

«DICTIONNAIRE DES BIENS COMMUNS. ENJEUX CONSTITUTIONNELS».

TABLE-RONDE, NAPLES, 29 NOVEMBRE 2018*.

di Guillaume Protière**

Résumé. 1. Un dictionnaire *critique* décrivant une notion transversale. – 2. Quelques perspectives constitutionnelles du Dictionnaire des biens communs. – 2.1. Les biens communs, définition et conséquences politiques. – 3 Les rapports État-bien communs, un impensé du Dictionnaire. – 4. Les biens communs comme remise en cause de l'assimilation État/population. – 5. Les biens communs, facteur d'évolution de la structure institutionnelle de la République.

54

1. Un dictionnaire *critique* décrivant une notion transversale.

L'ouvrage débute par une longue introduction qui présente la méthode et les objectifs du projet de ce dictionnaire. Les auteurs indiquent ainsi que le projet initial entendait retenir une approche critique¹³⁵ des communs même si cette dimension critique est atténuée au profit d'une volonté de discuter la notion des *biens communs*. La discussion apparaît alors le plus souvent positive, la critique concernant davantage le manque de prise en cause de la notion dans le droit positif que les conséquences de la notion. Ce parti-pris plutôt positif est justifié selon les auteurs car "[la notion de bien commun] autorise à penser le changement social sur la base d'un réinvestissement du collectif, des communautés, du partage et de l'usage" (p. VI¹³⁶). En ce sens, la notion est porteuse de renouveau et permet de "réinterpréter le rôle des États et de la propriété publique et privée" (p VIII); en d'autres termes, de réinterpréter la/le politique. Le point de vue adopté s'inscrit dans un ensemble d'écrits qui ont déjà proposé de refonder des théories juridiques à partir de la notion; l'entreprise leur donne toutefois une portée inédite en raison du nombre de contributeurs et

* *Sottoposto a referaggio*.

** Maître de conférences HDR en droit public – Université de Lyon 2-Lumière. Doyen de la faculté de droit Julie-Victoire Daubié. Mail: guillaume.protiere@univ-lyon2.fr.

¹³⁵ Les auteurs souhaitaient initialement intituler leur ouvrage *Dictionnaire critique des biens communs*, mais l'éditeur a refusé ce titre.

¹³⁶ Les pages indiquées seules renvoient à l'ouvrage.

de l'ambition du projet.

Ceci dit, le parti-pris plutôt favorable n'obère pas les nombreux points d'incertitudes soulevés par la notion. Les auteurs les détaillent ainsi en ce sens que le commun, le bien commun ou encore les biens communs sont des notions faussement claires qui ouvrent davantage d'interrogation qu'elles n'apportent de réponse. Sans exhaustivité, et à la suite des auteurs, deux grandes séries d'interrogations peuvent être évoquées; les biens communs interrogent (voire interpellent) à la fois les modes d'appropriation (public ou privé, exclusif ou souverain, etc.) et les modes de gestion des ressources ainsi que la combinaison entre le régime propriétaire et le régime de gestion. Autrement dit, les biens communs bousculent nos repères dans l'expression d'une action collective que l'État a longtemps monopolisé, si ce n'est épuisé. Or, l'émergence des communs met en question le rôle de l'État (quand ce n'est pas sa capacité) à prendre en charge les communs. En cela, la notion renvoie à une critique d'un certain ordre de pouvoir qu'elle prétend (aider à) dépasser; ce qui explique sans doute la dimension militante (mais jamais excessive) d'un nombre important de notices. Différents auteurs admettent ainsi que la promotion d'une telle notion n'est pas dénuée de conséquences ou d'arrière-plans idéologiques (ainsi qu'il l'a été dit et ainsi que l'illustre l'entrée *Naples* par exemple – p. 835). Néanmoins, il ne s'agit pas pour le dictionnaire de s'afficher *militant*, mais d'évoquer les enjeux juridiques, philosophiques, économiques, historiques de la notion. Ce à quoi il parvient sans aucun doute, notamment parce que la pluralité (p. IX) de la notion empêche d'en développer une vision unitaire propice aux errements dogmatiques.

Dernière remarque relative à la structure de l'ouvrage, le dictionnaire est principalement consacré à la France, même si une place très importante est réservée à l'Italie et, dans une mesure moindre, à l'Amérique du Sud. L'Italie apparaît comme un laboratoire à ciel ouvert de la question et les présentations des expériences italiennes, bien que parfois un peu répétitives, sont toujours très éclairantes sur ce qui se joue.

2. Quelques perspectives constitutionnelles du *Dictionnaire des biens communs*.

Sur le fond, il est évidemment impossible de résumer ou de présenter un ouvrage aussi dense en quelques lignes. Envisagé du droit public, il convient de revenir sur les implications de la définition de la notion de biens communs (1.) avant de relever que celle-ci est peu pensée en relation avec l'État (2.).

56

2.1. Les biens communs, définition et conséquences politiques.

Le *Dictionnaire des biens communs* a ceci d'intéressant qu'il ne retient pas une définition unique de la notion de *bien commun* mais met en évidence sa pluralité selon les perspectives et points de vue retenus. La définition la plus fréquente est celle adoptée par la commission Rodotà¹³⁷ selon laquelle les biens communs sont des "biens qui expriment une utilité fonctionnelle pour l'exercice des droits fondamentaux et le libre développement de la personne" (p. 301). On trouve une seconde définition (française cette fois) selon laquelle un bien commun est une "ressource en accès partagé gouvernée par des règles émanant de la communauté des usagers visant à en assurer l'intégrité et le renouvellement" (p. 106). Les auteurs constatent qu'au regard de cette seconde définition, il est impossible de qualifier juridiquement aucun bien de bien commun. Cela explique sans doute que les auteurs privilégient la définition italienne, incontestablement plus opératoire et plus intégrable dans la théorie de la République développée dans notre pays puisqu'elle retrouve la finalité émancipatrice au cœur du logiciel républicain sans paraître en bouleverser l'ingénierie.

Ces définitions sont complétées par des approches théoriques de la notion de *commun* ou encore de *public*. Il en ressort que les biens communs s'ancrent dans trois soubassements: la théorie générale de l'État, la théorie des biens et la théorie des droits fondamentaux.

La théorie de l'État sera abordée au point suivant (2.), les deux autres aspects peuvent être

¹³⁷ Du nom de la commission présidée par S. Rodotà, créée le 21 juin 2007 et qui a remis un rapport sur la question des biens communs en 2008. Voir D. Mone, *Commission Rodotà* (Italie), in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 196-199.

rapidement évoqués ici.

Au regard de la théorie des biens, il ressort du dictionnaire que l'émergence des biens communs met en cause la portée du droit de propriété. La théorie propriétaire classique en droit privé (le plein usage de son bien – même si la présentation de John Locke rappelle utilement que ce dernier ne fait pas du droit de propriété un droit absolu, seulement un droit naturel¹³⁸) et la théorie de la personne publique propriétaire sont relues à l'aune d'une notion qui transcende leur différenciation (le bien commun peut être public ou privé); s'il limite la propriété privée, il révèle une crise de légitimité et d'efficacité sans précédent de la propriété publique. En cela, la promotion des biens communs met à mal la fiction classique au cœur du constitutionnalisme libéral selon laquelle "l'État est la personnification juridique de la nation" (A. Esmein), ses intérêts épuisant (transitivement) les intérêts de la seconde. Cette fiction a été d'autant plus contestée que la pluralisation de la puissance publique (en raison du double mouvement de décentralisation et de construction européenne) a favorisé l'émergence d'une pluralité d'intérêts publics possiblement contradictoires et antagonistes. Les biens communs pourraient permettre l'émergence d'une nouvelle figure politique transversale permettant la régulation des différents intérêts. En cela, le commun apparaît comme un plus petit commun dénominateur à différents groupes dont les intérêts sont antagonistes; il se construit à l'inverse de l'intérêt général dont la finalité consiste à affirmer un plus grand commun dénominateur transcendant les intérêts antagonistes. En cela, les biens communs favorisent une plus forte autonomie sociale par rapport à la Puissance publique; marqués par une forme de radicalité, ils constituent le socle pour un renouvellement de l'appareil institutionnel.

Au regard de la théorie des droits fondamentaux, les biens communs apparaissent à la fois comme un vecteur, un ferment de revendications de nouveaux droits économiques, sociaux et culturels (DESC), ainsi que l'illustre le développement des biens communs environnementaux (eg. le droit à un air sain se fonde sur l'idée d'un bien commun *air*). Mais, les biens communs confèrent également une matérialité et une opérationnalité beaucoup plus grandes aux droits fondamentaux. La limitation de l'usage d'un bien au nom de son caractère commun et en raison de sa participation à l'accomplissement d'un DESC

¹³⁸ C. Miquieu, e J. Locke, *Second traité du gouvernement civil*, publié en 1690, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 761.

rend concrète la mise en œuvre du droit là où la revendication des DESC pouvait apparaître parfois un peu abstraite. L'autre apport de cette notion dans le cadre d'une théorie des droits fondamentaux, c'est qu'elle permet de repenser l'articulation entre l'individu et le groupe; là où la théorie des droits fondamentaux peut apparaître individualiste (substituant une relation bilatérale *Pouvoir-Individu* (dont les droits sont possiblement lésés) à une rapport collectif *Pouvoir-Peuple/syndicat/classe sociale...*), les biens communs réinsèrent ces droits individuels dans un collectif (le bien commun ne peut être une revendication individuelle ou catégorielle mais une revendication commune) confirmant que la liberté et les droits sont toujours relationnels (y compris, peut-être surtout, le droit de propriété). La notion permet ainsi de ré-enchâsser l'affirmation des droits fondamentaux dans un cadre institutionnel collectif non oppressif (contrairement à l'État) mais au service de l'émancipation des individus. Reste alors à insérer cette notion dans une théorie juridique de l'autorité, question malheureusement peu évoquée dans le cadre du *Dictionnaire commenté*.

3. Les rapports État-bien communs, un impensé du Dictionnaire.

Alors que la notion de biens communs paraît devoir s'intégrer à la théorie de l'État pour produire ses pleins effets politiques, le *Dictionnaire* aborde assez peu la question. De façon étonnante, le *Dictionnaire* ne consacre aucune entrée à l'État. Avec les entrées *Entreprise*, *gouvernance*, *démocratie participative*, *République*, etc., le dictionnaire paraît tourner autour de l'État sans jamais lui consacrer de développements directs. Or, le choix paraît regrettable car c'est bien une mise en cause de l'État en vue de sa refonte afin de refondre les conditions de sa légitimité qui est en jeu. Il est étonnant dès lors qu'aucune réflexion ne lui soit explicitement consacrée. Les biens communs questionnent en effet deux fictions au creuset de l'État moderne: *la fiction de l'assimilation entre État et population* (quelle que soit la forme qu'on lui donne – nous en resterons ici au constitutionnalisme libéral français) et *la fiction de l'assimilation entre État et République* (au creuset du modèle français – mais le dépassant largement, tout État incarnant une forme de *res publica*). Autant le dire nettement: les biens communs apparaissent davantage comme un remède à la crise de l'État que comme un facteur de sa mise en cause. L'ouvrage le montre à plusieurs reprises : le

contexte néolibéral de remise en cause de la puissance publique renforce *volens nolens* le terreau sur lequel s'enracine la revendication de la reconnaissance des biens communs. Cette revendication serait moins vive dans un contexte idéologique plus favorable à l'action publique. En ce sens, les réformes successives visant à rapprocher le fonctionnement de l'État de celui des entreprises, et la banalisation du premier qui en résulte, ont contribué à affaiblir les facteurs classiques de la légitimité de la puissance publique, rendant nécessaire leur refondation; or, les biens communs constituant un moyen de repenser l'organisation du collectif, leur intégration à cette refondation s'impose d'évidence.

Si l'on se concentre sur la remise en cause des deux fictions constitutives de notre système politique, l'ouvrage comporte plusieurs notices qui permettent de comprendre les apports de la notion de bien commun.

4. Les biens communs comme remise en cause de l'assimilation État/population.

L'entrée "Démocratie participative"¹³⁹ ouvre des pistes intéressantes pour préciser l'impact de la notion de bien commun sur le rapport État/population. L'assimilation entre État et population au sein du système constitutionnel repose sur la combinaison de la souveraineté et de la représentation. Les représentants n'exercent pas le pouvoir en leurs noms propres mais en vertu d'une habilitation du souverain. Les défauts de cette combinaison ont déjà été abondamment critiqués, au premier titre desquels le risque d'usurpation de la souveraineté par les représentants¹⁴⁰. Or, la notion de bien commun émerge en droit constitutionnel à l'interstice entre ces deux notions dont elle révèle la disjonction, laquelle met en cause la qualité de l'intérêt poursuivi par les représentants à coïncider avec l'intérêt auquel aspire la société. Le commun viendrait ainsi rétablir une coordination entre les deux notions. Aussi, l'affirmation des biens communs, outre une certaine rupture avec le modèle constitutionnel libéral classique, doit conduire à mettre en question le fonctionnement du système représentatif afin de donner un nouveau souffle (et une nouvelle réalité) à la

¹³⁹ A. Lucarelli, *Démocratie participative*, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 341.

¹⁴⁰ Par ex., pour une critique ancienne, R. Carré de Malberg, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *RDP*, 1931, pp. 225-244.

souveraineté populaire. Délaissant la conception organique classique, elle revêt alors une acception formelle et est entendue comme la capacité de la population, envisagée à ses différents niveaux de conscience d'elle-même, de s'exprimer pour gérer ses affaires communes¹⁴¹. Ce renouvellement conduirait alors à deux avancées.

Il impliquerait d'abord la fin de la suprématie des représentants sur la population, la représentation devant être évitée le plus possible afin de favoriser l'emprise de la population sur ses biens et son administration. Les biens communs apparaissent ainsi comme un facteur de remise en capacité de la population (au sens de la théorie de l'*empowerment*) – ce qui explique sans doute en partie pourquoi la notion prospère davantage au niveau territorial qu'étatique, le local pratiquant l'*empowerment* dans d'autres politiques publiques). Ceci dit, une telle évolution soulève davantage d'incertitudes institutionnelles qu'elle n'en résout, parmi lesquelles l'articulation administration-population, l'organisation de mécanismes de contrôle et l'institutionnalisation de l'ensemble ne sont pas les moindres. Là encore, la pratique locale est en avance sur la pratique de l'État et les collectivités y trouveront un terreau propice à leur autonomie cependant que l'État devra combler son retard et surmonter les difficultés liées à l'articulation des différents communs.

Il conduirait ensuite à substituer une approche ternaire (public, privé, commun) à l'opposition classique (public vs privé). Le nouveau triptyque opposerait (combinerait?) alors le *public* (compris comme l'ensemble des institutions publiques; les biens possédés sont qualifiés tels), le *privé* (compris comme l'ensemble des personnes privés et de leurs biens) et le *commun* (permettant de qualifier les biens possédés par la collectivité). S'il apparaît comme un bon moyen de préserver les intérêts de long terme de la population, ce triptyque questionne tout de même la survie des personnes publiques. Certes on peut sans trop de difficulté considérer une hiérarchie des intérêts collectifs: commun > public > privé, laquelle justifierait la préservation d'une sphère publique. Mais du point de vue historique, les personnes publiques ont été fondées pour gérer l'intérêt commun et le sortir du giron du privé et de ses modes de régulation (le marché). Le passage du commun à l'intérêt général s'opérant avec l'abandon de la monarchie et l'affirmation d'une république sécularisée. La structuration ternaire des intérêts questionne dès lors la survivance des

¹⁴¹ A. Lucarelli, *op. cit.*, p. 344.

personnes publiques telles que nous les connaissons (car les personnes publiques *old fashion* perdent leur raison d'être) et met en avant la nécessité de retracer des liens entre public et commun. Ainsi que l'écrit Alberto Lucarelli dans la notice *Démocratie participative*, "le passage du public au commun ne signifie pas réorganiser les espaces mais plutôt enlever au sujet public la suprématie autoritaire sur de tels espaces, afin de garantir par des modalités et des finalités plus démocratiques les droits fondamentaux des citoyens" (p. 345). Si l'on s'accorde avec l'objectif, la notion apparaît ici possiblement trop défiante de la puissance publique étatique au profit d'autres autorités (locales notamment) dont la capacité de résistance au marché globalisé est peut-être surestimée... Ces considérations confirment qu'une entrée sur l'État aurait été opportune, de même qu'elles conduisent à regretter que l'entrée consacrée à la ZAD soit trop rapide et, sociologique, n'aborde pas ces questions.

5. Les biens communs, facteur d'évolution de la structure institutionnelle de la République.

À défaut d'une notice consacrée à l'État, le *Dictionnaire* s'intéresse à la notion (voisine par certains aspects) de *République*. La notice qui lui est consacrée rappelle la double signification de la notion comme bien commun (en tant que société d'êtres humains libres et égaux) et comme mode de gouvernement de ce bien commun. La notion de bien commun conduit ainsi à mettre en exergue que l'actuelle manière de fonctionner de l'État n'en fait plus une république efficace en ce qu'elle ne paraît capable d'agir comme un mode de conciliation des différents intérêts exprimés dans le cadre de la procédure de décision. À ce titre, la valorisation d'une lecture financière du patrimoine public écarte toute idée de commun et de long terme au profit d'une lecture budgétaire de court terme¹⁴² (sans compter les différents aspects écologiques). Le fonctionnement entrepreneurial de l'État, en l'assimilant davantage à une société qu'à une communauté, l'éloigne de la République laissant la dimension commune aux autres personnes publiques ou à d'autres collectifs. Cela ouvre un chantier inédit depuis plusieurs siècles.

¹⁴² *L'État actionnaire: apports et limites de l'Agence des participations de l'État*, in *Cour des comptes, Rapport public annuel 2008*, Paris, La documentation française, 2008, pp. 3-62.

Si l'émergence des communs révèle l'évolution des communautés, elle fournit aussi une nouvelle assise à la république au sein de laquelle l'État, personne publique, peine à trouver sa place. La notice consacrée au *Commun* est sur ce point éclairante de l'apport et de ce qui reste en suspens. Loin des enjeux de droit de propriété, la notice développe une approche institutionnaliste permettant de lier la notion et la question de l'agencement du pouvoir¹⁴³. "Un commun [...] est d'abord et avant tout un espace institutionnel délimité par des règles pratiques élaborées collectivement" (p. 219); il est donc une République en action puisqu'il implique à la fois l'égalité d'accès au bien considéré et sa gestion collective. Plus encore, « *les communs ne peuvent être institués ou gouvernés que par la mise en œuvre du commun, c'est-à-dire de la démocratie* » (p. 220). Reste alors à déterminer la forme qu'on lui donne. Les expériences locales sont peu généralisables tandis que les droits constitutionnels sud-américains qui se sont emparés de la notion n'ont pas vraiment posé la question institutionnelle. Dépassant la seule République, cette interrogation rejoint les analyses précédentes sur l'évolution de l'agencement de l'État. Les biens communs impliquent de repenser le processus collectif de décision ainsi que les valeurs au fondement de la structure qui unifie le groupe. Sur ce point, une incertitude demeure dans l'articulation et la combinaison des communs, compris au sens institutionnel. Les idéologies présentées par l'ouvrage ne sont jamais véritablement parvenues à constituer des alternatives crédibles et efficaces au libéralisme. Une idéologie des communs, de même qu'une pratique, restent donc à inventer. L'ouvrage commenté ouvre des pistes nombreuses et variées. C'est une autre de ses grandes qualités.

Abstract: Published in 2017, the dictionary of the common goods is already a major work of the scientific French production and more generally of the Francophone one.

Directed by three specialists of private law and of economics, it reunites 193 contributors of different fields of interest: private law (civil law, intellectual property law, company law, information technology law etc...) public law (constitutional law, administrative law, administrative property law etc) economy, philosophy, history, geography, sociology...

It comprises more than 340 records written (The indexing is wider and covers about 450 items) for a total of 1240 pages.

¹⁴³ P. Dardor e C. Laval, *Commun*, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., pp. 217-220.

This work represents a unique scientific achievement in France (even beyond the title) which shows the importance of the issue for our scientific communities and, moreover, for the construction of contemporary communities.

With this size, statements and comments cannot be modest; the features which follow are fragmented and focus only on some aspects of the dictionary.

After having reminded how the dictionary works and the aims of the authors, a few considerations on constitutional law will be proposed.

Abstract: Paru en 2017, le *Dictionnaire des biens communs*¹⁴⁴ est d'ores et déjà un ouvrage majeur de la production scientifique française, et plus largement francophone. Dirigé par trois spécialistes de droit privé et d'économie, il réunit 193 contributeurs issus de champs disciplinaires variés : droit privé (droit civil, droit de la propriété intellectuelle, droit de l'entreprise, droit du numérique, etc.), droit public (théorie doctrinale, droit constitutionnel, droit administratif, droit administratif des biens, droit de l'action publique, etc.), économie, philosophie, histoire, géographie, sociologie... Il ne comprend pas moins de 340 notices rédigées (l'indexation est plus vaste et couvre autour de 450 entrées) pour 1240 pages. Cet ouvrage constitue ainsi une somme scientifique inédite en France (même au-delà du thème) ; ce qui montre l'importance de la thématique pour nos communautés scientifiques et, au-delà, pour la construction des sociétés contemporaines. Face à une telle ampleur, les propos et commentaires ne peuvent être que modestes ; les lignes qui suivent sont éparpillées et se focalisent sur certains aspects du *dictionnaire*. Après avoir rappelé la manière dont le *Dictionnaire* est construit et les finalités que les auteurs se donnent (1.), quelques commentaires de fond, en lien avec le droit constitutionnel, seront proposés (2.).

Mots clés: Dictionnaire – biens communs – État – droit public – théorie – Démocratie participative – structuration ternaire.

Key words: Dictionary – common goods – State – public law – theory – Representative Democracy – trilateral structure.

¹⁴⁴ Sous la direction de M. Cornu, F. Orsi e J. Rochfeld, *Dictionnaires Quadriège*, Paris, Presses universitaires de France, coll., 2017.