

DES COMMUNS « À DOUBLE RÉVOLUTION »

Étienne Le Roy

Editions juridiques associées | « [Droit et société](#) »

2016/3 N° 94 | pages 603 à 624

ISSN 0769-3362

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2016-3-page-603.htm>

Pour citer cet article :

Étienne Le Roy, Des Communs « à double révolution » , *Droit et société* 2016/3 (N° 94), p. 603-624.

Distribution électronique Cairn.info pour Editions juridiques associées.

© Editions juridiques associées. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Des Communs « à double révolution »

Étienne Le Roy

Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Centre Malher, 9 rue Malher, F-75181 Paris cedex 04.
<leroydeguise@orange.fr>

■ Résumé

La question des Communs fait un retour remarqué sur la scène intellectuelle et politique en remettant en cause tant notre rapport addictif à la propriété que nombre de constructions institutionnelles (l'État, le droit, le Marché) que nous croyons naïvement acquises et universalisées. Pour en comprendre les enjeux, il faut tout d'abord en saisir l'originalité initiale et radicale par le détour anthropologique d'expériences outre-mer puis apprécier ses modes particuliers de confrontation contemporaine au marché généralisé et capitaliste. Nous vivons ainsi une double révolution, comme redécouverte « copernicienne » de relations précapitalistes et comme rupture possible avec l'ordre propriétaire suggérant un dédoublement fonctionnel de la notion de Communs.

Communs – Données ethnographiques – Droits de propriété – Marché capitaliste – Pluralisme juridique.

■ Summary

“Double Helix” Commons

The Commons are coming back intellectually and politically, questioning our subordination to ownership and to any long established, and nearly universal, institutional constructions like State, Law, or Market. To understand the stakes, we have to comprehend its initial and radical originality, by means of an anthropological detour overseas and the observation of contemporary confrontations with the Market and capitalism. We are currently experiencing a twofold revolution: a Copernician rediscovery of ancient and pre-capitalist relationships and a possible rupture with the pre-eminence of ownership. We propose a functional duality in the notion of the Commons.

Commons – Critical legal studies – Legal and pluralist anthropology – Market – Property rights and ownership.

Pour rendre compte des transformations contemporaines concernant les régimes de propriété et ce qu'on dénomme de façon expéditive et impropre juridiquement « les biens communs » sur lesquels je reviendrai, j'ai choisi d'y associer le concept de révolution qui a le mérite de désigner deux réalités : d'une part, le « mouvement en courbe fermée » qui est dit « copernicien » quand il est appliqué au mouvement des astres ; de l'autre, « le changement soudain », lui-même lié dans nos imaginaires aux ruptures politiques, sociales ou économiques qu'ont connues nos sociétés européennes depuis le XVIII^e siècle. Mon titre initial était donc « La double révolution des Communs ». Mais je n'ai pu m'empêcher de pousser plus loin l'image et d'user de la métaphore architecturale de « la forme qui est enroulée sur [elle]-même », à la manière d'un escalier à deux volées symétriques dit « à double révolution ». S'il ne faut pas trop pousser cette représentation qui supposerait que deux explications relatives à la place et au rôle des Communs¹ ne se recoupent pas selon le principe des parallèles dans la géométrie euclidienne, mon souci est d'introduire dans l'esprit du lecteur non seulement l'idée d'un dédoublement de principes d'organisation mais aussi, selon la métaphore de l'escalier, une axiologie en débouchant sur un étage supérieur de compréhension du monde dans lequel nous entrons en redécouvrant puis en mobilisant ainsi les Communs.

Et pour saisir l'importance de cette double révolution des Communs, on doit accepter la nécessité d'aborder cette question, à la fois vieille comme le monde (*infra*) et en plein renouvellement, par un certain didactisme. En effet, cet article a pour vertu, ou pour contrainte selon le point de vue, de révéler la finitude ou l'incomplétude de questions que nous croyons valides universellement et donc définitivement assurées mais qui ne le sont plus anthropologiquement parlant ou, au moins, plus comme nous le supposons il y a peu.

Si mon récit s'inscrit ainsi dans une anthropologie politique de la juridicité et bénéficie des remises en question qu'implique cette « science de l'autre en société », il n'est pas indispensable de la pratiquer professionnellement pour adhérer à ces observations voire pour formuler des propositions originales. Toutes les sciences de l'homme et de la société participent à ce mouvement de reformulation des problématiques, en allant des économistes, pour lesquels les Communs étaient déjà une notion familière mais méprisée, aux juristes et politistes qui ne l'abordent trop souvent qu'en la caricaturant.

Pour réduire ces caricatures ou simplismes, je vais commencer par pointer les problèmes posés par les théories de la propriété à partir du contexte des réformes foncières en Afrique où propriété privée et Communs continuent à entrer en collision (I). Puis, dans un deuxième temps, je ferai une présentation synthétique de ce qu'on sait actuellement des Communs en expliquant pourquoi « faire commun » (*commoning*) l'emporte sur une comparaison avec un régime de biens (II). Dans un troisième

1. Par convention et pour rompre avec d'autres usages confondant le commun et le vulgaire, les communs et la résidence de la domesticité, le Commun et un idéal de révolution politique et idéologique, j'emploie le pluriel et une majuscule depuis *La terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris : LGDJ, 2011. Il en ira de même pour le Marché, désignant le mode capitaliste de généralisation des échanges.

temps, j'approfondirai la question cruciale de la nature originale des droits des « commoneurs » (un anglicisme en voie de domestication) et des modes de gouvernance qu'ils induisent entre droits inclusifs et exclusifs, pour découvrir dans les usages contemporains la double révolution à l'œuvre, conduisant à distinguer deux types de Communs et, par là, à mieux comprendre la complexité du monde dans lequel nous entrons, annonçant, peut-être, un néo-capitalisme (III).

I. Collisions à l'échelle planétaire entre deux régimes d'appropriation des ressources, par les Communs et par la propriété privée

I.1. Préliminaires épistémiques

Avant d'entrer dans le vif de la connaissance des Communs, il faut d'abord intégrer l'idée que si nous n'en savons rien, ou si peu, c'est parce que tout ce qui a trait aux Communs a été modifié, caricaturé ou falsifié pendant des décennies. La question des Communs a ceci de dérangeant que nous croyons la maîtriser si, en juristes, nous nous référons à la définition de l'article 542 du Code civil² ou, en économistes, aux « enclosures » des *commons* anglais aux origines de la propriété foncière outre-Manche, une question expédiée par Garrett Hardin en 1968 et dont je reparlerai.

Nous avons accepté de reproduire sans esprit critique des explications qui révélaient une « innocence », ou plutôt une naïveté dès lors que nous continuons à ignorer cette autre révolution intellectuelle et institutionnelle que représente *l'invention de la propriété privée dans les rapports de l'homme à la terre* et à ses ressources³. Avant le milieu du XVIII^e siècle européen (surtout anglo-français), la tenure des terres était plus collective qu'individuelle (en fait largement communautaire, d'où les Communs)⁴ et la propriété privée, connue depuis longtemps et organisée en droit romain par exemple, soit ne pouvait porter sur les ressources indispensables à la reproduction des groupes comme la terre, soit ne pouvait sortir du groupe donc être aliénée (de *alienus*, étranger) que sous des conditions exceptionnelles, tel le *mancipium* du droit romain⁵. De ce fait, n'étaient pas réunies les conditions exigées par notre conception moderne de la propriété et décrites par l'article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements. »

Nous réalisons mal que nous sommes entièrement inscrits dans une société dominée par la marchandisation et dans laquelle la propriété comme droit d'exclure est la loi de l'échange sur le Marché et la propriété privée comme droit de disposer de la manière la plus absolue est la loi du Marché généralisé, donc du capitalisme⁶. L'historien des fondations du capitalisme Karl Polanyi le dit d'une

2. *Code civil (des Français)* [1804], Paris : Litec, 1996.

3. Grégoire MADJARIAN, *L'invention de la propriété, de la terre sacrée à la société marchande*, Paris : L'Harmattan, 1991. Voir aussi Étienne LE ROY, *La terre de l'autre*, *op. cit.*, p. 258-266.

4. Joseph COMBY, « L'impossible propriété absolue », in Catherine CHEVALET (dir.), *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, Paris : ADEF, 1991, p. 9-19.

5. Étienne LE ROY, *La terre de l'autre*, *op. cit.*, p. 252.

6. Nous aurons à approfondir cette distinction entre propriété et droit d'exclure et propriété privée caractérisée par son absolutisme dans la troisième partie.

manière simple et pertinente pour expliquer cette « Révolution elle-même [...] ». Nous avançons l'idée que tout cela est simplement le résultat d'un unique changement fondamental, la création d'une économie de marché et qu'on ne peut pleinement saisir la nature de cette institution si on ne conçoit pas quel est l'effet de la machine sur une société commerciale ⁷. »

Or nous sommes devenus « addicts » *du propriétaire*, même quand il a « le visage humain » du solidarisme (on ne parle plus de socialisme). Tout, jusqu'aux humeurs du corps humain, est susceptible d'être introduit et échangé sur le Marché et les rares défenses existant contre les risques éthiques et bioéthiques de cette déshumanisation progressive sont constamment contrebalancés par les nouvelles avancées du Marché, comme pour le séquençage du génome. J'ai ainsi le sentiment que c'est ce climat de guerre de tranchées face aux tentatives d'invasions de la sphère de l'humain, de l'intime et du collectif, de l'entre soi, par des pratiques capitalistes qui a concouru à cette actuelle seconde révolution des Communs en retour à la révolution initiale de la propriété privée du XVIII^e siècle.

Pourtant, il ne suffit pas de repérer les invasions et les tentatives de réponses pour comprendre tant les potentialités de cette révolution des Communs que ses contraintes et ses limites. Notre addiction au propriétaire est telle que nous imaginons difficilement pouvoir nous passer de la terminologie de la propriété pour traiter des Communs. Nous le verrons, si l'expression anglaise *common property* est recevable ici, c'est à condition de traduire l'expression par « possession commune » et non par « propriété commune » parce qu'alors l'absolutisme de la propriété entre en contradiction avec les limites et obligations que s'imposent les « commoneurs ». Il faut, sans doute, une expérience de terrains « outre-mer » pour identifier des situations étrangères à nos explications, ignorant même l'idée de propriété afin de qualifier la gestion de droits et obligations portant sur des ressources partagées à plusieurs. « L'obligation que tous s'imposent à eux-mêmes ⁸. » J'estime ainsi que l'histoire de ces découvertes est indispensable pour comprendre une « renaissance » et la « co-civilisation » en train de naître devant nous et faisant cohabiter Communs et droits de propriété. Avec le double objectif épistémique tant de refuser de « cannibaliser » les Communs que de prétendre les sacraliser. Se tenir donc « à juste distance ».

1.2. La redécouverte des Communs au cours du second XX^e siècle : une longue traque pleine d'aléas

À la recherche de cette « juste distance », on doit faire le bilan, nécessairement contrasté selon les perspectives de recherche fondamentale ou appliquée, des travaux menés dans les centres de recherches francophones, depuis plus de cinquante

7. Karl POLANYI, *La Grande transformation, aux origines politiques et économiques de notre temps* [1944], Paris : Gallimard, 1983, p. 68.

8. Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris : La Découverte, 2014, p. 55.

ans, sur la gestion foncière devenue, au fil des années 1990, celle des ressources naturelles renouvelables qu'on cherchait alors à rendre autant viable que soutenable⁹.

Ce bilan est nécessairement contrasté parce qu'il est évident que tous les chercheurs ne partagent ni les mêmes problématiques ni les mêmes conclusions plus ou moins pessimistes ou optimistes selon les personnalités. Ce bilan privilégie aussi les milieux francophones mais avec des ouvertures constantes sur les analyses et les sociétés anglophones. Nos travaux se différencient seulement par les attitudes différentes qu'adoptent les scientifiques selon qu'ils mobilisent un *Common law* beaucoup plus flexible, empirique, voire opportuniste¹⁰ que le droit civil conçu sur la base de définitions « positives » dogmatiques dont on a déjà rendu compte avec les articles 542 et 544, des normes qui restent applicables, au moins dans leur esprit, dans les États africains issus de l'ancien empire colonial français.

Les spécialistes de politiques foncières ont dû affronter les options stratégiques de la Banque mondiale, visant à généraliser le marché capitaliste par le biais de réformes du droit de la terre reposant sur la transformation des droits locaux coutumiers en droits de propriété. Après un premier *xx^e* siècle où l'on avait débattu de l'existence ou non de droits de propriété en Afrique au sud du Sahara pour conclure qu'il fallait créer de la propriété là où elle n'existait pas et la formaliser par la délivrance de titres fonciers, le second *xx^e* siècle s'ouvre avec les indépendances politiques. Il cherche les méthodes qui permettront d'assurer la transformation et la formalisation des droits coutumiers endogènes en droits de propriété selon un modèle exogène et assez largement bureaucratique. En effet, un des héritages de la colonisation française est le « domaine privé », un monopole foncier reconnu à l'État sur l'ensemble de son territoire non encore approprié privativement et sur lequel il exerce en théorie une sorte de fiducie, en pratique un contrôle de quasi-propriétaire¹¹.

En 1980 sont organisés, à la demande du ministère français de la Coopération, les premiers « États généraux » sous la forme de journées d'études sur les problèmes fonciers en Afrique noire qui réunissent cent trente chercheurs à l'université Paris 1 et s'attachent à analyser comment se pose alors la question de la généralisation de la propriété foncière¹². Toute la démarche repose initialement sur une illustration de la disqualification des conceptions africaines sous l'expression du « référent pré-colonial », une représentation qui s'impose progressivement à partir des années 1920 et qui sera au cœur de la dogmatique et du système de croyances qui fonde l'idéologie du développement depuis le début des années 1960. Associée à la modernité et à la

9. Étienne LE ROY, Alain KARSENTY et Alain BERTRAND, *La sécurisation foncière en Afrique. Pour une gestion viable des ressources renouvelables* [1996], Paris : Karthala, 2^e éd., 2016.

10. La distinction entre *property rights* (droits possessifs ou d'appropriation) et *ownership* (droit de propriété privée), permet de reconnaître des situations juridiques des Africains qui sont incompatibles avec la définition rigide de l'article 544 du Code civil.

11. Ici aussi, on doit introduire des bémols entre pays anglophones, où la question de la propriété privée est associée à un privilège de civilisation juridique (*The Law*), et les pays francophones, où le culte de l'État souverain est difficilement négociable.

12. Émile LE BRIS, Étienne LE ROY et François LEIMDORFER (éd.), *Enjeux fonciers en Afrique noire*, Paris : Karthala, 1982.

supériorité postulée de la civilisation occidentale, la propriété privée est représentée comme le terme inévitable d'une évolution, un processus et un enjeu qu'il convient de favoriser ou de contrôler, voire de réprimer au nom de la souveraineté de l'État, selon des choix politiques qui sont à l'époque socialistes ou libéraux-capitalistes. Tous les débats tournent donc autour des contraintes et limites de cette généralisation de la propriété, les catégories juridiques endogènes des Africains, largement présentes et profondément discutées dans certaines séances de ces Journées, étant globalement vécues comme des contraintes plus ou moins dépassables, une réalité sans doute dynamique et vivante dont on doit tenir compte mais qui n'apparaît pas comme « le sens de l'histoire » selon un point de vue qui reste très majoritairement et implicitement ethnocentrique. Mais on échappe difficilement à l'ethnocentrisme, cette maladie congénitale de la colonisation. Pour preuve, l'indice des concepts¹³ ne retient que deux applications de la notion de communauté et quatre de droits locaux ou coutumiers, rien sur les Communs ou des notions associées.

Comment l'expliquer ? Dans le comité scientifique préparatoire à cette rencontre¹⁴, je me trouve seul à défendre quelques idées qui ont cet inconvénient de paraître passésistes voire conservatrices ou réactionnaires à un moment où notre communauté épistémique est plus ou moins marxiste ou marxisante. Je devrai donc réserver pour le futur leurs prises en compte détaillées et me satisfaire d'une redécouverte de leur vitalité et de leur endogénéité.

De mes « terrains » au Sénégal et au Congo, j'ai retenu qu'on ne pouvait comprendre le droit du quotidien, celui qui s'affiche dans les habitus des acteurs (au Sénégal) et dans les tribunaux coutumiers (au Congo) sans privilégier trois fondements :

- la communauté comme mode de vie,
- le communautarisme comme idéologie (logique des idées),
- le partage préféré à l'échange.

À la même époque, Michel Alliot écrit une synthèse des travaux des chercheurs du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (LAJP) sur les communautés¹⁵ qui lie ces trois notions qui ont émergé de mes premières observations chez les Wolof en 1969. M. Alliot définit la communauté comme le partage de la totalité des spécificités dans un contexte où c'est l'idéal-type qui est privilégié, ses applications contemporaines à partir desquelles nous validerions cette définition s'en étant écartées pour faire place à des appartenances plus sélectives, voire opportunes, mais toujours marquées par le pluralisme¹⁶.

13. *Ibid.*, p. 405-411.

14. Ce comité travaille remarquablement durant une année pour produire un rapport introductif très fouillé : Jean-Pierre CHAUVEAU, Jean-Pierre DOZON, Émile LE BRIS, Étienne LE ROY, Gérard SALEM et Francis-Gregory SNYDER, « Rapport introductif aux journées d'études », in Émile LE BRIS, Étienne LE ROY et François LEIMDORFER (éd.), *Enjeux fonciers en Afrique noire*, *op. cit.*, p. 17-43.

15. Michel ALLIOT, « Modèles sociétaux, les communautés », *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie* [1980], Paris : Karthala, 2003, p. 73-78.

16. Étienne LE ROY, « Sous les pavés du monologisme normatif, prolégomènes anthropologiques », in Béatrice PARRANCE et Jacques de SAINT VICTOR, *Repenser les biens communs*, Paris : CNRS Éditions, 2014, p. 81-101.

I.3. Mais, durant la décennie 1980, toujours rien sur les Communs

On peut expliquer cette absence (qui est aussi une carence intellectuelle et politique) par des raisons pratiques et génériques et la redécouverte des Communs par des nouveaux besoins à l'échelle internationale, ainsi que par les questions que posent de nouveaux champs de recherche ¹⁷.

Des raisons pratiques

Sur mes premiers terrains, je ne cherche pas l'équivalent de la propriété privée sous la forme d'une réponse unitaire qui pourrait être les Communs. Je tente de comprendre la pluralité des expériences avant l'unité logique possible. J'y poursuis d'autres questionnements. Au Sénégal, comment peut exister un droit endogène sans reposer sur un ensemble explicite de normes générales et impersonnelles ? Pour ce faire, je devrai inventer des explications et une méthode formelle originales qui retiendront toute mon attention. Au Congo, ma question sera jusqu'où peut-on négocier le droit que j'observe dans les palabres des tribunaux coutumiers ?

Des raisons plus génériques

Des raisons disciplinaires. Les Communs sont un problème d'économistes voire de sociologues avec Marx et les « enclosures anglaises » sur les « *deer forests* » ¹⁸, pas une question d'anthropologues. Le droit les ignore (pour des raisons qu'on découvrira plus loin) et le « droit coutumier » les déforme en supposant que les règles de gouvernance des Communs sont générales et impersonnelles, là où elles ne peuvent être qu'habituelles voire tacites.

Des raisons culturelles. Un chercheur francophone peut y trouver un biais d'anglo-saxons car la question des enclosures est née en Angleterre de l'accaparement des terres communes par les *landlords*, puis de l'appropriation des terres indiennes par les pionniers américains. Le fait que la principale théoricienne et illustratrice, Elinor Ostrom ¹⁹, ait travaillé en Nouvelle-Angleterre, dans le Maine, sur les pêcheries de homard, renforçait ma méfiance quant à l'applicabilité directe de certaines descriptions très liées aux conditions socio-économiques locales, comme j'avais pu l'observer dans les provinces maritimes du Canada. Par contre, j'adhérais à ses huit principes de gouvernance, au moins dans leur esprit, et aux enjeux politiques qu'elle défendait.

Car *les raisons politiques et macro-économiques* sont nombreuses, initialement associées à la révolution reagannienne (durant le mandat du président américain Ronald Reagan) et à la pression du néo-libéralisme qui va marquer tant les politiques

17. ID., « How I Have Been Conducting Research on the Commons for Thirty Years Without Knowing It », in David BOLLIER et Silke HELFRICH (eds.), *Patterns of Commoning*, Amherst, Mass. : Off the Common Books, 2015.

18. ID., *La terre de l'autre*, op. cit., p. 269. Cette influence des économistes fut particulièrement illustrée par le *workshop* organisé autour d'un projet de l'Agence nationale de la recherche, atelier « Innovations, marchés, propriété, économie », où intervenaient entre autres Benjamin Coriat, Monique Cassier, Fabienne Orsi et Valérie Boisvert les 5 et 6 juin 2008 à Paris.

19. Elinor OSTROM, *La gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles* [1990], Bruxelles : De Boeck éditeur, 2010.

étatiques que les esprits des décideurs et des chercheurs. Dans cette perspective, « *The Tragedy of the Commons* » (la « tragédie des Communs ») de Garrett Hardins²⁰, en 1968, a joué un rôle incroyablement plus important que le contenu d'un texte médiocre de cet auteur néo-malthusien, encore inconnu hors de petits cercles universitaires, usant d'arguments superficiels mais au titre flamboyant, c'est de tragédie dont on parle dans le contexte de la guerre du Vietnam, et aux conclusions fantastiquement efficaces : partout où l'on ignore la propriété privée, on retrouve inéluctablement la tragédie des Communs. Du « pain béni » pour les agents de la Banque mondiale, qui vont dès lors se transformer en missionnaires de la généralisation de la propriété privée, puisqu'il est « prouvé scientifiquement » (par la caution de la prestigieuse revue *Science*) que c'est pour le bien des pays dits alors sous-développés.

Les *raisons idéologiques* doivent être dès lors avancées mais elles ne sont jamais mises en avant par les thuriféraires et elles sont d'une telle apparente efficacité rationnelle qu'il faut patience et pédagogie pour en démêler toutes les approximations. Ainsi, nous sommes dans un contexte dans lequel on oppose la tradition au progrès et à la modernité et, dès lors qu'on ne peut refuser le progrès, on doit valoriser la modernité (ici associée au Marché et à la propriété privée) et faire disparaître la tradition assimilée aux droits coutumiers et implicitement aux Communs. De même, on oppose toujours individualismes et collectivismes dans la grande querelle de l'époque entre libéralisme et socialisme, sans pouvoir faire de place au terme intermédiaire, le communautarisme²¹, associé à la tradition qui doit donc disparaître pour la raison précédente. Enfin, l'idéalisme comme idéologie scientifique des juristes a été mis en évidence dans le cadre d'une recherche internationale sur le transfert des connaissances, sous l'égide de l'UNESCO, par François Ost et Jacques Lenoble²². Cet idéalisme favorise le conformisme mimétique des juristes.

C'est donc une nouvelle recherche collective²³ qui sonne le tocsin à partir de la fin des années 1980, dans le contexte d'une mobilisation de chercheurs autour de quelques réformes foncières emblématiques, les Comores à partir de 1986, le Mali, de 1991 à 1998 et Madagascar à la même époque. C'est en particulier en 1995, au retour de « terrains » dans le centre-ouest de Madagascar, qu'a lieu une rencontre-confrontation à Paris avec Elinor Ostrom sur les Communs et qui conduira, pour notre part, à proposer au gouvernement malgache la loi GELOSE (1996) – pour « Gestion locale sécurisée » par délivrance d'un droit de propriété à l'échelle communale moins sécurisé que le titre de propriété privée. C'est aussi en 1996, en publiant *La*

20. Garrett HARDIN, « *The Tragedy of the Commons*, *Science*, 13 décembre 1968, p. 1363-1368.

21. Le communautarisme est, depuis la fin des années 1960, défini comme la recherche d'un équilibre toujours sous tension entre des intérêts de l'individu (qui seulement valorisés impliquent l'individualisme) et ceux du groupe (qui également privilégiés, donnent naissance au collectivisme). Le communautarisme est ainsi plus un ensemble de déséquilibres maîtrisés entre intérêts divergents qu'une formule cardinale immuablement reconduite où les Communs vont jouer un rôle déterminant.

22. Bruno RIBES *et al.* (dir.), *Domination ou partage ? Transfert des connaissances et développement endogène*, Paris : UNESCO, coll. « Actuel », 5, 1980.

23. Étienne LE ROY (dir.), *La mobilisation de la terre dans les stratégies de développement rural en Afrique noire*, rapport d'une recherche contractuelle au FICU, novembre 1992.

*sécurisation foncière en Afrique*²⁴, qu'on fait entrer formellement la question des communs fonciers dans les débats scientifiques francophones. Mais de manière biaisée, sous l'appellation de communaux, en reproduisant sans esprit critique la terminologie que tentait d'imposer alors le néo-libéralisme²⁵.

Enfin, en 2011 et après d'autres publications, *La terre de l'autre*²⁶ identifie la double face de la révolution des Communs, au sens astronomique comme redécouverte de formules archaïques et comme rupture avec les principes du capitalisme, dont la sacro-sainte propriété privée. Restait à comprendre si ces approches des Communs sont contradictoires ou complémentaires. Pour cela, il faut entrer dans leur logique propre avant d'examiner leur confrontation au Marché.

II. L'âge classique des Communs, hors rapports marchands généralisés

En l'état des connaissances, deux questions semblent importantes à maîtriser. D'une part, il faut percevoir en quoi les Communs sont irréductiblement originaux, des traits auxquels la Révolution de la propriété a voulu s'opposer et qu'elle prétendait effacer mais qui sont à nouveau intelligibles dans nos pratiques contemporaines et dans les secteurs les plus sophistiqués des innovations technologiques, telle l'économie collaborative ou numérique. D'autre part, la différence entre les deux régimes de gestion des ressources ne peut relever de la seule terminologie de la propriété parce que, justement, les Communs l'ignoraient et que la force et la faiblesse du capitalisme tiennent à cette invention « révolutionnaire » qu'est la propriété privée de la terre. La recherche travaille actuellement sur la distinction entre droits inclusifs propres aux Communs et droits exclusifs et absolus caractéristiques de la propriété privée. Tout en sachant que la recherche n'est pas close, nous ferons un bilan de ses avancées.

II.1. Traits généraux et originaux des Communs

On peut poser l'hypothèse que les Communs sont un modèle typique inaugural de l'humanité. On manque de preuves directes mais l'hypothèse est déductivement concevable à condition de ne pas envisager un mode unique d'organisation mais une infinité d'inventions sur le mode fédérateur des Communs. On peut aussi l'estimer très largement dominant dans l'ensemble des civilisations, jusqu'au début du ^{xx}e siècle, pour assurer le contrôle des territoires et les modes de gestion des droits sur les ressources jusqu'à la rupture induite par la révolution capitaliste. Entre un quart et un tiers de l'humanité continue à y recourir de façon plus ou moins exclusive et une autre part (encore très minoritaire en Occident) les redécouvre. Les Communs sont donc connus par et dans toutes les civilisations mais

24. Étienne LE ROY, Alain KARSENTY et Alain BERTRAND, *La sécurisation foncière en Afrique, pour une gestion viable des ressources renouvelables*, op. cit.

25. Une deuxième édition de l'ouvrage, en 2016, revient sur la genèse de cette erreur et en rétablit les implications scientifiques contemporaines.

26. Étienne LE ROY, *La terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, op. cit.

chacune adopte ses propres solutions. Ainsi, aucun montage n'est directement comparable, ni transposable.

Les Communs sont fondés sur le paradigme du partage²⁷, ce terme désignant à la fois ce qui sépare et ce qui unit. Nos sociétés privilégient ce qui sépare pour construire des systèmes d'identification performants dans une perspective individualiste moderne. Les sociétés communautaires mobilisaient ce qui unit. Mais séparation et union sont ici les deux faces du même phénomène. On peut certainement à peu près tout partager mais chaque société le fait de manière originale : c'est cela qui détermine son éthos. L'échange, déjà bien connu, devient prévalent avec le capitalisme, en autorisant la séparation, donc l'exclusivisme. On doit éviter de généraliser la pratique de l'échange dans les sociétés précapitalistes si, et seulement si, c'est en fait de partage dont il s'agit.

Un autre trait important est le pluralisme qui caractérise leurs règles de partages et les modes de gouvernance des relations d'inclusion. Nous reviendrons plus loin sur ces aspects du juridisme et du pluralisme. Rappelons seulement que, dans nos sociétés occidentales, en particulier en France, nos rapports juridiques reposent sur un monologisme du droit.

Les Communs ne sont pas que des biens, des ressources ou des richesses. « Ce sont des ressources plus une communauté définie et des protocoles, valeurs et normes inventés pas cette communauté pour gérer certaines ressources [...] comme des communs²⁸. » C'est donc un ensemble complexe de rapports communautaires, de catégories d'objets et de fonctions (ressources) et de règles de gestion assurant à la fois les conditions d'accès et les modes de gouvernance.

Mais l'essentiel tient dans ce que David Bollier et Silk Elfrich²⁹ dénomment « *commoning* », c'est à dire « faire commun », comme on dit « faire société », mais à une échelle plus resserrée. L'idéal ici n'est pas de produire et d'assurer le maximum de rentabilité mais de réunir les conditions d'une « bonne vie », selon des critères locaux. Les Communs supposent une créativité idiosyncrasique et des choix dans l'improvisation.

Si l'enjeu premier des Communs n'est pas la ressource mais des relations interpersonnelles avec l'homme et la nature, alors trois enjeux inséparablement reliés sont impliqués pour en assurer leur permanence et leur viabilité : le respect de frontières écologiques telles que vécues au quotidien, une stabilité dans les relations communautaires et une coopération reposant réellement sur le volontariat.

Dans cette perspective, D. Bollier et S. Elfrich soulignent enfin l'importance du sentiment d'empathie, de l'incidence de la relation sociale et de la culture (en tant que l'ensemble des capacités intellectuelles développées par le groupe). Ils ont également cette formule, « *Commons, at their core, are "relational social frameworks"* » : dans leur fondement, les Communs sont la charpente des relations sociales. Comment

27. Marie-Béatrice BAUDET, « Le pari du partage », *Le Monde*, vendredi 4 avril 2014, supplément développement durable, p. I.

28. DAVID BOLLIER, *La renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, Paris : Éditions Charles Léopold Mayer, 2013, traduit de l'américain par Olivier Petitjean, p. 179.

29. DAVID BOLLIER et SILK HELFRISH (eds.), *Patterns of Commoning, op. cit.*, p. 3-12.

une société peut-elle se reproduire quand sa charpente vient à être contestée de l'intérieur, par l'individualisme et le consumérisme ?

Une autre caractéristique des Communs est de reposer sur une logique fonctionnelle et sur une approche pragmatique et la prévalence de solutions applicables aux problèmes à résoudre. Si elle organise et « institue », elle n'institutionnalise pas, ou peu, ne supposant pas de pérennité ni de sacralité³⁰ dans des contextes d'adaptations nécessaires et souvent continues. De ce fait, ses régulations (ses coutumes) sont discrètes, voire secrètes. Leurs formulations reposent sur des systèmes de dispositions durables (les *habitus* de Bourdieu) ou des modèles de conduites et de comportements³¹. Ici, pas de nomenclatures spécifiques, de typologies ou de solutions préformées (*infra*, III). Pour en préciser la spécificité, j'avais distingué la prétention à l'autonomie du droit (qui peut même être pensée comme autopoïésis, qui s'autoproduit) et l'hétéronomie de la juridicité, exprimée par le support d'une autre norme³². Serge Gutwirth et Isabelle Stengers appliquent ici les distinctions de Fritjof Capra et Ugo Mattei entre un droit qui repose sur une pratique « extractive », qui extraie de la pratique la norme spécifique, et les Communs comme institutions génératives. Elles répondent aux exigences de l'interdépendance et sont « capables de générer, entretenir et faire évoluer en cas de besoin les règles qui organisent leur fonctionnement et les obligations qu'implique le fait de se comporter comme un *commoner* »³³, en particulier dans nos sociétés où cela « demande un engagement sans doute très différent de celui qui prévalait dans les anciens *commons* »³⁴. Nous y reviendrons aussi.

Dans toute société, on peut trouver des Communs matériels et immatériels, donc des produits physiques du travail comme des productions de l'esprit. L'imaginaire est partout fertile mais chaque société voit, avec son propre regard et son outillage mental, les algorithmes chez nous, les chemins de rêve pour les Aborigènes australiens.

II.2. Droits inclusifs des Communs et droits exclusifs et absolus de la propriété privée : une bipartition juridique en discussion

Sans céder à la facilité de réduire les différences de conception des rapports juridiques à une structure binaire, on peut toutefois identifier une opposition frontale et non directement conciliable (à l'encontre de ce qu'avait tenté la science coloniale) entre le « droit », tel qu'inventé, expérimenté puis généralisé dans l'expérience occidentale depuis le XVII^e siècle et les autres pratiques de juridicités, des approches

30. Ou une sacralité à laquelle nous ne sommes pas préparés et que nous retrouverons avec l'analyse de la place de l'instanciation dans la génération du rapport juridique.

31. Sur la distinction des fondements de la juridicité, Étienne LE ROY, *Le jeu des lois, une anthropologie « dynamique » du droit*, Paris : LGDJ, 1999.

32. Id., « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité », in Rodolfo SACCO, *Le nuove ambizioni del sapere del giurista : antropologica giuridica e traductologia giuridica*, Rome : Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni Lincei, 253, 2009, p. 99-133.

33. Serge GUTWIRTH et Isabelle STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons* », *Revue juridique de l'environnement*, 41 (2), 2016, p. 336.

34. *Ibid.*

endogènes ou locales que, par paresse, on a qualifié de droits traditionnels ou coutumiers.

À cette première opposition on peut y associer deux autres distinctions tout aussi peu conciliables entre :

— le monologisme du droit au sens précédent occidental moderne³⁵ et le pluralisme normatif qui paraît dominer dans les autres juridicités, au moins pour ce qui concerne les expériences communautaires, car les sociétés collectivistes semblent avoir une vision plus binaire que ternaire, donc moins plurale de la vie juridique, si l'on considère que le pluralisme commence à trois éléments. Dans l'héritage confucéen par exemple, on distingue entre le *li* (rite), toujours préféré, et le *fa* (« droit ») qui n'est directement applicable qu'aux mécréants et aux étrangers, mal socialisés ;

— les droits exclusifs et absolus de propriété et des droits inclusifs entendus les uns et les autres comme des droits d'appropriation³⁶, dans le sens où ils répondent chacun à des usages spécifiés et ainsi appropriés par les uns (propriété privée) et pour les autres, selon les services qu'ils rendent.

Quand on travaille sur les Communs, la bonne question n'est pas de rechercher « Qui est le propriétaire ? » mais « Qui peut faire quoi, avec qui, sous quelles contraintes et opportunités ? » En effet, la question de la propriété ne se pose pas ou pas dans les termes qui nous sont familiers³⁷ et les pratiques juridiques sont toujours plurielles, « multiples, spécialisées et interdépendantes » selon une formule cardinale en anthropologie.

Tableau 1
Synthèse des principales distinctions entre droit civiliste et droit sur les Communs

Droit civiliste de propriété	Droits sur les Communs
Exclusif et monologique	Inclusifs et pluralistes
Absolu	Relatifs aux conditions de temps, de lieu, d'acteurs
Perpétuel	Temporaires et conditionnels, liés à l'usage
Aliénable discrétionnairement	Objets de transferts mais ventes de terres impossibles
Imprescriptible. Seuls les biens vacants/sans maître sont prescriptibles sous certaines conditions.	Prescriptibles. Seuls les droits liés à la découverte et à la première installation sont imprescriptibles.
Protégé par le droit de l'expropriation, le préambule de la constitution et par des normes générales et impersonnelles à validité universelle (État de droit).	Normes peu nommées (coutumes), voire innomées (droit muet), formulées par des systèmes de dispositions durables.

35. Étienne LE ROY, « Interactionnisme et anthropologie du droit. La révolution de la juridicité, une réponse à la mondialisation », in Emmanuel JEULAND et Emmanuel PICAVET (dir.), *Interactionnisme et norme, approche transdisciplinaire* [2011], Paris : IRJS Éditions, tome 68, 2016, p. 143-170.

36. Étienne LE ROY, *La terre de l'autre*, op. cit.

37. ID., « Les communs et la propriété foncière », *La Revue foncière*, avril-mai 2015, p. 28-32.

Deux visions du monde et de la juridicité

La vision du droit moderne est le fait d'une société façonnée par lui et le façonnant en retour. Le droit est en effet le monopole de l'État (conçu lui-même comme un avatar de Dieu), et dont les formulations tiennent dans des normes générales et impersonnelles dont l'idéal-type est la loi. Mais la société est aussi façonnée par le Marché généralisé et par l'individualisme. L'État, le Droit, le Marché et l'individualisme sont les quatre inventions motrices de la modernité occidentale « monolâtre », asservie au culte du « un seul », et bien en peine de respecter son modèle démocratique d'essence pluraliste. Son outillage typique se différencie selon les sources du *Common Law* ou du droit civil.

Encadré 1 L'essentiel du droit applicable aux Communs

En *Common Law* (d'essence jurisprudentielle)

Au départ, le droit (*law*) est celui des *commons* devenus un droit commun (basé sur les précédents) distingué du *statute law* (législation). La distinction centrale s'opère entre *property rights* (droits possessifs exclusifs) et *ownership* (propriété privée). La notion de *stewardship* (gardiennage de la nature) réduit l'idée d'omnipotence du propriétaire. La théorie du *trust* limite le rôle de l'État et les notions de *bundle of rights/ Web of interests*, (faisceau de droits et réseau d'intérêts) valorisent un certain pluralisme. Il s'agit d'une approche pragmatique et utilitariste

En droit civil (codifié)

Le Code civil ne prend en compte que les biens qui constituent son livre II. La définition doctrinale du bien exige que, pour être bien, la chose doit être discrétionnairement aliénable, ce qui en exclut les Communs qui ne sont traités que comme des communaux (article 542), où les ressources en Communs sont devenues depuis mai et juin 1793 des biens de la commune à statut particulier. Par ailleurs, les communautés ont été effacées de la vie juridique dès la loi Le Chapelier de 1791 et la personnalité juridique ne peut leur être reconnue durant un siècle, puis, au tournant du xx^e, elle sera élargie aux syndicats et, surtout, aux associations de la loi de 1901. Mais l'article 1134 du Code civil reconnaît la liberté contractuelle, donc la capacité à décider dans le respect des formes prescrites. Le droit international public multiplie les réglementations protectrices de « patrimoines communs » mais elles ne sont pas toujours directement applicables.

Du côté des *Communs*, nous trouvons, dans les contextes africains où ils sont dominants, des ensembles sociaux composites ordonnés autour de représentations du visible et de l'invisible (animisme), de structures politiques polyarchiques, de régulations coutumières et d'une idéologie communautaire où chaque groupe fait sa juridicité au quotidien et au regard des précédents (les solutions dont on s'inspire) et des précédants (les ancêtres qui nous inspirent).

Cette juridicité exprime des règles de bonne vie sous forme de modèles de conduites et de comportements (MCC) ou de systèmes de dispositions durables (SDD) dans les contextes plus formalisés qu'institutionnalisés qui consistent à dégager, exprimer, appliquer, faire exécuter des principes de gouvernance et les décisions exécutoires prises pour les faire respecter par des instances ayant une autorité sanctionnatrice,

mais en recourant à un ordonnancement négocié (exemple-type, la palabre) pouvant être accepté.

L'effet iconologique

Juridiquement, le sentiment d'obligation ouvrant à la sanction comme reconnaissance du caractère opposable et obligatoire d'une norme est obtenu par un ensemble de montages opérés « *in intellectu* », dans la tête des acteurs, et conservés par des spécialistes qui ont, en Afrique, le statut de chefs de terres. Le système juridique combine, par des mots et des gestes, des statuts d'acteurs, des réseaux d'usages ou d'intérêts et des catégories d'objets « iconiques », trois variables originales rendues interdépendantes par la valence iconique qui leur est reconnue et qui permet d'assurer ainsi une sécurité des relations à l'échelle locale. Cette interdépendance a pu être restituée formellement par des modèles matriciels dont on décrit dans le tableau 2 les principes constitutifs.

Tableau 2
Principes d'une iconologie juridique

	A	B	C
1	&		
2		§	*
3	+		

Légende : & = A/1, § = B/2, * = C/2, + = A/3, etc.

Si A est un mode de contrôle par découverte, B un mode de contrôle par conquête, C un mode de contrôle par attribution, et si 1 est un mode d'utilisation pour l'agriculture, 2 un mode d'utilisation pour la résidence, 3 un mode d'utilisation pour les activités de chasse, pêche ou élevage, on peut donc définir « & » comme un droit portant sur la terre agricole au titre de la découverte, « § » comme un droit portant sur une terre résidentielle au titre de la conquête et « * » également comme un droit résidentiel mais au titre de l'attribution, etc.

Chaque interrelation entre statut, usage et support est caractéristique d'une norme mobilisable dans un contexte propre et « les normes qui s'incarnent dans des objets pris dans des contextes et des rituels particuliers sont constitutives du droit d'un groupe social »³⁸.

L'objet iconique obéit à un phénomène d'*instanciation*³⁹, condensant par sa formulation les caractéristiques des rapports Homme/Homme et Homme/chose et agissant sur (et à partir de) la matière en mobilisant la part d'énergie qui peut être associée aux statuts ou aux activités. Chez les Tikopia polynésiens, « le poteau n'était que l'objet concret auquel on pouvait adresser des actes physiques de vénération que

38. ID. (dir.), *La terre et l'homme. Espaces et ressources convoités entre le local et le global*, Paris : Karthala, 2013, p. 304, à partir de Tamatoa Bambridge pour les îles Australes et d'après Alfred Gel.

39. L'instanciation est un procédé mental consistant à rendre présentes, à un moment et selon un ordre particuliers, des données qui sont physiquement ou conceptuellement éloignées et qui doivent continuer à être distinguées.

le dieu lui-même pouvait observer d'une façon spirituelle et invisible à partir de l'endroit où il était »⁴⁰.

III. Les Communs aujourd'hui : entre bipartition et complémentarité des pratiques fonctionnelles et institutionnelles

Avant d'examiner comment des pratiques tenues pour opposées et contraires peuvent en fait se compléter en mettant en évidence le jeu des logiques et des pratiques, il convient de mesurer les changements introduits par la révolution de la propriété privée qui est, d'abord, révolution du Marché par la généralisation des rapports marchands et substitution de la monnaie anonyme au partage d'actes et d'engagements. Comme le montrent bien Karl Polanyi et les historiens des fondations du capitalisme, le Marché ne s'est pas imposé subitement mais a évolué progressivement sur une longue période. Ainsi, en Picardie, la mutation a été initiée au XIII^e siècle par la multiplication des contrats fonciers de location à long terme mais des références à l'idéologie des Communs continuaient à se faire sentir dans les années 1970 où j'y développais mes observations dans le Vermandois. Il faut ainsi disposer d'un jeu de concepts opérationnels pour être en mesure de saisir le sens des transformations qui peuvent être implicites (par les pratiques) voire souterraines, selon le principe du rhizome.

III.1. Droits inclusifs et droits exclusifs : où passe la marge entre Communs et propriété ?

L'idéologie communautaire, à la base des Communs, repose sur le principe de l'inclusion de tous ceux qui, au titre de leur naissance, de leur résidence, de leurs activités, voire de leur religion, ont vocation à « partager » les ressources spécifiquement associées aux statuts auxquels, sélectivement, ils peuvent accéder. On a alors « droit » à ces communs-là et si ce n'est pas possible, faute de quantité ou de qualité, pour les « commoneurs » ou les ressources, on bénéficie de substituts ou d'équivalences à d'autres échelles ou dans d'autres contextes (droit de tirage sur la collectivité). Exclure ne peut être que l'exception et doit être justifié soit par un régime juridique spécial adopté par le groupe pour assurer la meilleure reproduction de la ressource (interdits de chasse, pêche, etc.) ou du groupe (lieux sacrés pour les initiations, etc.)⁴¹, au service de tous, soit en raison des fautes individuelles qui pouvaient aller en Afrique noire jusqu'au bannissement et à la mise à mort.

En construisant la théorie des maîtrises foncières⁴² sur la base de données foncières et forestières africaines et malgaches⁴³, on a identifié une continuité de cinq

40. Raymond First cité par Maurice GODELIER, *L'imaginé, l'imaginaire et le symbolique*, Paris : CNRS Éditions, 2015.

41. Dans toutes les sociétés, il existe des représentations d'espaces odologiques pour les cheminements et hiéronomiques pour les exclusions et sanctuarisations de lieux ou de ressources. Voir Étienne LE ROY, *La terre de l'autre*, *op. cit.*

42. *Ibid.* Le lecteur soucieux de partager les modes de construction et d'exploitation de ces modèles se reportera à l'ouvrage de référence, *ibid.*, p. 342-367.

43. *Id.*, *La mobilisation de la terre*, *op. cit.*

maîtrises⁴⁴ caractérisées par un type de droit sur la ressource, du plus simple, le droit d'accès, au plus complexe, le droit de propriété privée et s'enchâssant progressivement selon un principe de méthode des faisceaux de droits emprunté à Edella Schlager et Elinor Ostrom, sur la base de la version révisée de Audun Sandberg⁴⁵.

Tableau 3
Maîtrises foncières et fruitières

Statut du support & droit associé	Chose	Avoir	Possession	Appropriation	Bien
	Accès	Prélèvement	(Co)-gestion	Exclusion	Aliénation
	Minimale	Prioritaire	Spécialisée	Exclusive	Absolue
Rapport juridique					
Public					
Externe					
Alliance					
Interne					
Privé					

Pour les Communs, sont typiques les droits d'accès, de prélèvement et de gestion/co-gestion, mais le droit d'exclure autorisant l'exercice d'un droit de propriété à titre générique et non marchand est également exploitable (sous les conditions ci-dessus). Le noyau dur, dans ce qu'on connaît des droits africains⁴⁶, est constitué des droits de prélever et de gérer car le droit d'accès, pourtant le socle de tout le système, semble dépendre des conditionnalités relatives à la qualité de membre de la communauté, et non spécialement aux droits associés à la gouvernance des Communs. Mais il convient de ne pas surevaluer la différenciation car nos bases documentaires restent fragmentaires.

La transformation de droits inclusifs en droits de propriété peut conduire, dans le modèle précédent, d'abord à exclure les autres, ce qui revient à s'exclure des autres en réduisant ou occultant l'inscription dans les collectifs d'appartenance ou en les réinventant (syndicats) sur des bases plus réduites. Ces formes d'évolution sont très largement observées en Afrique.

Plus radicalement et dans un contexte individualiste et mercantiliste, on peut rompre le rapport à la ressource et accepter de rendre étranger (*alienus*) à soi et à son groupe ce qui a été le patrimoine des « commoneurs ». Donc « aliéner ». Pour les « commoneurs », c'est une trahison. Pour les capitalistes, c'est exprimer le légitime

44. Se substituant aux catégories civilistes des droits d'user, de jouir et de disposer, trop simplistes dans un contexte éco-environnemental.

45. Audun SANDBERG, « Gestion des ressources naturelles et droits de propriété dans le Grand Nord Norvégien : éléments pour une analyse comparative », *Natures, Sciences, Sociétés*, 2 (4), 1994, p. 323-333.

46. Étienne LE ROY, *La terre de l'autre*, op. cit., II^e partie.

droit du propriétaire. Le droit d'aliéner est ainsi négatif et destructeur pour les premiers, bénéfique et positif pour les seconds. Question non seulement de points de vue mais d'enjeux et de légitimités. Qu'en est-il aujourd'hui ?

III.2. Le sens des transformations en cours

Depuis l'introduction, je suggère que les transformations que nous connaissons actuellement constituent une double révolution en redécouvrant des solutions anciennes selon une lecture copernicienne et, deuxièmement, en rompant avec la tendance générale à la marchandisation du monde donc en tentant une rupture avec l'ordre capitaliste et libéral. D'un point de vue historique, ce sont bien deux ruptures successives dans l'ordre du monde tel qu'il était majoritairement vécu au XVIII^e siècle et tel qu'il semblait s'imposer en ce début du XXI^e siècle. Par souci d'économie de l'argumentation, je rappelle⁴⁷ donc mes deux postulats.

D'une part, la révolution de la propriété privée est associée directement à la marchandisation généralisée, donc au capitalisme mais elle est aussi adossée à l'invention de l'État moderne, du droit positif comme monopole de l'État et de l'individualisme/subjectivisme.

D'autre part, la redécouverte des Communs est liée aux crises respectives frappant le Marché, l'État-nation, l'occidentalisme du droit et les excès de l'individualisme. Elle suppose de nouveaux types de communautés et de régulations mais dans le contexte idéologique de la marchandisation dominante. Peut-elle prétendre être une alternative au Marché ou doit-elle composer ? Oppositions ou complémentarités ?

Des Communs qui se cherchent

Le vocabulaire utilisé par les théoriciens des Communs⁴⁸ est symptomatique d'une pluralité d'opportunités dans les usages mais aussi de confusions quand, en reproduisant l'expression « biens communs »⁴⁹ on use d'un oxymore, le bien étant discrétionnairement aliénable et le commun ne l'étant pas et ne pouvant l'être sans perdre sa qualité de commun.

Vise-t-on une redécouverte « réformiste », selon le principe d'une révolution copernicienne, voire un retour réactionnaire vers un mythique passé précapitaliste ? Souhaite-on une renaissance des Communs sur une base d'un recul critique à l'égard des expériences passées ainsi pour David Bollier, précité ? Ou, selon Serge Gutwith et Isabelle Stengers, s'agit-il « d'une résistance de la part de ceux dont les pratiques, jusqu'ici reconnues, de coopération, de partage et de bénéfices mutuels sont menacés »⁵⁰ ? Enfin, recherche-t-on qu'ils soient le « fer de lance révolutionnaire » d'une rupture avec le capitalisme⁵¹ ?

47. ID., « Les communs et la propriété foncière », *op. cit.*

48. DAVID BOLLIER, *La renaissance des communs*, *op. cit.* Benjamin CORIAT (dir.), *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris : Les Liens qui libèrent, 2015 ; Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, *op. cit.* ; Béatrice PARANCE et Jacques de SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris : CNRS Éditions, 2014.

49. Serge AUDIER, « Les biens communs sont parmi nous », *Le Monde*, 16 mai 2014, p. 9.

50. Serge GUTWITH et Isabelle STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs », *op. cit.*

51. Pierre DARDOT et Christian LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, *op. cit.*

À nouveau, proposons deux observations.

La première observation est de souligner que nous passons notre temps dans des situations relevant de logiques de communs. Parfois on les pratique sans le savoir, comme la prose chez le bourgeois gentilhomme de Molière ! Parfois on les mésestime ou on les caricature. Pour qu'il y ait de vrais Communs, il faut une intention partagée de vivre ensemble une expérience stimulante, supposant une adhésion à des règles de gouvernance, voire une invention de normes originales : partager une rame de métro aux heures d'affluence ne suffit à en faire un Commun.

Nous sommes entrés, c'est ma seconde observation, dans un type de société fondamentalement mondialisée, dominée par une transmodernité comme expérience d'une présence conjointe du passé prémoderne, de la modernité classique des XIX^e et XX^e siècles et des apports de la post-modernité liés à ces soixante dernières années. Cette transmodernité est générative de complexité et nous oblige à adopter une logique de métissages, de combinaisons de solutions et de complémentarités de logiques. Sont typiques ces adaptations de conduites et de pratiques que je caractérise comme une « co-civilisation », basée sur la co-location d'appartement, le co-voiturage, le *co-working*, l'économie collaborative, où le recours à la location est préféré à la propriété et où des communautés imaginées⁵², sur Internet et les réseaux sociaux, s'imposent comme des partenaires de la vie économique et sociale, avec parfois plus de force et d'efficacité que les communautés de voisinage ou les anciennes fraternités, syndicales, de salariés.

Pour ce qui est du paradigme de la complexité, je donnerai pour exemple mon souci, depuis une quinzaine d'années, d'ouvrir la théorie propriétaire à la notion de patrimoine et de la patrimonialisation à l'échelle considérée. Dans *La terre de l'autre*⁵³, je montre la polysémie transmoderne de cette notion qui peut désigner, entre autres, « l'héritage des générations passées » de manière prémoderne, « l'équivalent monétaire de l'actif et du passif de la personne juridique », dans une perspective moderne et capitaliste, et « des Communs pour les générations futures », selon une exigence postmoderne de développement durable. Je formule ainsi l'hypothèse que des gouvernances patrimoniales pourraient être à même de concilier, voire de réconcilier, les exigences de l'inclusion par les Communs et de l'exclusion par la propriété. La notion de patrimoine commun, souvent utilisée pour connoter l'ensemble du domaine public, du domaine national et de la propriété collective, serait ainsi plus opérationnelle à condition que les théoriciens du droit adoptent la conception d'un « patrimoine d'affectation » dans le cadre d'une théorie dite objective du patrimoine⁵⁴.

Mais il est encore trop tôt pour se prononcer sur la portée des évolutions et ruptures qui se présentent devant nous. Nous sentons des secousses volcaniques mais s'agit-il de simples répliques ou annoncent-elles des séismes de grande ampleur ? Les contradictions sont en effet multiples. Nous sommes face à un mouvement

52. Arjun APPADURAI, *Après le colonialisme, les conséquences culturelles de la globalisation*, Paris : Payot, 2005, ID., *Condition de l'homme global*, Paris : Payot-Rivages, 2013.

53. Étienne LE ROY, *La terre de l'autre*, op. cit., 2011, p. 387.

54. Sur ces questions, voir *ibid.*, p. 384-385.

d'adaptation, à la fois très spontané mais aussi très guidé par les contraintes de la marchandisation, et les grands opérateurs sur les réseaux sociaux. Actuellement, les Communs immatériels, l'économie numérique et les enjeux de la civilisation urbaine jouent un rôle d'avant-garde pour refonder de nouvelles pratiques. Mais ils ne sauraient suffire à faire une révolution. À tout le moins provoquent-ils des adaptations radicales⁵⁵.

Des adaptations radicales en cours

Les pratiques contemporaines et les débats qu'elles suscitent ont pour opportunité de nous faire découvrir ou redécouvrir le sens de ces relations que nous nouons avec les choses. Prendre conscience qu'il y a un grand nombre de choses qui sont hors du commerce, donc hors de l'échange et de la propriété privée, nous a conduit, depuis le début de ce texte, à souligner, par confrontation, la place que nous réservons à ces choses qui sont entrées dans le *commercium*, donc sont devenues des biens, d'où notre addiction à une propriété privée devenue dominante, sinon souveraine.

Mais, dès lors que ces choses matérielles et immatérielles à la base des Communs assurent à la fois la résilience du groupe dans ses adaptations à l'innovation et la reproduction sociale et culturelle de la société sous la forme de la gestion de nos ressources et de nos écosystèmes, les savoirs locaux, les éléments d'une identité culturelle et religieuse et notre participation à la biosphère, elles deviennent une dimension incontournable non seulement de notre reproduction mais bien de notre survie. Dans la société complexe contemporaine, nous ne pouvons pas plus nous passer des Communs que de la propriété privée. Mais comment envisager leur ajustement mutuel pour qu'ils répondent à l'objectif de complémentarité que nous assignons à ces démarches complexes ?

Les travaux d'anthropologie du droit ont déjà illustré un jeu de logiques fonctionnelles, concernant les Communs, et institutionnelles liées au caractère légal de la définition du bien⁵⁶. Cette superposition peut être observable chez nous dans les pratiques foncières où l'on remarque des régimes de propriété acceptant la présence temporaire ou occasionnelle d'usages en Communs sans qu'on puisse parler de servitudes au sens stricte.

Par ailleurs, et pour ce qui concerne la gouvernance des Communs, on voit se développer des expériences de démocratie participative pour renouveler le fonctionnement politique d'institutions dépassées et de fictions usées, comme pour la représentation politique.

Sur la base des expériences africaines de ces quarante dernières années confrontées aux pratiques européennes contemporaines, il semble nécessaire d'opérer une distinction entre deux types de situations, celles où les acteurs ne voient pas encore leurs décisions commandées par des logiques de l'échange et du marché, ou refusent son déterminisme tout en pouvant s'inscrire dans une économie monétaire, et celles où le marché organise les critères de choix et induit le passage par la propriété,

55. De *radix* en latin, la racine, ce qui nous ramène aux fondements.

56. Étienne LE ROY, « Sous les pavés du monologisme normatif, prolégomènes anthropologiques », *op. cit.*

ou suppose d'en limiter les implications. Deux types-idéaux pourraient s'en déduire qui auraient pour implications de pouvoir se retrouver au sein d'une même société, voire même se côtoyer chez un même acteur. Je propose de les dénommer respectivement primo-Communs et néo-Communs.

Les primo-Communs sont premiers en ce qu'ils correspondent à des expériences qui ont précédé la généralisation de la propriété ou la récuser. C'est, généralement, une expérience de *commoning*. Ces expériences ne sont pas nécessairement « traditionnelles », tournées vers le passé car « tout change et la seule chose qui ne change pas c'est que tout change », selon un précepte taoïste repris par Claude Debussy. Ces primo-Communs sont les plus proches conceptuellement de la définition empruntée initialement à David Bollier de Communs comme une communauté, des ressources et des protocoles de gouvernance. Actuellement, au « Nord », dans des sociétés désarticulées, ce serait la volonté de « faire communauté » qui serait le support fondamental du recours à la logique des primo-Communs. Au « Sud », et dans des sociétés néo-communautaires, donc qui se sont déjà ajustées en modifiant la démographie ou les fonctionnalités partagées, la disponibilité des ressources pourrait être plus discriminante car on est dans la phase historique de constitution des patrimoines. C'est, en Afrique, l'enjeu des appropriations de terres à grande échelle (*land grabbing*) lorsqu'elles sont réalisées par des entrepreneurs capitalistes nationaux.

Dans tous les cas, c'est le rapport au droit de l'État qui apparaît le plus discriminant puisqu'il a tendance à ignorer les primo-Communs de façon quasi générale et ses règles propres de gouvernance en particulier.

Les néo-Communs seraient une création originale de notre temps, fondamentalement métisses et associant, au mieux (ou au moindre mal), les exigences typiques des primo-Communs (collectif, ressource, règles propres de gestion) mais en les réinterprétant, voire en les réinventant, pour faire une place plus ou moins décisive à la marchandisation. Ici, la place de la propriété privée est critique car elle doit servir, par des modèles originaux, les fins collectives poursuivies. Dans des situations concurrentielles, l'option pour un régime juridique de copropriété permet de se protéger à plusieurs de l'extérieur par les avantages de l'exclusivisme, mais elle doit conduire à renoncer à une part d'individualisme dans la relation entre parties prenantes, qui cessent de se considérer dans la gestion immobilière comme des copropriétaires classiques pour faire émerger une propriété partagée⁵⁷.

Il y aura vraisemblablement multiplication de néo-Communs « placebo » qui tenteront de couvrir par un vocabulaire des Communs et de manière plus ou moins prudente et conséquente, des pratiques propriétaire classiques. Mais il y a déjà multiplication d'expériences néo-communautaires et de plateformes qui les fédèrent. À titre d'exemple, le 30 mars 2016, l'Assemblée des Communs de Rennes⁵⁸ réunissait les collectifs relevant des domaines suivants : « l'environnement, la qualité de l'alimentation, de l'eau, de l'air et de la biodiversité, la production d'énergies renouvelables, les

57. En Belgique, en particulier, des expériences de gestion immobilière partagée se multiplient depuis quelques années, aux marges de la loi.

58. <rennes-en-communs@listes.infini.fr> du 14 mars 2016.

jardins partagés, les Associations pour le maintien d'une agriculture paysanne [AMAP], l'habitat participatif, l'économie sociale et solidaire, la coopération – les coopératives, les tiers-lieux, les fablabs, les recycleries, les épiceries coopératives, les régies de quartier, les conciergeries solidaires, les dispensaires sociaux, les bibliothèques créatives, les sciences ouvertes, les universités populaires, les monnaies complémentaires, les banques éthiques, les foncières (terre de liens), les transitions, l'accès à internet associatif et citoyen, la production et diffusion d'œuvres du domaine public, de logiciels, de musiques, d'images, de ressources et de cultures libres ». La liste, tel un poème à la Prévert, n'étant pas complète.

Par les primo-Communs, on peut tenter de s'évader, de se protéger de la marchandisation, voire de contester le Marché. Leur intérêt géopolitique reste de recouper largement les exigences du développement durable. Par les néo-Communs, on peut tenter de redonner un visage humain à l'économie politique et ainsi de corriger les excès du capitalisme, voire aussi de la démocratie représentative par une citoyenneté participative comme on l'a suggéré plus haut.

Mais l'influence du Marché généralisé et de la marchandisation peut être particulièrement insidieuse et, comme le soulignent Serge Gutwirth et Isabelle Stengers cette générativité que nous avons associée aux processus d'instanciation et plus généralement à l'esprit des Communs risque de se dissoudre. Citons cette observation de nos deux auteurs. « Si la participation à la gouvernance d'un *commons* se défait et si les conflits interindividuels mettant en jeu des modes d'engagement divergents ne constituent plus une matière à délibération collective mais une affaire privée, si les règles deviennent routines et mènent à négliger l'éventuelle nécessité de leur renouvellement, le groupe peut continuer à "tenir" [...] mais il n'y aura plus de générativité, de *commoning*, plus de *commons*⁵⁹. » Or c'est bien la menace qui pèse sur l'économie collaborative et, plus généralement, sur les néo-Communs.

Conclusions

Nos collègues belges observent également que « la question de la résurgence [des communs] s'adresse à l'imagination des juristes, leur demande d'envisager, dans leur cas, non seulement des interventions législatives, mais aussi la possibilité d'un autre agencement ou "mode juridique" ». Ils précisent plus loin que « le rôle de la loi ne devrait pas être de "tirer" les *commons* vers un idéal abstrait, de leur proposer, voire de leur imposer un projet, mais de contribuer à ce qui, de fait, constitue une préoccupation commune, la question de la générativité, à instaurer ou à maintenir »⁶⁰.

Ils reviennent enfin sur ce qui leur apparaît au centre de l'aventure humaine, dans sa précarité mais aussi dans sa responsabilité. « La générativité à protéger et à nourrir ne répond pas en effet à une théorie mais à une démarche irréductiblement tâtonnante, enracinée dans la localité, ne donnant autorité à personne. Non seulement le juriste n'est pas libre d'externaliser les conséquences d'une décision "découlant"

59. Serge GUTWIRTH et Isabelle STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons* », *op. cit.*, p. 26.

60. *Ibid.*, p. 24, 26.

d'une autorité plus générale que la situation, mais il doit participer avec les autres, chacun avec ses savoirs, ses exigences, ses obligations propres, au déploiement d'une situation irréductible à un "état des choses"⁶¹. »

Dans l'expérience que nos civilisations sont amenées à vivre, nous devons nous méfier de deux excès. D'une part, il conviendra d'éviter cette « cannibalisation » des Communs sous l'impact, l'effet et l'efficacité du capitalisme. Le Marché est en effet semblable au dieu Moloch susceptible d'avaler ses enfants. D'autre part, les Communs ne sont pas qu'un mode de gestion des ressources, comparable au capitalisme qui se préoccupe de biens et de richesses. C'est un mode de vie et la base pérenne, sans doute non exclusive, de l'organisation d'une société dans ses dimensions politiques, productives, idéologiques. Nul ne peut donc s'amputer de ce trésor sans renoncer, par là même, à la société.

■ L'auteur

Étienne Le Roy est professeur émérite d'anthropologie du droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1. Docteur en ethnologie et docteur d'État en droit, il a conjugué, depuis 1964, deux expériences fondatrices, d'abord sur le plan paradigmatique, en passant d'une ethnologie juridique à une anthropologie politique de la juridicité, ensuite sur le plan thématique, en développant ses recherches sur les politiques foncières à l'échelle mondiale.

À la suite de ses premiers travaux de terrain dans les années 1960 au Sénégal, il a élargi la palette de ses analyses qui l'ont conduit à la redécouverte des Communs depuis une vingtaine d'années. Il prolonge ici les résultats déjà publiés dans *La terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société. Série anthropologie », 2011.

61. *Ibid.*, p. 29.