Au sein de la Constitution et au-delà de la Constitution. A la recherche de nouvelles dimensions de droit public : participation et biens communs

dupublicaucommun.blogspot.fr/2011/12/au-sein-de-la-constitution-et-au-dela.html

Alberto Lucarelli, professeur de Droit public
Université de Naples, Federico II

– On constate aujourd'hui la montée en puissance de deux phénomènes : la fragmentation de l'intérêt public et la privatisation des biens appartenant autrefois aux collectivités publiques et il convient de réfléchir à la construction de systèmes de droit public susceptibles d'encadrer de nouvelles catégories juridiques, économiques et sociales . L'un de ces systèmes se propose de revisiter le droit de propriété tel qu'il s'exprime aujourd'hui ,droit qui repose sur le concept de dominium dans les rapports du propriétaire avec son bien. Il s'agit de réagir à un processus de dégénérescence, des valeurs traditionnelles et de proposer un parcours qui conduise du public au commun.
- Il est nécessaire d'imaginer une nouvelle forme de droit public qui protège et valorise certains biens publics liés à des droits fondamentaux, en tant que biens collectifs et sociaux . Il faut aller au-delà des dichotomies public-privé d'une part et propriété-gestion d'autre part. C'est dans cette optique que se situent certaines expériences participatives de base, par lesquelles on tente de conduire les orientations des pouvoirs publics vers des formes de conservation de biens publics considérés comme essentiels à la satisfaction des besoins fondamentaux des hommes en les soustrayant au détournement vers des fonctions étrangères leur finalité d'origine. Il s'agit d'expériences de « base » partant « de la base », expression de conflits, de propositions et de contrôles , signes avant-coureurs enregistrés sur le front de la mobilisation sociale exprimant une demande de la part de citoyens actifs alertés par des tentatives répétées d'enlever au secteur public et donc aux citoyens eux-mêmes, des biens différents des biens marchands et dont la disponibilité , liée à l'exercice effectif des droits fondamentaux, doit être préservée.

- La question a été abordée à plusieurs reprises en Italie dans la perspective d'un élargissement du statut juridique traditionnel des biens publics qui est désormais dépassé car il se révèle comme incapable de s'opposer aux opérations de liquidation et de transfert des biens publics qui se sont réalisés dans une logique mercantile de profit afin de satisfaire des intérêts privés . A cet égard il faut signaler les travaux particulièrement novateurs de la commission Rodotà, mise en place par l'administration Prodi pour modifier la partie du Code Civil concernant la propriété publique, La commission a rendu son rapport en avril 2008 alors que le gouvernement était démissionnaire. La réforme qu'elle proposait constituait une lecture révolutionnaire, anti-individualiste et « anti-propriétaire » des biens publics et surtout elle introduisait pour la première fois la notion juridique de bien commun]

- La commission Rodotà, a été mise de côté par le gouvernement suivant, ses propositions étant jugées trop radicales car elles allaient bien au-delà d'une simple modification du régime de gestions des biens publics par l'Etat italien . Leur grande originalité était d' envisager une nouvelle catégorie de biens, différente des biens publics : celle des biens communs, dont la titularité ,le contrôle , la possession , la gestion relèveraient de la collectivité dans son ensemble et non d'une structure administrative telle que l'Etat et dont la législation devrait reposer sur certains principes fondamentaux et sur l'idée qu'ils constituent des biens par définition indisponibles, parce qu'ils sont indispensables à la satisfaction des besoins primaires de tous et de chacun.
- On débat donc actuellement en Italie sur la nécessité d'aller au-delà du droit public traditionnel, ancré dans des dichotomies dépassées opposant la démocratie de la représentation et celle de la participation d'une part , la propriété publique et la propriété privée d'autre part afin de redonner son efficacité à la démocratisation Cette démarche suppose une réforme au plus haut niveau qui consisterait à faire vivre certaines parties de notre Constitution qui ne sont pas encore appliquées, qui ne le sont que partiellement ou qui sont violées. L'idée est de considérer le bien public et le bien commun non pas seulement pour la satisfaction des intérêts du dominus, mais pour sa capacité concrète à étendre les fonctions d'utilité collective. Il faut alors rechercher dans la

Constitution elle même d'autres parcours et de nouveaux espaces du secteur public, afin d'accroître les sphères de la responsabilité (les responsabilités diffuses) et d' imaginer pour certains biens le passage du public au commun.
- Le lien existant entre les biens et les droits fondamentaux qui résulte de la constitution n'a été abordé jusqu'ici par la politique abordé que de manière superficielle ou même non respecté et il faut désormais faire de ce rapport le centre de la réflexion en ayant conscience que la protection des droits fondamentaux est strictement liée à la gestion des biens communs, des biens souverains et des biens sociaux. Une telle démarche suppose que l'on aille au-delà de la nature juridique de la propriété, qu'elle soit collective, publique ou privée[2].
Cela signifie aussi la volonté de construire un droit public effectif, capable de réguler « public et commun », qui sache endiguer les tendances affairistes sur les biens publics un droit public ne se laisse pas entraîner vers le marché et vers le profit, et qui rappelle aux autorités publiques leurs responsabilités en matière de gestion et de contrôle[3]. En promouvant 'une gestion publique participative , élargie à la dimension du « commun ». Le fait que les personnes publiques descendent de plus en plus dans l'arène marchande, à travers des sociétés publiques par actions ou des sociétés mixtes, à travers des actes toujours plus contaminés par le droit privé et sociétaire et à travers des choix qui ont orientés les services et les biens publics vers le profit, a déconnecté cette partie de la Constitution qui représentait l'État comme expression et instrument de la collectivité, et non pas de groupes particuliers[4]. Il s'est ainsi créé un enchevêtrement public-privé diabolique, qui a rendu difficile la détermination des responsabilités réciproques, déplaçant par la même dans des zones "sombres" la réalisation des intérêts publics et généraux et favorisant les phénomènes d'illégalité diffuse dans l'administration publique..
Il faut reconduire les services publics vers la protection effective des droits fo0ndamentaux.
On peut dès lors imaginer un droit public participatif qui , aux termes de l'article 43 de la Constitution, pourra constituer la Grundnorm de la gestion publique participative, et donnera leur effectivité à l'ensemble des biens sociaux et conduisant à une nouvelle politique de l'emploi[5], un droit public qui joue à nouveau un rôle de premier plan en matière d'orientation et de gestion dans des secteurs d'intérêt social primordial tels que l'école, le logement, la santé l'environnement, la sécurité sociale, la formation professionnelle, les transports, l'aménagement urbain et la maîtrise foncière Un droit public qui sache contrôler et gérer , les nouvelles attentes participatives de la société qui vont bien au-delà des "vieilles" catégories enfermées dans des partis politiques, des syndicats ou des associations, caractérisées par un néo-corporatisme fondamentalement égoïste et exclusif. Un droit public conscient de cette nouvelle et vaste sphère qui incarnent la société civile : comités, mouvements spontanés souvent précaires, associations représentatives d'intérêt généraux et antagonistes qui, bien au-delà des des stakeholders , actuellement trop puissants, cherchent un espace dans la détermination des processus décisionnels.
- Imaginer un droit public participatif, impose surtout de reconsidérer les dynamiques des processus décisionnels afin d'éviter que des phénomènes participatifs se transforment en processus de cooptation ou en applications ambigües du principe de subsidiarité, soient considérés comme des instrument pour « se décharger » sur certaines catégories de citoyens des responsabilités qui doivent demeurer des responsabilités publiques dans la gestion des services publics ., ce qui aurait pour résultat de générer des formes d'inégalité, entre les individus et les territoires [6]. Il faut éviter que la participation dans les processus décisionnels ou en matière d'instruction et de contrôle, soit la suprématie et le monopole de petits groupes liés à des partis, des syndicats, des associations d'obédience religieuse ou pire encore, qu'elle soit uniquement utilisée pour cacher d'autres intérêts. Cette nouvelle forme de droit public social-participatif doit tenir compte de la nouvelle et explosive catégorie de la cyberdémocratie, c'est-à-dire de l'apparition de nouveaux espaces publics à travers lesquels tout le monde peut exprimer son opinion en ligne, avec la création permanente et continue de forums et groupes de discussion qui échappent aux frontières politiques et géographiques traditionnelles[7].

- Il faut se méfier des nouveaux modèles de solidarité tels que le Welfare Mix ou il Welfare Society qui, en Italie, après la réforme constitutionnelle de 2001, trouvent leur fondement dans le principe de subsidiarité horizontale (article 117 de la Constitution) et remettent progressivement en cause l'effectivité du service universel, en générant des discriminations, des inégalités et une parcellisation sociale ainsi que la privatisation des espaces publics et sociaux[8].Ces modèles sont une menace pour principe d'égalité au sens strict comme l'est le principe de subsidiarité horizontale, fondé sur la spontanéité de l'action des individus, réalisant ce que Bauman a défini comme "agir solidairement dans son propre intérêt"[9] ou "agir par solidarité de communauté[10], c'est-à-dire solidarité de groupe en faveur de quelqu'un qui est souvent une forme de solidarité contre quelqu'un d'autre. La valeur effective de la dimension sociale serait ainsi mise en condition d'être concurrentielle sur le marché, ce qui

met en cause l'existence même des droits sociaux. Il faut donc admettre l'idée selon laquelle l'État Providence peut épuiser sa propre légitimation dans le principe de subsidiarité, comme principe fondamentalement alternatif et antinomique du principe d'égalité, au point de remettre en cause son effectivité[11].
- C'est pourquoi on doit imaginer un nouveau droit public dont les fondements seraient t moins figés que par le passé, voire même en opposition dans certains cas avec le droit positif en vigueur et qui se réclamerait de principes globaux et de nouvelles grandes catégories juridiques adaptées aux problèmes du XXIème siècle : les biens communs et le participation diffuse et libre. Ces principes remettent en cause le rôle de l'État et des autorités publiques et les fictions idéologiques de la représentation et de la souveraineté, en s'ouvrant à l'ère des nouveaux modèles de participation. Telle qu'elle est générée et gérée par l'État bourgeois libéral, cette participation se caractérise par la somme des exigences individuelles et particulières, l'État social essayant de la coopter et de la canaliser dans des systèmes corporatistes pour ses propres besoins sans jamais tenter un véritable processus d'autodétermination. Les exigences plurielles participatives, ne peuvent se passer d' une véritable information libre et on ne saurait nier les progrès accomplis en ce sens L'affirmation et l'extension de la notion de bien commun devrait faciliter ce processus de démocratie participative , le citoyen largement informé se sentant toujours plus impliqué dans la gestion des biens collectifs (biens communs), de biens à fort caractère social (biens sociaux)[12], ou des biens souverains[13], dans un processus permanent .Un des points critiques du droit public pendant l'affirmation de l'État social, a été le lent déclin de l'administration publique et surtout son assujettissement au pouvoir politique, beaucoup trop lié aux potentats affairistes. Une démobilisation de l'administration publique, allégée de ses missions fondamentales et réorganisée dans ses activités de gestion et de contrôle, a causé la crise de deux piliers de notre Constitution: le principe de l'impartialité et le principe du bon fonctionnement de l'administration publique (article 97 de la Constitution).
- La transposition du langage entrepreneurial et des catégories appartenant au secteur privé à l'intérieur de l'administration publique, à travers un processus de réforme qui a eu lieu au début des années 80 se fondait sur l'idée qu'on devait moderniser l'ensemble du système. On a pensé, à tort, que l'amélioration de l'administration publique, en terme d'efficience et d'efficacité devait passer par le recours au droit privé, à ses modèles contractuels de négociation en subordonnant l'activité administrative au principe de l'efficience et en ignorant que le principe de distinction entre politique et administration prévu par la Constitution est différent du principe de séparation entre politique et gestion imaginé dans les théories du new public management[14], qui a prévu la subordination de la régulation politique et sociale à la régulation du marché.
On a pensé que l'assouplissement des procédures devait passer par la réduction voire même l'abolition des contrôles externes et que le corpus administration-direction était plus fiable et efficace s'il était choisi selon le modèle du spoil system nord-américain, déclaré ensuite anticonstitutionnel par la Cour suprême[15]. Le problème était aggravé par des syndicats de fonctionnaires toujours plus proches du pouvoir et de l'action politique aux dépens qe la défense des intérêts de la fonction publique en elle-même. L'effet a été dévastateur et l'administration publique, plutôt que de rester soumise à sa fonction constitutionnelle de défense des intérêts publics comme , est devenue esclave du pouvoir et des partis politiques , ce qui transparaît dans les affaires d'illégalité grossière et de corruption . Ce phénomène s'est manifesté en particulier dans le secteur des concessions et des adjudications dans des secteurs concernant la gestion des services publics, l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement pour ne citer que quelques exemples. Des dirigeants ont été nommés aux postes les plus élevés et les plus stratégiques pour leur loyauté envers un parti politique, plutôt qu'en fonction de leurs compétences , malgré l'existence de lois affirmant clairement le principe de la distinction entre politique et administration[16] , phénomènes de féodalisation de l'administration publique, déjà dénoncés au début du XXème par Roberto Michels et Max Weber, qui démontraient magistralement comment un tel processus avait, dans son ensemble, estompé le concept d'intérêt public[17]. Lorsque les instruments et les structures du secteur privé investissent l'acte public ,ils permettent à la loi du marché d'imposer ses propres intérêts.

- Le système administratif italien s'est éloigné de plus en plus de la séparation naturelle entre politique et administration qui avait caractérisé par phases alternées, l'évolution de l'État libéral et qui avait été consacrée par la Constitution de 1948 et, dans le même temps l'administration publique caractéristique de l'État social a perdu sa capacité à affirmer et garantir concrètement l'effectivité des droits. La nouvelle conception du droit public doit conduire à une réorganisation de l'administration afin d'affirmer et garantir les principes constitutionnels de bon fonctionnement et d'impartialité, Le renforcement des contrôles externes est devenu une priorité dans un système qui autorise des chevauchements toujours plus fréquents entre la sphère publique et

privée. On doit faciliter , par ailleurs, une administration qui, indépendante des pressions politiques qui saura dialoguer avec les associations, les comités et les mouvements de citoyens au profit du seul intérêt général. Le processus décisionnel est public et doit le rester, la participation “informée et formée” doit être consciente qu’elle s’engage dans un processus public, dans le cadre duquel elle doit représenter une valeur ajoutée en terme de gestion publique partagée. . Le passage du public au commun ne signifie pas réorganiser les espaces, mais plutôt enlever aux autorités politiques et administratives traditionnelles un monopole sur la gestion autoritaire de ces espaces, et les premières réussites de cette transformation pourraient concerner des formes expérimentales de gestion publique partagée et participative des biens communs.

[1] Nous nous référons plus particulièrement aux travaux de la Commission Rodotà, mise

[2] A. Lucarelli, Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un’occasione perduta? dans U. Mattei, U. Reviglio et S. Rodotà (sous la direction de), I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile, Roma, 2010, pp. 85 et suivantes.

[3] A. Lucarelli, Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni, in Quale Stato, 3-4, 2007, pp. 87 et suivantes et maintenant Idem, Proprietà pubblica, op. cit., pp. 85 et suivantes.

[4] V. Crisafulli, Costituzione potenzialmente socialista ?, in Idem, Stato, popolo, governo, cit., p.296.

[5] A. Lucarelli, Art. 43 Cost, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (sous la direction de), Commentario alla Costituzione, vol. I, Torino, 2006.

[6] Font partie de cette catégorie participative, caractérisée par un rôle actif et gestionnel des citoyens, qui va bien au-delà de la proposition, de la consultation et du contrôle, les formes d’autogestion de l’utilisation sélective des ressources comme alternative à la privatisation. A ce propos, voir E. Ostrom, Governare i beni collettivi, Venezia, 2006.

[7] A ce sujet, voir P. Levy, Cyberdemocrazia, Milano, 2008.

[8] L. Antonini, Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society, dans Riv. Dir. Fin. Sc. Soc., 2000, passim.

[9] K. Bayertz, Il concetto e il problema della solidarietà, dans P.P. Portinaio (sous la direction de), L’interesse e il, dono. Questioni di solidarietà, Milano, 2002, pp. 8 ss.

[10] P. Portinaro, Introduzione a L’interesse e il dono, cit.

[11] A. Lucarelli, L’effettività del principio di eguaglianza e diritti sociali nei processi evolutivi della forma di Stato, in Il Filangieri, 1, 2004, p. 103.

[12] A ce sujet, voir A. Lucarelli, Proprietà pubblica, op. cit.

[13] Ibidem, ….

[14] D. Mone, La dirigenza, op.cit., pp. 35-36, affirme que sur la base du principe de séparation entre technique et politique dont s’inspire la théorie du new public management, le bureaucrate est libéré de la politique au nom de la réalisation de l’efficience de l’activité administrative, afin de garantir la capacité compétitive de l’ensemble du système Pays et de chacun des sous-systèmes (niveaux inférieurs). En résumé, il est essentiel de baser la compétition économique entre les différents systèmes productifs nationaux (mais aussi régionaux et locaux) sur tout ce qui est fait pour rendre les administrations publiques efficientes ou plus efficientes si bien que ces dernières ne sont évaluées qu’en fonction de cet objectif et exclusivement en fonction de celui-ci. Si cela est nécessaire, «au détriment de la satisfaction – en termes d’universalité de l’accès, de répartition des coûts qui en découle et de la qualité même du service - des droits fondamentaux des citoyens, eux-mêmes subordonnés dans cette logique à la suprématie de la compétitivité du “système”, autrement dit concrètement, à la compétitivité des entreprises». (C. PODDA, Un sindacato, la sua rivista, La faticosa conquista di un nuovo senso del pubblico, in Quale Stato,…. p. 3). Les effets, inhérents à un tel modèle, sont « la subordination de la

régulation politique et sociale à la régulation du marché, la transfiguration des droits en besoins chosifiés, une occupation néolibérale des espaces publics, parce qu'elle ne prévoit aucune obligation par rapport au processus concerné, qui détermine la négation, dans les faits, des valeurs d'égalité garanties par notre Constitution et par la fonction publique (Ibidem, p. 3). La modernisation que le new public management aurait dû apporter dans notre administration a eu pour résultat (et un tel résultat était prévisible étant donné la conception du modèle) la domination de l'aspect marchand et privé de l'efficience et de la réduction des coûts sur ceux de l'universalité, de l'efficacité et de la qualité des services publics directement liés à la satisfaction des droits fondamentaux des citoyens (Ibidem, p. 6).

[15] Voir Cour Constitutionnelle n. 103 de 2007. Dans cet avis de la Cour Constitutionnelle, le Conseil déclare entre autre l'illégitimité constitutionnelle du spoil system uniquement par rapport à la direction générale mais pas par rapport aux cadres situés au sommet, ce qui a engendré une forte incertitude étant donné la vague délinéation de l'aire de fiduciarità par rapport à l'aire de compétence professionnelle d'où émanent des décisions non univoques quand elles se réfèrent au système public national ou régional. Cet aspect est mis en évidence par F. Merloni, Lo spoil system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla corte nuovi passi nella giusta direzione. Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007, in Le Regioni, 5, 2007, p. ……

[16] L'analyse de la législation relative aux rapports entre politique et direction montre comment, à partir des années soixante-dix, même si le principe de distinction entre politique et administration s'affirme, le pouvoir politique a toujours exercé une influence décisive sur les dirigeants, tantôt en s'appuyant sur l'obligation constitutionnelle de la soumission de l'administration à la politique à travers l'article 95 de la Constitution, tantôt sur des interprétations ambigües du principe d'impartialité, tantôt sur l'impossibilité présumée de distinguer le domaine politique du domaine gestionnel. Sur ce point, voir D, Mone, La dirigenza, op. cit., p. 26 et suivantes.

[17] À ce sujet, on peut souligner la pertinence des réflexions de F. Ferrarotti qui, in Premessa a M. Weber, Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti, Roma-Bari, 1993, p. VII, Titre original Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteienwesens (1919), souligne comment le vandalisme de l'administration a déterminé la victoire "… de la petite politique des intérêts particuliers, celle des intérêts inavouables des partis, des groupes de pouvoir restreints, des factions, des loges, contre la politique comme idéal de lutte …"