éthique* de la personne avec ses droits fondamentaux qui n’est ni une valeur d’utilité, ni une valeur marchande.

Dans ces conditions on peut se demander s’il est judicieux de vouloir insérer de toute force la catégorie *juridique* des biens communs dans une classification *économique* qui repose sur une critériologie indifférente à cette « constitutionnalisation » de la personne, puisque commandée par la seule logique de la production et de la consommation. D’autant que les besoins collectifs auxquels renvoie la constitutionnalisation de la personne ne sont pas réductibles à la dimension de la survie biologique : les biens communs doivent « garantir une existence libre et digne » et impliquent en ce sens un principe crucial de solidarité, lequel est, est-il besoin de le préciser, étranger au comportement de l’*homo oeconomicus* tant comme consommateur que comme producteur. Parler tout uniment de « ressources » pour définir les « biens communs » (Marella, 2016, p. 197) n’est guère satisfaisant : l’espace urbain peut-il être considéré comme une « ressource », sans parler des « institutions et services publics » comme l’université, l’école, les services hospitaliers (*ibid*., p. 198)? Tout bien qui satisfait un besoin fondamental de la personne est-il une « ressource » destinée à être produite et consommée? Le recours au lexique économiste ne révèle-t-il pas ici ses limites ? De ce point de vue, la notion de « biens publics mondiaux » entretient la confusion en amalgamant des choses aussi différentes que la paix, la justice, la santé, la stabilité financière, la couche d’ozone, le climat, etc.(Kaul *et al*., 2002) Ces deux derniers biens, formant « l’indivis naturel mondial », sont réduits à des « variables de stock », tout comme les biens qui constituent le patrimoine commun fabriqué par l’homme (la connaissance, le patrimoine culturel, l’Internet), tandis que les biens qui résultent de politiques mondiales (la paix, la santé, la stabilité financière) sont des « variables de flux » dans la mesure où un effort continu est nécessaire pour s’assurer de leur offre (*ibid*., p. 203 et 208). En dernière analyse, les « biens publics mondiaux » ne sont que des biens « collectifs » dont l’offre peut être fournie par la « gouvernance » néolibérale des acteurs privés et étatiques, ils ne sont pas véritablement communs au sens d’ « universels ». En effet, si les biens communs du discours juridique italien sont *universels* c’est parce qu’ils sont indissociables de la personne en tant que telle. Ce n’est nullement le cas des biens publics mondiaux qui sont seulement *collectifs* au sens où leurs avantages doivent au minimum s’étendre à un plus d’un groupe de pays et n’exclure ni un groupe de populations donné ni un ensemble de générations donné, ce qui n’est nullement équivalent à « universels ». Aussi est-il risqué de considérer rétrospectivement les « biens publics globaux » (Rodotà, 2016, p. 214) comme un moment dans l’élaboration d’un droit des biens communs, tant leur conception et leur gestion concèdent à la logique économique dominante.

Il est en revanche un point où le discours juridique relatif aux droits de la personne produit un effet de clarification éminemment salutaire. On doit en effet se garder de la tentation de penser les biens communs par analogie avec les anciens *commons* qui ont précédé les *enclosures*. Il faut « se protéger de toute tentation nostalgique » et « se libérer de la séduction de la pré-modernité dont, parfois, on finit par proposer, consciemment ou non, une réhabilitation» (*ibid*., p. 220). Les communs médiévaux étaient des communs fermés qui ne valaient que pour un lieu déterminé étroitement circonscrit, généralement une paroisse ou un village – ce qui justifie amplement E. P. Thompson de parler de *lex loci* (Thompson, 1993). A propos des terres communales de l’Angleterre médiévale, Allan Greer observe qu’elles étaient « fondamentalement affaire d’exclusion » et que leur régime très inégalitaire profitait surtout aux plus riches (Greer, 2015, cité aussi par Rodotà dans ce volume). D’une manière plus générale, tout en contribuant à garantir la subsistance des pauvres par la reconnaissance de droits d’usage collectif, le droit coutumier entretenait une indistinction des choses et des droits qui ne pouvaient que faire obstacle à l’émergence des droits de la personne[[4]](#footnote-4). Pour des raisons différentes, et si stimulante qu’elle soit par ailleurs, c’est là également une limite de la conception aristotélicienne du *koinonein* qui implique assurément une certaine idée du « droit naturel », mais ne peut s’élever jusqu’à celle des droits de la personne humaine comme telle.

En outre, le mérite de cette définition à partir de la personne est de révéler que les biens communs échappent à la relation juridique classique sujet/objet. En d’autres termes, ce n’est pas parce que la personne et ses droits fondamentaux donnent aux biens communs leur dimension constitutionnelle que la personne est le sujet juridique des biens communs. La détermination des besoins de la personne est affaire collective et ne procède pas d’un sujet préconstitué procédant à un inventaire détaché. Elle renvoie non à une subjectivité prédéterminée mais à une « communauté de référence » dont les limites « ouvertes et fluides » sont avant tout fonction d’une activité collective consistant à prendre soin des communs et à les prémunir de toute « logique de compétitivité et d’accumulation » (Festa, 2016, p. 253). Pour cette même raison l’humanité prise comme tout (l’ensemble des personnes) ne saurait constituer un sujet juridique ou une communauté de référence. Comme le fait très justement remarquer Daniela Festa, la définition juridique « ne vise pas à mettre en relation les communs avec une communauté humaine - indéterminée et désincarnée – d’échelle globale », car il « ne s’agit pas d’universaliser la communauté de référence mais d’universaliser la connexion entre communs et libre développement de la personne » (*ibid*., p. 252). Les communautés de référence sont nécessairement situées pour autant qu’elles sont *constituées* par leur lien à tel ou tel bien commun. Il y a donc *des* communautés de *référence* qui ne se confondent ni avec la communauté *idéale* de l’humanité ni avec des communautés d’*appartenance* au sens traditionnel du terme. D’une manière générale, il faut dire que les biens communs sont irréductibles à de simples « objets » ou « choses ». Rien ne le met mieux en évidence que la circularité de la définition proposée par Ugo Mattei : « Un bien commun lie de manière inextricable une subjectivité collective faite de besoins, de rêves et de désirs) et un lieu physique (le bien commun justement) dans une relation qualitative comparable à celle qui lie un être vivant à son écosystème» (Mattei, 2014). Ici le bien commun est à la fois le tout de la relation (le « lien » lui-même) et l’un des termes de la relation (le « lieu physique »), ce qui interdit de le réduire au lieu physique. La circularité de la définition peut ainsi être lue, non comme un vice formel, mais comme l’expression de la « relation circulaire » entre un bien commun et une communauté de référence (Marella, 2016, p. 195). On peut toutefois se demander s’il ne serait pas plus simple de pousser jusqu’au bout cette logique en réservant la dénomination de « bien commun » à la « corrélation » entre objet et pratique plutôt qu’au pôle de l’objet.

Quoiqu’il en soit, la reconnaissance juridique des biens communs oblige à aller au-delà de la logique binaire propriété publique/propriété privée ou encore Etat/marché. En effet, ce qu’elle met en question n’est autre que le « nœud propriété/souveraineté » (Rodotà, 2016, p. 229). Encore faut-il s’entendre sur le sens de ce « nœud » si fondamental pour l’histoire du droit en Occident et au-delà. La symétrie entre souveraineté étatique (de droit public) et propriété individuelle (de droit privé) résulte d’un long processus d’hybridation de l’*imperium* et du *dominium*, comme l’a bien montré Max Weber (1986). C’est en réalité d’une véritable homologie qu’il convient de parler si l’on se réfère au résultat de ce processus : d’un côté comme de l’autre on a affaire à un sujet propriétaire d’un patrimoine. Chez certains légistes du XVIIe siècle l’*imperium* apparaît encore comme la forme publique du *dominium*: Charles Loyseau tient pour équivalents *imperium*, *potestas* et *dominatio* au point d’écrire que « le roi est parfaitement seigneur, ayant en perfection la propriété de toute puissance publique » (Loyseau, 1613, p. 187-188). La souveraineté est donc un droit de propriété qui a pour titulaire la personne du roi et cette propriété est absolue comme tout droit de propriété. La distinction ultérieure entre la propriété personnelle du monarque (le domaine privé) et la propriété de la Couronne (le domaine public) permet de dissocier la propriété publique impersonnelle de la propriété personnelle du droit civil, mais la souveraineté n’en reste pas moins encore pensée selon la logique de la propriété. Avec la Révolution c’est un transfert de la propriété à la nation qui s’accomplit. Comme l’écrit Léon Duguit : « A tout patrimoine, il faut un sujet ; c’était autrefois le roi ; ce sera maintenant la nation personnifiée » (Duguit, 2003, p. 329). La « titularité diffuse » qui est propre aux biens communs ne peut donc que heurter de front la logique propriétaire sous les deux formes de la souveraineté étatique et de la maîtrise privée. Rien ne montre mieux la complémentarité de ces deux faces de la même logique que l’adoption par le Congrès américain le 25 novembre 2015 de la Loi HR2262 appelée *Competitiveness Act*. Cette Loi relève d’un acte de souveraineté étatique qui contourne l’interdiction faite aux Etats par le traité sur l’espace (1967) de s’approprier l’espace extra-atmosphérique et les corps célestes qui s’y trouvent, mais sans la violer formellement. Elle joue habilement d’une limite du traité de 1967 qui ne valait que pour les Etats, seuls sujets de droit internationalement reconnus. En effet, l’Etat octroie aux entreprises américaines un titre juridique, celui de propriétaire, qu’il ne s’interdit à lui-même que pour mieux le garantir à ceux auxquels il l’a délégué. L’*imperium* donne ainsi toute licence aux candidats au *dominium* de s’approprier sans limite aucune toute ressource (les minerais rares des astéroïdes) dont ils pourront s’emparer. On en peut donc rapprocher la logique des biens communs de celle du « patrimoine commun de l’humanité » dans la mesure où ce dernier paradigme consacre la logique de l’*interétatique* au détriment de l’exigence d’une véritable universalité qui s’imposerait également aux sujets de la propriété privée. La « limite au pouvoir d’occupation des Etats » n’est pas en soi un obstacle à la « rapacité des intérêts économiques particuliers » (Rodotà, 2016, p. 215). Et l’humanité ne « devient » pas une « communauté des Etats » par la vertu d’une politique de compensation à l’échelle mondiale, comme on pourrait le penser à partir de la description donnée par Stefano Rodotà.La logique des biens communs, si toutefois l’on entend par là des biens véritablement universels, appelle plutôt le dépassement de l’interétatique dans le cosmopolitique.

**La primauté du principe politique de la démocratie**

Avec cette question de la souveraineté étatique on touche à la question fondamentale de la démocratie. En quel sens peut-on soutenir que la logique des biens communs porte une exigence de démocratie qui va au-delà de la souveraineté étatique ? En tout état de cause, on ne peut se dispenser de poser le problème des *institutions* spécifiques requises par la gestion des biens communs. On peut faire valoir que ces institutions appellent la mise en place d’un « mode de gestion participatif », qui, dans le cas des services publics, doit se substituer au modèle traditionnel, vertical et paternaliste, dans lequel le citoyen ne fait que « recevoir une prestation de la part d’un service public fournisseur » (Marella, 2016, p. 198). Mais quel rapport peut-on établir entre ce « mode de gestion » et les « institutions démocratiques » ? Peut-on exclure les « institutions démocratiques » du domaine du commun tout en valorisant la co-participation dans la gestion des biens communs, à la suite de Maria Rosaria Marella ? Faut-il comprendre que cette co-participation ne constitue pas par elle-même une institution démocratique, ou bien plutôt, que les « institutions démocratiques » auxquelles il est fait allusion ne sont pas fondées sur la co-participation ? Il s’agirait alors des institutions de la démocratie *représentative* telles qu’elles fonctionnent à l’échelle de l’Etat. Car, à la différence des ressources qui doivent être gérées « sur un mode participatif » et qui « sont identifiées indépendamment de titres formels d’appartenance (publique ou privée) », les institutions démocratiques à l’échelle de l’Etat relèvent quant à elles indéniablement du public. Mais ce qui vaut des services publics assurant des biens communs ne vaudrait plus des institutions de la démocratie représentative : le mode de gestion participatif ne serait pas ici de mise. On aurait ainsi une co-participation au niveau des services publics fournissant l’accès aux biens fondamentaux et une relation hiérarchique et verticale de représentation pour les dites « institutions démocratiques ». En outre, l’exclusion de ces institutions hors du commun reçoit une justification pour le moins étrange : le droit d’accéder à la démocratie, tout en étant un « droit politique fondamental » garanti par la constitution, ne peut être pensé en termes de commun (*ibid*., p. 197). Si l’on se souvient que c’est l’aptitude à satisfaire un droit fondamental de la personne qui fait le bien commun, on se demandera pourquoi les institutions démocratiques, si du moins elles garantissent au citoyen le droit fondamental d’accès à la démocratie, ne sont pas des biens communs.

La question qui surgit alors est celle de savoir comment identifier les biens communs, c’est-à-dire comment décider du caractère de « bien commun » d’une ressource naturelle, d’un espace physique ou d’un service. Plus directement encore elle est de savoir comment déterminer les droits fondamentaux de la personne et à partir de là désigner les biens indispensables à leur réalisation. Il est utile de le rappeler, à l’encontre de toute « nomenclature *essentialiste* » (Festa, 2016, p. 247) : « La liste des biens communs est historiquement déterminée, non pas en raison de leur « nature », mais bien en fonction d’*objectifs politiquement définis*» (Rodotà, 2016, p. 216). On l’accordera sans peine, la définition de ces objectifs implique « la mise au point d’instruments institutionnels » susceptibles de désigner les biens directement nécessaires à la satisfaction des droits de la personne. Il est des biens dont l’identification ne semble guère poser de problème, comme l’eau, l’air, la nourriture et la connaissance : ils sont directement déduits d’un droit fondamental, l’accès à l’eau potable, le droit à un air non pollué, le droit à une nourriture suffisante, le droit à la connaissance (*ibid*., p. 229). Mais si dans chaque cas on part d’un droit fondamental déterminé pour identifier le bien qui peut en assurer la garantie, qu’en est-il du rapport que les droits entretiennent les uns avec les autres ? Cette question est d’autant plus incontournable que le droit qui est censé être le point de départ de la déduction du bien commun n’est pas toujours aisé à identifier : ainsi, lorsque la Cour suprême de l’Inde a établi en 2013 que « la garantie du droit fondamental à la santé prévaut sur l’intérêt propriétaire à la garantie du brevet », pourquoi ne peut-on en conclure que le bien commun soit la santé elle-même ? Pourquoi faudrait-il en inférer que c’est la « connaissance pharmacologique » qui est le bien commun plutôt que la santé ? Car si l’accès à la connaissance pharmacologique doit être libre, c’est bien parce qu’il garantit l’effectivité du droit fondamental à la santé. On ne pourra faire l’économie d’une réflexion sur la relation des droits entre eux, surtout si l’on présuppose l’indivisibilité des droits fondamentaux, comme le fait Rodotà. Et si cette indivisibilité renvoie à l’ensemble des exigences de la vie en tant qu’elle est une vie libre et digne, alors on voit mal comment on pourrait éviter de reconnaître dans l’accès à la démocratie un droit fondamental de la personne et dans la démocratie elle-même un bien commun. Il ne s’agit pas simplement de la « démocratie de proximité » requise par la gestion collective des espaces urbains (*ibid*.). Il s’agit bien au-delà de la démocratie comprise dans son sens le plus radical, comme co-participation de tous les citoyens aux affaires publiques. Ce n’est pas une exigence abstraite, c’est une condition de possibilité de la gestion des biens communs eux-mêmes. Car comment prendre en compte « l’émergence d’une *société qui s’organise* non seulement pour gérer, mais aussi pour *identifier* ces biens » (*ibid*., p. 230) sinon en faisant de la démocratie non seulement un bien commun mais, au-delà, la condition de possibilité de l’identification des biens communs ? Avec cette exigence nous touchons à un principe « méta-institutionnel » sans lequel il est impossible non seulement de gérer mais même d’identifier les « biens communs » : c’est à chaque fois à la société elle-même de déterminer ce qui est un bien commun et ce qui ne l’est pas en fonction de l’appréciation collective qu’elle porte sur les besoins de la personne. Une telle détermination n’est pas, tant s’en faut, l’affaire exclusive des juristes. Elle ne peut procéder que de l’« auto-organisation » de la société, ou, pour le dire avec Castoriadis, de l’« auto-institution » de la société. C’est la démocratie entendue en ce sens que nous avons proposé d’appeler le « principe politique » du commun. Selon ce principe, pour citer Aristote, « vivre ensemble (*suzên*) implique un agir commun (*sunergein*, un co-œuvrer)» (Aristote, 2013, traduction modifiée). La désignation des biens communs ne peut procéder elle-même que d’un agir commun. Cette exigence n’a rien d’une procédure formelle, elle est le bien éthique et politique par excellence.

Ainsi il ne suffit pas de prendre acte des limites du juridique relativement aux pratiques collectives de résistance de manière à éviter de sombrer dans une « conception panjuridique » des biens communs (Marella, 2016, p. 197). Il est plus important encore de reconnaître les limites du juridique, non pas relativement *au* politique, mais relativement à *la* politique entendue comme activité de mise en commun régie par le principe de « l’égalité dans le prendre part ».

**Bibliographie**

ARISTOTE, 2013, *Ethique à Eudème*, Paris, Flammarion.

DUGUIT Léon, 2003 [1901], *L’Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz.

FERNANDEZ-SAVATER Amador, 2016, « Incarner la politique » [en ligne], *Revue Ballast*, [URL : <http://www.revue-ballast.fr/incarnation-de-la-politique>], consulté le 26 avril 2016.

FESTA Daniela, 2016, « Les communs urbains. L’invention du commun », *Tracés*, hors-série n°16, p. 233-256.

FURETIERE Antoine de, 1690, *Dictionnaire universel*, tome III.

GREER Allan, 2015, « Confusion sur les communs » [en ligne], *La Vie des idées*, [URL : <http://www.laviedesidees.fr/Confusion-sur-les-Communs.html>], consulté le 26 avril 2016.

KAUL Inge, GRUNBERG Isabelle et STERN Marc A., 2002, *Les biens publics mondiaux*, Paris, Economica.

LOYSEAU Charles, 1613, *Cinq livres du droit des offices*, Livre II, *Du droit des offices*, 2e édition, Paris, Veuve A. L’Angelier.

MARELLA Maria Rosaria, 2016, « La propriété reconstruite. Conflits sociaux et catégories juridiques », *Tracés*, hors-série n°16, p. 195-210.

MATTEI Ugo, 2014, « La lutte pour les biens communs en Italie. Bilan et perspectives » [en ligne], *Raison publique*, [URL : <http://www.raison-publique.fr/article683.html>], consulté le 26 avril 2016.

NAPOLI Paolo, 2014, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs », *Tracés*, n°27, p. 211-233.

QUARTA Alessandra et SPANO Michele éd., 2016, *Beni Comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milan, Mimesis (Eterotopie).

RODOTA Stefano, 2016, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXIe siècle », *Tracés*, hors-série n°16, p. 211-232.

THOMPSON Edward P. 1993, *Customs in Common*, New York, The New Press.

WEBER Max, 1986, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France.

1. Ainsi qu’en témoigne la parution récente d’un livre collectif réalisé par de jeunes chercheurs qui appartiennent à cette génération : Quarta et Spano (éd., 2016). [↑](#footnote-ref-1)
2. Ainsi qu’en témoignent entre autres les textes de juristes rassemblés ici. [↑](#footnote-ref-2)
3. A quoi il faut ajouter, pour compléter cette nomenclature, les « biens de club » qui se caractérisent par l’exclusivité et la non-rivalité. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ainsi en France, au XVIIe sc., le terme d’« usage » désignait tout autant des choses : les bois, pâturages, terres vaines et vagues, que les droits qui s’attachaient à ces choses (Furetière, 1690, article « Usage »). [↑](#footnote-ref-4)