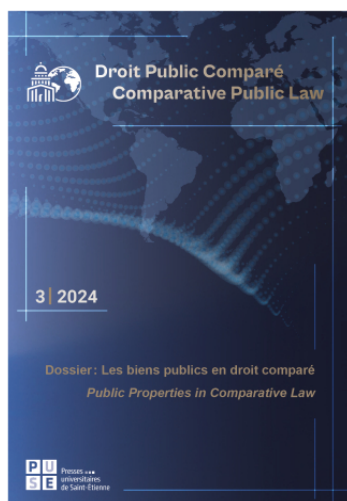




Droit Public Comparé

ISSN : 3036-2490

3 | 2024

 <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=458>

Référence électronique

« 3 », *Droit Public Comparé* [En ligne], mis en ligne le 15 décembre 2024, consulté le 10 décembre 2025. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=458>

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

DOI : 10.35562/droit-public-compare.458



SOMMAIRE

Dossier : Les biens publics en droit comparé

Directeur de publication Thomas Perroud

Thomas Perroud

Introduction

Francesca Di Lascio

Towards new models in natural resources protection?

Maria Chiara Girardi

La propriété publique dans le cadre de l'évolution des formes d'État en Italie.

Éléments de réflexion à partir de l'étude de la Constitution de Weimar

Aurélien Vandeburie et Noémie Gofflot

La valorisation du domaine public en Belgique

Zvikomborero Chadambuka

Property, Public or Common, in Post-Colonial Societies: Studying Zimbabwe's

Communal Lands

Francesco Paolo Grossi

Public and private legal regimes regarding access to water: juridical aspects of the renewed need for public intervention. An Italian study

Martin Sunnqvist

Swedish State Property at the King's Disposal: The Historical Development of the Legal Arrangements Concerning the Swedish Royal Palaces and the Financing of the Swedish Royal Family

Yaëll Emerich

Vers une propriété inclusive en droit public ? Approche comparative

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Directeur de publication Sylvain Soleil

Sylvain Soleil

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Gilles Azowa Kragbe

La préservation de l'environnement au moyen du droit traditionnel. L'exemple des régions forestières de Côte d'Ivoire

Recension

Camille Bordère

Sylvain SOLEIL, *Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théories*

Nicolas Gabayet

Felix UHLMANN (ed.), *Codification of Administrative Law. A Comparative Study of Administrative Law*

Dossier : Les biens publics en droit comparé

Introduction

Le droit comparé de la propriété publique

Thomas Perroud

DOI : 10.35562/droit-public-compare.588

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

- 1 L'idée de ce dossier consacré au droit comparé de la propriété publique est née du constat d'une lacune de la recherche dans ce domaine. Alors que la recherche en droit administratif comparé est aujourd'hui florissante, le domaine des biens publics est resté à l'écart de ces avancées. Dans de nombreux États (comme l'Allemagne ou les pays de *common law*) le droit des propriétés publiques ne relève pas du droit administratif. Ce dossier a donc souhaité tenter de combler, partiellement, cette lacune.
- 2 Ce dossier a été constitué à partir d'un appel à communication ouvert qui a rencontré un franc succès. Le comité scientifique du dossier a sélectionné, à l'aveugle, les papiers présentés dans ce numéro. Le comité fut constitué de Miriam Allena (professeure associée de droit administratif à l'université Bocconi), Patricia Jonason, (professeure associée de droit public à l'université Södertörn de Stockholm), Yseult Marique (professeure à l'Université d'Essex), John McEldowney (professeur émérite de l'Université de Warwick) et Francisco Velasco (professeur de droit administratif de l'Université autonome de Madrid). M^{me} Estelle Chambas (docteure en droit public de l'Université Panthéon-Assas) a coordonné l'ensemble du dossier.
- 3 Le bouquet présenté ici comprend sept articles.
- 4 Maria Chiara Girardi propose une réflexion sur « La propriété publique dans le cadre de l'évolution des formes d'États en Italie ». L'intérêt de ce travail est de mettre en perspective la propriété publique avec la pensée de l'État. Maria Chiara Girardi explore les difficultés rencontrées pour adapter la propriété publique aux exigences de l'État-providence et aux revendications démocratiques.

Elle propose, dans la droite ligne des travaux de la Commission Rodotà, la consécration d'une nouvelle catégorie juridique de bien commun, destiné à régir les biens affectés aux besoins collectifs et, à la suite des recherches d'Alberto Lucarelli, l'encouragement de modèles de gestion participative pour renforcer la souveraineté populaire dans la gestion des biens publics.

- 5 Aurélien Vandeburie et Noémie Gofflot offrent, eux, un article intitulé « La valorisation du domaine public en Belgique ». Ce travail explore les moyens par lesquels les autorités publiques en Belgique tentent de rentabiliser leurs biens, en particulier ceux du domaine public, tout en respectant les contraintes juridiques qui leur sont imposées. Le domaine public, en Belgique – comme en France d'ailleurs – est soumis à des règles strictes d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité, et d'insaisissabilité, ce qui rend difficile son exploitation économique. Toutefois, la jurisprudence, la doctrine, et la législation ont récemment permis une certaine flexibilisation de ce régime, notamment en octroyant des droits d'usage à des personnes privées. L'article permet de mettre en évidence une réelle proximité de la France et de la Belgique dans ce domaine : la question de la valorisation est centrale dans les deux systèmes. Mais on constate aussi une similitude dans la définition du domaine public dans les deux pays et dans les techniques juridiques utilisées pour sécuriser la position des personnes privées.
- 6 Zvikomborero Chadambuka livre, lui, une réflexion intitulée « Property, Public or Common in Post-Colonial Societies: Studying Zimbabwe's Communal Lands ». Il explore la coexistence de différents systèmes juridiques de propriété foncière dans les communs du Zimbabwe, particulièrement dans le contexte postcolonial. Il met en lumière les tensions entre les systèmes fonciers formels et coutumiers, et les problèmes qui en découlent pour la gestion des terres communales.
- 7 Cet article permet de découvrir la façon dont la colonisation a traité les terres communes. Avant la colonisation en effet, les systèmes de droit coutumier régissaient l'accès et la gestion des terres en Afrique, y compris au Zimbabwe. Sous le régime colonial britannique, les terres fertiles étaient réservées aux colons européens (sous un régime de propriété privée), tandis que les terres communes étaient

assignées aux populations autochtones sous la tutelle des chefs traditionnels.

- 8 À l'indépendance en 1980, le Zimbabwe a hérité de ce système dual. Les terres communales, même après la réforme agraire des années 2000, sont restées sous la gestion de l'État, incarné par le président, tout en conservant une gouvernance coutumière. Ce système est compliqué à tenir. Les terres communales sont ainsi simultanément considérées comme propriété publique sous l'autorité de l'État (représenté par le président) et propriété commune sous la gestion des chefs traditionnels. Ce double statut a conduit à une confusion juridique et à une insécurité foncière, car les autorités traditionnelles sont subordonnées au gouvernement central, limitant leur pouvoir. Cela affaiblit également la démocratie locale, les chefs étant souvent utilisés comme des relais du pouvoir central pour contrôler la population rurale.
- 9 Au Zimbabwe – comme en Europe depuis le XVIII^e siècle d'ailleurs – les communs sont critiqués pour leur manque d'efficacité économique et d'équité, notamment envers les femmes, qui sont souvent exclues de la propriété foncière.
- 10 En regard, les terres qui avaient été distribuées aux colons ont fait l'objet d'une redistribution dans les années 2000. Cependant, ces réformes ont aussi exacerbé les tensions politiques et créé davantage d'incertitudes juridiques concernant la propriété des terres.
- 11 L'article soutient que le véritable problème de la gestion des terres au Zimbabwe réside dans la domination excessive de l'État sur les systèmes coutumiers et dans le manque de clarté juridique concernant la propriété. Il plaide pour une meilleure intégration des systèmes coutumiers et une gouvernance locale plus démocratique pour garantir une utilisation efficace et équitable des terres.
- 12 Francesco Paolo Grossi livre, lui, une réflexion sur la propriété de l'eau dans un article intitulé « Public and Private Legal Regimes Regarding Access to Water: Juridical Aspects of the Renewed Need for Public Intervention. An Italian Study ». Il explore la réglementation juridique de l'accès à l'eau en Italie, en examinant plus particulièrement les régimes de propriété publique et privée et les tensions qui en découlent.

- 13 Le débat autour de la propriété de l'eau en Italie a toujours été intense, opposant régimes publics et privés. L'eau a longtemps été considérée comme un bien privé en Italie, mais au fil du temps, elle a été progressivement reconnue comme un bien public. La loi Galli de 1994 marque un tournant décisif en Italie en classant toutes les eaux, qu'elles soient souterraines ou de surface, comme biens publics, destinés à être protégés et utilisés selon des critères de solidarité, avec un accent particulier sur la protection de l'environnement et des générations futures.
- 14 Mais la même loi a aussi introduit la possibilité de déléguer la gestion de l'eau à des entreprises privées alors que la gestion publique était auparavant privilégiée. En outre, le droit de l'Union européenne renforce les exigences en matière de mise en concurrence des concessionnaires. La gestion de l'eau révèle donc aujourd'hui bien toutes les tensions à l'œuvre dans la propriété publique : la question de l'implication des personnes privées, la fonction sociale et bien sûr écologique de ces biens.
- 15 La contribution de Francesca Di Lascio permet aussi de faire le lien entre le domaine public et le droit de l'environnement. Elle montre en effet comment la protection de l'environnement a été historiquement prise en charge par le régime de la domanialité publique (qu'elle analyse sous les espèces de la notion française représentative des pays de droit civil et de la notion de *public trust* présente dans les pays de *common law*) avant que le droit de l'environnement ne prenne le relais et ne soit même aujourd'hui dépassé par de nouvelles logiques, comme celle de la personnalité juridique des entités naturelles. En se plaçant dans la ligne du livre de Peter Burdon sur la jurisprudence de la terre (P. D. BURDON, *Earth Jurisprudence. Private Property and the Environment*, Londres, Routledge, 2015), elle permet ainsi de faire le lien entre la théorie du domaine et les impératifs de la transition écologique.
- 16 Martin Sunnqvist propose, lui, une réflexion sur les biens de la royauté suédoise dans un article ayant pour titre « The Swedish Royal Palaces and the Distribution of Property Rights ». Il explore l'évolution historique et le statut actuel du droit du roi de disposer des palais royaux en Suède. Il examine également les arrangements financiers liés à la famille royale.

- 17 On apprend dans cette contribution que la Suède n'est pas restée à l'écart des évolutions que les royautés européennes ont connues et qui ont vu progressivement une séparation des patrimoines du Roi en un patrimoine privé et un patrimoine public, évolution que Kantorowicz a étudiée dans un livre resté célèbre dans les années cinquante (E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1957). En Suède, depuis le Moyen Âge, il existe ainsi un domaine de la Couronne réservé à l'usage du roi, appelé « bona regalia », et des propriétés patrimoniales privées de la famille royale (« bona patrimonialia »). Il y a donc une distinction entre les biens de l'État et les biens privés de la famille royale. En 1809-1810, après la perte de la Finlande par la Suède et la crise constitutionnelle qui en a résulté, un accord a été conclu entre le roi et le Parlement pour clarifier le financement de la famille royale et l'utilisation des palais royaux. Par comparaison, au Royaume-Uni, la séparation des deux patrimoines eut lieu en 1760, lorsque le roi George III a cédé des terres et des propriétés au gouvernement, les revenus allant directement au Trésor, en échange d'un salaire fixe. Autrement dit, dans ces deux pays, le patrimoine public du Roi fut transféré définitivement sous l'autorité du Parlement à ces dates. C'est une étape capitale de la démocratisation des biens publics. En France, c'est la Révolution française qui fut l'étape décisive.
- 18 L'accord de 1809-1810 prévoyait que les palais royaux, ainsi que les parcs et jardins, resteraient à la disposition de la famille royale, tandis que les domaines agricoles et autres propriétés générant des revenus passeraient sous le contrôle du Parlement. Cela permit de financer la maison royale et la famille à travers une allocation annuelle. Le roi conservait le droit de disposer de certains palais, mais sans possibilité de les vendre ou de les hypothéquer, ces biens restant propriété de l'État.
- 19 Quelle est la situation aujourd'hui ? Le roi Carl XVI Gustaf dispose toujours de plusieurs palais royaux (Drottningholm, Gripsholm, Strömsholm, etc.) ainsi que du parc de Djurgården à Stockholm. Ces biens sont la propriété de l'État, mais restent à l'usage de la famille royale. L'administration des palais est partagée entre la Maison royale et des agences gouvernementales, assurant ainsi la préservation de ce patrimoine culturel pour les générations futures.

- 20 Yaëll Emerich propose, elle, un article intitulé « Vers une propriété inclusive en droit public ? Approche comparative ». Elle explore les différences et les points communs entre la propriété publique et la propriété privée, en mettant l'accent sur les systèmes de droit civil et de *common law*. Elle propose une réflexion sur la manière dont la propriété publique peut s'inspirer du modèle de la propriété collective pour devenir plus inclusive.
- 21 L'article plaide pour une redéfinition de la propriété publique qui intégrerait des éléments de la propriété commune ou collective, en mettant l'accent sur les droits du public sur les biens publics. Cette approche privilégie une vision de la propriété publique comme un droit d'inclusion, où l'accès et l'usage sont garantis au public.
- 22 Le modèle de la fiducie publique (*public trust*), présent en *common law*, est mis en avant comme un exemple de cette gestion plus inclusive, où l'État a la responsabilité de maintenir les biens pour le bénéfice de tous, sans possibilité d'exclusion.

AUTEUR

Thomas Perroud

IDREF : <https://www.idref.fr/160106885>

ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-9699-2694>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/thomas-perroud>

ISNI : <http://www.isni.org/00000000388302339>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16686890>

Towards new models in natural resources protection?

Francesca Di Lascio

DOI : 10.35562/droit-public-compare.590

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Introduction
2. Cases, problems, trends
3. Natural resources as *res* of planetary interest
4. The Earth jurisprudence
 - 4.1 The recognition of rights to “nature”
 - 4.2 The recognition of rights to individual *res naturalis*
5. Preliminary conclusions and perspectives for future research

TEXTE

This paper is the result of research carried out in the context of the project PRIN2022 PNRR *From BEaches to Coasts: towards an Integrated PROtection of COASTS* (BeProCoasts). (Codice del progetto: P2022WCTEW, CUP: F53D23012100001, Finanziato dall'Unione europea—NextGenerationEU).

1. Introduction

- 1 The contribution questions the relationship between the environment and state property. It investigates the capacity of the environmental interest, a transversal value of constitutional importance,¹ to affect the effectiveness of the protection of natural resources according to the domain model.
- 2 The research question stems from the realisation that new forms of protection based on assumptions distinct from those of public property are becoming increasingly widespread in Europe and beyond.

- 3 At the European level, in keeping with the Green Deal perspective,² environmental interest is acquiring a growing capacity to shape and direct the definition of economic development. The achievement of the objectives of climate neutrality, zero land consumption and construction of a circular economic system require the use of techniques and instruments useful for achieving the ecological transition and reducing both the appropriation of natural resources, both their use for entrepreneurial purposes when unsustainable.
- 4 This perspective was most recently taken up in Regulation (EU) 2024/1991, the so-called *Nature Restoration Law*,³ which aims to implement the European Biodiversity Strategy.⁴ This act imposes ambitious objectives on members States to restore the quality of terrestrial, coastal and freshwater ecosystems and habitats and defines related planning and action obligations. Achieving the goals set out in the *Nature Restoration Law* will entail the adoption of repair measures that will also affect agricultural and forest ecosystems. These measures will therefore touch the economic activities carried out in the affected areas.
- 5 Consequently, members States will have to redefine new balances in the use of their *res naturalis*. However, in systems where the legal regime of natural resources is defined according to the domain model, the resources are qualified as public goods: the implementation of European law will therefore affect the fullness of the regime of public property, which presupposes the full availability of the goods by the owner-State.
- 6 At the international level, the push towards the introduction of new models of natural resource protection appears, if possible, even more evident.
- 7 At the heart of the debate is the assertion of a “new ecocentric legal paradigm”⁵ that is promoting the possibility of a different foundation for the function of protecting natural resources. In the domain model, this foundation has an “objective” character and is based on anthropocentric legal rules. In the new model, it assumes a “subjective” character and find his justification in the existence of nature and of its individual components (“ecosystem matrices”, according to European law).

- 8 Representative of this perspective is the theory of *Earth jurisprudence*, which integrates elements of legal philosophy with principles and tools of environmental law. This theory proposes to reconstruct the relationship between humans and Earth according to a “holistic, integral, or systemic approach because it views human governance systems within the context of natural systems of order”.⁶ The aim of *Earth jurisprudence* is to question the anthropocentric view of the relationship between men and “nature” and to reorient it towards an ecocentric perspective. It thus aims to disseminate the use of legal techniques for the protection of natural resources that can foster a balance between the assertion of human rights and the responsibility of the community to maintain the integrity of the Earth-ecosystem.⁷
- 9 The trends mentioned, at European and international level, have two elements in common.
- 10 Firstly, they propose forms of natural resource protection that are distinct from the domain model. Then it arises the problem of understanding the relationship between public property and the new forms of natural resource protection. Do the two models operate without mutual contamination? Or does a modification or integration of the typical features of the domain model is necessary?
- 11 Secondly, although from different points of view, the cited cases refer to the protection of “nature” as a set of natural resources. From the legal perspective, this shows a connection with the notion of “ecosystem” contained in the cited Regulation (EU) 2024/1991, which refers to a “dynamic complex of plant, animal, fungi and microorganism communities and their non-living environment, interacting as a functional unit, and includes habitat types, habitats of species and species populations”.⁸
- 12 But if this is the case, then the objective sphere of reference of the protection function is different in public property and in the *Earth jurisprudence*. The powers of protection that can be exercised according to the domain regime are, in fact, referred to individual natural resources (e.g., the order to demolish an unauthorised building in a protected natural area) or to categories of natural resources (e.g., Forest Law). The different basis of protection could therefore correspond to a greater or lesser effectiveness of the

administrative power exercised in the two models. This is a second question to which attention must be paid.

- 13 In this context, the underlying question of this contribution is whether “nature” can represent a paradigm capable of fostering the establishment of a new model of ecosystem protection. A model additional to the domain model and capable of guaranteeing greater effectiveness of public policies for environmental protection.
- 14 Based on these premises, the paper will be developed as follows.
- 15 First, some cases of domain intervention in natural resources will be considered. These show how the power to dispose of the resources, if exercised according to the domain model, does not guarantee their protection. At the opposite, instead appears conditioned by the political orientation of the context of reference.
- 16 Secondly, the analysis of the cases will be used to demonstrate that the “reinforced” qualification of environmental interest, expanding the territorial scope of protection from individual *res naturalis* to ecosystems, shows the inadequacy of the domain model. The protection offered by public property is, in fact, based on the close connection between State sovereignty and natural public goods. But the protection of an ecosystem can affect sets of environmental matrices located on more than one State. This takes on transnational and global value.
- 17 The analysis will then turn to the examination of some cases emerged in the context of *Earth jurisprudence*. The choice to focus on this profile and not also on *Nature Restoration Law* is based on two reasons.
- 18 First, at the time of writing, *Earth jurisprudence* has a sufficient degree of diffusion in different areas of the globe, makes use of established jurisprudential guidelines and is supported by a rich theoretical analysis formulated by legal doctrine. Regulation (EU) 2024/1991 is, however, still in the implementation phase: the expected effects it will produce can only be investigated in the coming years. In addition, the selected cases concern the different instruments that *Earth jurisprudence* uses to ensure the protection of nature and its components. Show, at the same time, the different protection techniques (judicial and extrajudicial) employed.

- 19 Finally, some preliminary conclusions will be developed and possible prospects for further and subsequent in-depth studies on the subject will be outlined.

2. Cases, problems, trends

- 20 Towards the end of the 1960s, *The Walt Disney Company* presented plans to build a large ski complex in the *Mineral King Valley*, a mountainous area in the *Sierra Nevada*. The facility would have led to the construction of numerous new infrastructures and an impetuous tourist development of the natural area. The *Sierra Club*, an environmental association with long-standing roots in the area and very active in its conservation, appealed against the deeds of approval for the project issued by the U.S. *Forest Service*. In the first instance, the courts held that the *Sierra Club* had standing to appeal, even though it was not immediately provable that it would suffer direct harm from the construction of the plant and granted the request for an injunction to suspend the construction work. On appeal, however, a contrary view was upheld, which led to the resumption of construction work on the complex. In 1971, the *Sierra Club* appealed to the U.S. *Supreme Court*, which upheld the rejection of the application and confirmed by a majority vote that the plaintiffs lacked standing. Despite the unfavourable outcome for the association, Justice *Douglas*' dissenting opinion gave the *Sierra Club vs. Morton* case considerable media resonance across the country. *Douglas* had, in fact, based his favourable ruling on the idea of being able to recognise the legal personality of the natural area affected by the transformation and thus allow it an autonomous and additional legal standing in court in addition to that of the *Sierra Club*.⁹ The debate that arose convinced *The Walt Disney Company* to abandon the project so as not to suffer reputational damage. Moreover, in 1978, thanks to the *Sierra Club*'s insistence, the entire *Mineral King Valley* area was included within the *Sequoia National Park* and subjected to a special environmental and landscape protection regime.¹⁰
- 21 In the *Sierra Club vs. Morton* case, the issue of the legal representation of nature and its elements emerges for the first time in an environmental judgement. This profile will be returned to later.

- 22 However, the case is relevant because it highlights the ability of natural resources to take the form of a centre of conflicting interests. In this context, a fundamental role is reserved for administrative law, responsible for enforcing the laws and ensuring the balance of the relationship between natural resources and individual and collective prerogatives.
- 23 Over the last thirty years, this relationship has become increasingly important due to the progressive depletion of ecosystem matrices caused by climate change and the increase in world population.¹¹ The affirmation of environmental interest has favoured the introduction of an increasing number of rules and administrative instruments. They are aimed at favouring the sustainable exploitation of natural resources or their preservation through the exclusion of appropriation activities. These policies have not, however, been sufficient to limit the occurrence of dysfunctions, the ineffectiveness of legal rules and, consequently, the failure to achieve a balance between the interests to which the rules tend.
- 24 Further examples confirm this thesis.
- 25 In the Chilean region of *Valparaíso*, the overuse of groundwater due to intensive avocado monoculture has drastically reduced the availability of potable water, contributing to drought levels in the area. In 2019, the Chilean government qualified the area as a “*zona de catastrophe hidrica*”. As of 2020, measures have been taken to quota the resource for human consumption and domestic use and a tanker transport service for drinking water has been started. This is charged to public expenditure. In a report of the same year, the *working group* of independent experts appointed by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), under the leadership of the *Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation*, stated that economic development projects based on the further increase of avocado cultivation would foster violations of the right of access to water and other related rights.¹²
- 26 In 2017, the board of management of *Uluru-Kata Tjuta National Park*, located in *Australia’s Northern Territory*, unanimously passed a resolution banning all forms of climbing on the Australian mountain, considered sacred by the Aboriginal people. It also ruled that this activity qualified as a violation of the *Environmental Protection*

and Biodiversity Conservation Act 1999 (EPBC)¹³ and the Environmental Protection and Biodiversity Conservation Act Regulation 2000 (EPBC Regulation).¹⁴ It therefore provided for appropriate sanctions. The decision prompted the resumption of a heated debate in the country between the Aboriginal people, “owners” of the headland and supporters of the need for its spiritual and environmental protection, and the tourism companies, for whom the climb was an important element in offering *loisirs* services.¹⁵

- 27 Since 2018, following a change of direction in the Brazilian government’s environmental policies, deforestation has experienced a renewed rate of growth. The conflict between environmental associations, agricultural business groups and government institutions has been reignited. Data collected within the PRODES project (which uses satellite images to track deforestation in the Amazon area) show that 2021 is the year with the largest deforested area in the last decade.¹⁶ The increase in deforestation was favoured by amendments to *lei no. 12651 de 25 maio 2012*: the measure revoked *lei no. 4771 de 15 setembro 1965* (the so-called *Código florestal*), introducing an amnesty for penalties related to areas illegally deforested before 2008 and reduce penalties for deforestation on small land parcels.¹⁷
- 28 The reported cases highlight how a profound change is underway in the relationship between administrative law and natural resources.
- 29 For the whole of the last century, this relationship was based on appropriation for the purposes of economic development, also helped by the abundance of resources. The domain model has contributed to this disproportion: the choices of use of natural public goods, left to the discretion of the owner administration, have favoured economic valorisation instead of their protection.
- 30 Since the mid-1950s, first at the international level and then at the national level, it has been recognised that increase in world population, excess consumption activity and climate change have caused a rapid decrease in the availability of *res naturalis*. The lack of available resources encouraged an increase in conflicts between States, territorial administrations, citizens and economic operators.

- 31 Reversing the effects of appropriation policies quickly is, moreover, not possible: unlike artificial goods, natural goods tend to be irreproducible or they are partially reproducible but at a very high cost and over a long period of time.¹⁸
- 32 In this context, the integration of environmental concerns into natural resource protection policies can offer a different perspective of investigation.
- 33 First, the application of the principle of sustainable development, accepted in international treaties and in European law, requires States to adopt rules that don't hinder the generative capacity of natural resources. This perspective emerges, as mentioned, in the Constitutions, in European and national legislation and, as will be seen, is accepted by case law.
- 34 As a result of this approach, States adopted legal rules aimed at protecting natural public goods that contribute to constructing a legal regime parallel to the public property regime.
- 35 The way in which they intervene is twofold. On the one hand, they aim at a "conservative" protection, providing for useful instruments to preserve the original condition of the natural heritage (the "good state" referred to in *Nature Restoration Law*). One example is the regime of protected natural areas. On the other hand, they offer "active protection" by reducing or prohibiting uses that lead to irreversible changes in natural resources. Examples are the limits imposed on deforestation or atmospheric pollutions.¹⁹
- 36 As anticipated, the relationship between the two categories of rules is unclear and should be investigated.
- 37 In public property, *res naturalis* are qualified as public goods. They are protected by different instruments from those applicable to private property. These resources are *res extra commercio*, may be subject to State police powers and restrictions may be placed on their use because the administration to which they belong disposes of them as owner. Decisions on the permissible use also lie with the owner administration which, at least in most European countries, is the State.

- 38 The elements of inalienability and of the limits on access to natural resources are common to public property and the public trust. This is a legal model particularly widespread in countries that have embraced principles and institutions typical of common law where public property is a marginal category compared to private property.²⁰ At the basis of the public trust model is the idea that public administrations must safeguard the natural resources of which they are “custodians” (as *trustees*) by guaranteeing their care and conservation. So, it is possible to enjoy them not only in the present but also in the future. The powers of protection are, therefore, justified in the benefit that these resources bring to the community. Consequently, if the administration goes along with the exploitation of *res naturalis* rather than their protection, any citizen is legitimised to take legal action to defend the community’s rights of access and use.²¹
- 39 Despite their common elements, public domain and public trusts are not overlapping models: they have ontologically different foundations and generate different legal effects.²²
- 40 For our purposes, the most important distinction is the correlation between the protection of natural resources and the protection of future generations. This link is not evident in the domain model where protection powers are activated in response to current events (in the form of administrative police powers) or following the acknowledgement of environmental damage (conservation measures).
- 41 This is a perspective present not only, as mentioned, in public trusts. It also emerging in climate litigation.²³ Once again, in this case the protection of natural resources is not based on property but on a functional criterion. Specially, the legitimacy of protection is based on the capacity of environmental matrices to guarantee the realisation of fundamental rights. In climate litigation, the effects of judicial protection are broadened. In addition to claims for compensation or restoration of damaged natural elements, performance complaints are made against States to adopt rules to limit the environmental damage.²⁴
- 42 The “subjective” perspective accepted in climate cases thanks to the reference to future generations makes it possible to broaden the categories of possible claimants. Traditionally, in fact, in European

systems protection for environmental damage is allowed for injured parties and environmental protection associations. In climate litigation representatives of “future generations” can bring claims even if they are not immediately injured by the facts.²⁵ Thus, the guarantee of rights is assessed by the courts not only with respect to the current damage but to its possible future projection.

- 43 The public trust and the protection of intergenerational rights accepted in climate cases show the presence of alternative models of protection of ecosystem matrices to public property. They also confirm the perspective indicated by *Nature Restoration Law*, although from different starting points. In both cases, the paradigm of reference changes: the protection of natural resources is not legitimised by public ownership, but protection depends on the ability of resources to satisfy the rights of present and future citizens.
- 44 The indicated perspective is also present, as will be seen, in *Earth jurisprudence* where the “subjective” inversion takes on an even more marked connotation through the “anthropomorphisation” of natural resources.

3. Natural resources as *res* of planetary interest

- 45 The cases described relate to very different natural resources. But they have one thing in common. They are hypotheses in which the changes induced by climate change and human activities assume a “global” relevance. Their effects, while occurring immediately within the owner-State of *res naturalis* concerned, generate consequences that impact beyond national borders. Often, we are dealing with natural resources with transboundary physical extension where any change directly affects several legal systems.
- 46 The case of large rivers is representative.
- 47 River basins that cross at least two States fall into this category. Globally, it is estimated that 261 rivers have this characteristic, affecting about 145 States on each continent, with Europe coming first, followed by Africa.²⁶ The incidental effects on the planet’s

freshwater reserves are therefore, for the most part, of transnational significance. The emergence of conflicts is frequent.

- 48 One example is the dispute that affected the Rio Grande in the late 19th century. The course of this river runs between the United States and Mexico, passing, for a long stretch, over land dedicated to agriculture. To increase their water supply, a group of farmers living on the banks on the American side altered the natural course of the river basin. This resulted in a considerable decrease in the water quota available for the Mexican territory downstream of the diversion. In 1895, the then Attorney General of the United States, Judson Harmon, adopted an opinion in which he considered the intervention to modify the riverbed to be legitimate due to the principle of absolute sovereignty of states over their territory and the natural resources located therein. Considering this criterion, Attorney Harmon also considered actions capable of restricting (when not inhibiting) the use of the shared natural resource by neighbouring States to be justifiable.²⁷ Within this framework, the United States and Mexico nevertheless agreed in 1906 to adopt a bilateral convention, still in force, aimed at ensuring the equitable distribution of water for the portion of the river.²⁸
- 49 Two considerations can be drawn from the Rio Grande case.
- 50 The first is the shift from the idea of absolute State sovereignty over natural resources to the orientation that States, by intervening in them, cannot cause environmental damage to territories beyond their borders.
- 51 In the European context, this principle translates into the balancing act between the autonomy left to member States to determine the ownership regime of their property and the obligation to respect the principles of environmental law. At the international level, the same principle was first accepted by the 1972 *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. After found legitimacy with the adoption, in 1992, of the *Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes* (the so-called UNECE Water Convention)²⁹ and, in 1997, of the *Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses* (the so-called UN Watercourses Convention), according to which the use of

international watercourses for non-navigational purposes must be carried out in a cooperative, fair and reasonable manner.³⁰

52 The second consideration is that at a time when climate change has made evident the reduction in the availability of water resources or has abruptly caused their “forced” redistribution, favouring greater drought in some areas and increased flooding in others, the control of water has generated the emergence of “wars” between States with much greater frequency than previously.³¹

53 The resolution of conflicts over the management of large rivers has made it essential to strengthen cooperation between the States involved.³² At the same time, has led to an increase in supranational acts aimed at regulating the governance of “shared” rivers and regulating the instruments and models of public intervention in transboundary river basins based on the principles mentioned above. This process is challenging the role of national disciplines for river management as states sharing transnational natural resources tend to create “communities of interest in which the rigidity of national boundaries is diminished (or at least attenuated)” and which take on a “regional” significance.³³

54 The trend discussed does not only affect river basins.

55 In international law there are, in fact, acts aimed at the protection of entire ecosystems.

56 For example, the *Antarctic Treaty*, signed in Washington on 1 December 1959,³⁴ while others are dedicated to the protection of forests, such as the *Non Legally Binding Instrument on all Types of Forest* (c. d. *Forest Instrument*), adopted by the UN General Assembly in 2007, the *United Nations Strategic Plan for Forests 2017-2030*, adopted by the UN General Assembly in 2007,³⁵ the *United Nations Strategic Plan for Forests 2017-2030*³⁶ or, at European level, the *Communication COM(2021) 572 final New EU Forest Strategy 2030*.³⁷ There is also the *Agreement under the United Nations Convention on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction* (the so-called *Law of the Sea*), signed on 19 June 2023 by the United Nations General Assembly and to which the European Union acceded on

24 April 2024.³⁸ At a general level, there is the UNESCO World Heritage Site.³⁹

- 57 The “planetary” dimension recognised by international law (but also, although to a lesser extent, by European law) to natural resources makes it necessary to pay attention to the contaminations between multilevel regulations as well as to the ways in which, even in the absence of specific binding positive regulations, *soft law* acts influence national rights. The integration of protection’s rules in the described way entails the establishment of relations not always linear between the subjects involved. The relational systems take on a reticular character and the traditional paradigms of interaction between administrations and between administrations and private individuals decline in favour of flexible and dynamic modules. Institutions with different structures and powers interact with each other and with civil society within a structure of legal systems in which the “bipolar paradigm” leaves room. This is substituted by a dimension in which the positions of subjects are not prejudiced a priori and where relations are not defined in a stable manner.⁴⁰ In other words, institutional relations are no longer rigidly defined by territorial boundaries but are articulated according to the physical development of the shared *res naturalis*.
- 58 The recognition of the transnational value of natural resources also encourages a second reflection. Is it possible to hypothesise the existence of a set of assets “so important for the future of mankind that their protection and valorisation cannot be left to individual states, while the application of a regime that is as uniform as possible worldwide” is considered indispensable?⁴¹
- 59 The debate on the “common heritage of mankind”⁴² brings with it the issue of the legal regime possibly recognisable to the assets in question. If the idea of the existence of a “planetary” public property were to be accepted, however, there would be a risk to conclude that the principle of absolute State sovereignty over natural resources would be dissolved. From the perspective of national law, it would also be necessary to ask whether, like the emergence of the environmental interest, the gradual consolidation of transnational forms of protection of natural resources can undermine the unity of the protection model offered by domain regime.

4. The Earth jurisprudence

- 60 Recognition of the global value of natural resources has its highest value in *Earth jurisprudence*. This model of protection makes use of three legal instruments.
- 61 The first is the recognition of rights to “Nature” (also called “Mother Earth” by *Earth jurisprudence* theorists) to allow for the equality of all “ecological beings”, animate and inanimate. Through this process, all the categories mentioned would be imputed with fundamental human-like prerogatives that, as such, could not be violated without adequate justification.
- 62 The second instrument is the recognition of legal personality to individual “ecological beings”. Thus, they become legal subjects with rights and duties and are endowed with the legitimacy to prosecute in their own name to protect themselves against disproportionated human actions.
- 63 The third is the imputation of human-like rights to an “ecological being”, thus endowed with inalienable prerogatives. One thinks, for example, of the right to exist and to have a suitable habitat for the development of its existence. This mechanism may or may not be used in conjunction with the recognition of legal personality.⁴³
- 64 The doctrine of *Earth jurisprudence*, which has so far found application mostly in non-European legal systems,⁴⁴ is spreading rapidly as demonstrated by the cases collected in the database of the *Harmony with Nature* project promoted by the United Nations.⁴⁵ The programme is developing in the wake of the resolutions adopted, starting in 2009, by the General Assembly. At this moment, member States expressed the common need to find new forms of balance between economic, social and environmental needs to safeguard present and future generations. On this basis, the action of the United Nations intends to promote the reconstruction of the relationship between man and “nature” in non-anthropocentric terms.⁴⁶
- 65 The cases that are examined below show what effects the different instruments have on the effectiveness of protection and what critical elements emerge.

4.1 The recognition of rights to “nature”

- 66 In Ecuador, a heated debate on ‘environmental constitutionalism’ has been ongoing for some time, leading this country to adopt an important constitutional amendment.⁴⁷
- 67 The Ecuadorian Constitution was approved in 2008, in the historical and social context established after the collapse of the dictatorial regime, one of the characteristics of which was the desire to strengthen the welfare state. Articles 71 and 72 of this Charter, included in the *Capítulo séptimo* rubricated *Derechos de la naturaleza*, recognise “nature” (“Pacha Mama”, in the Quito language) a veritable catalogue of rights, first and foremost respect for its existence, its life cycles and its evolutionary processes. Furthermore, “nature” is endowed with a general “*derecho a la restauración*”: this is the right to the restoration of its original conditions when altered by natural or anthropic events. The guarantee of the “*derecho a la restauración*” is independent of any obligations of compensation provided for by the rules adopted to compensate others damage to natural systems.⁴⁸ The guarantee of natural rights can be activated from the public authority by any individual or by a community.⁴⁹ The effectiveness of the right to *restauración*, on the other hand, requires an intervention by the State. It is responsible for adopting the necessary instruments to prevent the occurrence of events likely to have a serious or permanent environmental impact, among which are the anthropic actions of exploitation of non-renewable natural resources.⁵⁰
- 68 The cited constitutional principles have been applied by the Ecuadorian *Corte Constitucional*.
- 69 One of the most significant cases submitted to this court concerns a protective action brought by two foreign nationals to protect the *Vilcabamba* River from the improper accumulation of excavated material from the construction of a new road. The deposit had the effect of increasing the river’s flow rate and caused extensive flooding and damage on the applicants’ land. The appeal sought to have the town planning project approved by the Provincial Government of *Laja* declared illegitimate under Article 71 of the Constitution because it was not accompanied by an environmental impact study. In *Loja v. Río Vilcabamba* case, the *Corte Constitucional* rejected the request

for condemnation, considering the actions taken by the local authorities involved in the reclamation of the area adequate to the right of the river to be restored.⁵¹

- 70 A partially similar model to Ecuador was configured in Bolivia. Here “nature” (or “Pachamama” according to the idiom of the aboriginal peoples) was recognised as a rights-holding subject by the *Ley de 21 de diciembre de 2010 no. 71*, entitled *Ley de derechos de la Madre Tierra*.
- 71 The 2009 Constitution of Bolivia does not expressly refer to “nature” rights. It does, however, dedicate two articles to environmental law in the section regulating social and economic rights. Specially, Article 33 enshrines the right of individuals and communities of present and future generations to live in a healthy, protected and balanced environment. To the recognition of this right, the subsequent Article 34 associates the provision of the legitimacy to act by any individual, either as an individual or as a representative of a community, to promote environmental protection actions. For the purposes of this paper, it is worth noting how part of the Article 33 refers to the possibility that the exercise of rights to the environment is not only due to human beings, but also to other living beings (*otros seres vivos*) among which are animals.⁵²
- 72 A comparison between the cases of Ecuador and Bolivia shows how the inclusion of “nature” rights in the Constitution favours more the effectiveness of the prerogatives correlated to the recognised subjective positions. In the Bolivian system, in fact, the guarantee of protection is in any case subordinated to the prior legal recognition of rights, unlike in the case of Ecuador.
- 73 On the other hand, unlike the Ecuadorean Constitution, which does not contain any indications on the content of the notion of “nature”. More, the ways of protecting its rights is based on general rules of principle: *Ley no. 71/2010* provides precise indications with respect to both profiles.
- 74 Regarding the first aspect, the “Mother Earth” is qualified as “*el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un*

destino común.⁵³ The reference to the “Madre Tierra” in Ley no. 71/2010 must, however, be read in conjunction with the provision that clarifies its contents in correlation with “*sistemas de vida*”, which are described as “*comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, micro organismos y otros seres y su entorno, donde interactúan comunidades humanas y el resto de la naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, y la diversidad cultural*”.⁵⁴

75 About the second profile, the objective of Ley no. 71/2010 is to recognise the rights of “Mother Earth” and, at the same time, to identify the obligations incumbent on the State and society to ensure their respect.⁵⁵ The former are indicated in part with general references⁵⁶ and, on the other hand, with regard to individual natural elements,⁵⁷ according to a list that is not exhaustive.⁵⁸

76 The imputation of claims is thus connected with the qualification of “Madre Tierra” as a subject of law and, more specifically, as a “*sujeto colectivo de interés public*”.⁵⁹ The reference to the community is functional in guaranteeing the effectiveness of the protection of the rights recognised by the law: it has the effect of transferring ownership not only to “Madre Tierra” but to all its components (including the human ones). It follows that every member of the community is also the holder of the rights of “Madre Tierra” and that the exercise of individual rights must only take place in a form that is compatible with the former. In the structure of Ley no. 71/2010, individual rights therefore appear as rights that are “conditional” in their externalisation. Consistently, any conflicts must be resolved without affecting the “*sistemas de vida*”.⁶⁰

77 Within the framework described, the Bolivian law lists the obligations incumbent on the State in view of the objective of guaranteeing the rights recognised to “Mother Earth”. These include the development of public policies, systematic preventive actions and promotion of the recognition of these rights, also in international relations.⁶¹ At the same time, the duties of physical and juridical persons, public and private, who are obliged not only to respect but also to defend the rights of “Mother Tierra” are indicated, if necessary, initiating

jurisdictional actions against acts capable of harming these prerogatives.⁶²

- 78 The implementation of *Ley no. 71/2010* is conditional on the establishment of the “*Defensoría de la Madre Tierra*”, a body entrusted with the mission of strengthening the effectiveness of the rights, obligations and duties provided for through the exercise of many powers.⁶³ The draft law under discussion qualifies the *Defensoría* as a politically, functionally and organisationally independent institution. The same draft foresees for this subject cognitive and investigative powers in relation to acts or omissions related to the violation of the rights of “*Mother Earth*”, powers of active legitimacy in environmental matters before ordinary and constitutional jurisdictions and powers to present legislative proposals and make recommendations. The *Defensoría* also has the power to adopt public censures for acts or conduct contrary to the principles laid down.⁶⁴

4.2 The recognition of rights to individual *res naturalis*

- 79 The second instrument promoted by the doctrine of *Earth jurisprudence* found application in New Zealand where, for the first time, rights were recognised for a river as an identifiable and delimited “ecological being”.⁶⁵
- 80 Specifically, in 2017, the New Zealand Parliament passed the *Te Awa Tupua Whanganui River Claims Settlement Act*, by which it granted legal personality to the *Whanganui River* (*Te Awa Tupua*, in the Māori language), the third longest in the country, thus relinquishing exclusive ownership over this natural resource.⁶⁶ The measure follows the *Te Urewera Act* adopted in 2014 by which the *Te Urewera National Park*, a national park through which part of the *Whanganui River* flows.⁶⁷
- 81 The *Whanganui River Act* was intended to definitively resolve the conflict over the attribution of ownership of this natural resource that had arisen since 1873 between the New Zealand Government and the Māori tribe, who had always settled on the banks of the *Whanganui River*. According to New Zealand law, in fact, since the

river in question was navigable, the ownership of its bed belonged to the Government and the relative administrative management functions to the local authorities. In the interpretation of the *Māori*, however, the application of the Treaty of *Waitangi* should have prevailed, which since 1840 has recognised the right of the Aboriginal people to maintain their lands and to enjoy its fruits.

- 82 In this context the *Whanganui River Act* provided for the protection of the entire river and affirmed its express qualification as an indivisible and living whole of physical and metaphysical elements for its entire extension.
- 83 Within this framework, the *Whanganui River Act* uses the recognition of the legal personality of the *Whanganui River* and the area in which it is located to create a new framework of governance of the natural resource.⁶⁸ Indeed, this qualification has the effect of legitimising the “personified” river to take legal action to protect its rights. To guarantee the effectiveness of this capacity, the *Whanganui River Act* has provided for a representation mechanism that allows the *res inanimate* to avail itself of a body with the function of legal guardian, which will be responsible for acting in its name and on its behalf in the event of a lawsuit. The composition of this legal entity is equal as it is attended by a member appointed by the government and one appointed by the indigenous population who, endowed with identical powers, take on the role of representatives of the rights of the river.⁶⁹
- 84 In the same year in which the *Whanganui Act* was adopted, the *High Court of Uttarakhand* in India recognised the *Ganges* and *Yamuna* rivers, as well as their tributaries and other watercourses flowing in various ways into the main ones, with legal personality and all the rights, duties and responsibilities of a living being.⁷⁰ The decision was based on the sacredness of the rivers recalled for the Indian people and the need to preserve them, even by adopting extraordinary measures, from further exposure to factors of environmental degradation that threatened to undermine their very existence.
- 85 Like in the first examined case, the effectiveness of the guarantee of the prerogatives related to the possession of legal status was pursued

through the imputation to an institutional subject of the status of representatives of the two rivers.

86 The *High Court*, moreover, reiterated this orientation in the *Glaciers case*, upholding the request to recognise the legal personality of all the *res naturalis* of the State of *Uttarakhand*, including the *Gangotri* and *Yamunotri* glaciers located at the sources of the *Ganges* and *Yamuna* rivers. In this decision, the Court, moreover, explicitly stated that “personified” natural resources are accorded rights that should be considered equivalent to human rights, with the effect of determining identical treatment even in the case of compensable damages.⁷¹

87 It must be considered, however, that in the *Ganges and Yamuna case*, the state of *Uttarakhand*, which had been assigned the task of representation, appealed against the *High Court*’s ruling before the *Supreme Court of India* questioning the legitimacy of the recognition of its role as “guardian” of the rivers. The appeal was based on two main reasons. On the one hand, the transnational extension of the natural resources concerned posed problems of sovereignty since the State of *Uttarakhand* believed that it could not take decisions concerning the territory of other States, such as neighbouring Bangladesh also affected by the passage of the rivers in question. The formula of exclusive representation should have been replaced, if anything, by that of shared governance. Secondly, the exercise of the powers of representation had as its counterpart the liability of the State concerned in the event of damaging events, of natural or anthropic origin, connected with the life cycle of the rivers. Hence the duty to respond directly in the event of claims, e.g. also in the event of flooding or drowning.⁷²

5. Preliminary conclusions and perspectives for future research

88 Several conclusions can be drawn from the cases considered.

89 The application of the instruments promoted by *Earth jurisprudence* occurs in different ways. The recognition of legal personality and the imputation of rights to “nature” or single *res naturalis* is based on

constitutional provisions, laws or derives from jurisprudential decisions.

- 90 The implementation of *Earth jurisprudence* principles therefore takes place in a “flexible” manner. But this is consistent with the underlying approach of the theory, which includes very different natural resources.
- 91 The cases also show how the way in which the theorised principles are transposed conditions their degree of legal effectiveness. Consequently, it conditions the effectiveness of the protective function. Recognition of legal personality or rights in favour of “nature” or individual “ecological beings” occurring in application of a constitutional or normative provision is integrated into the framework of principles and rules in force in the legal system concerned.
- 92 On the other hand, when recognition derives from a judgment, its concrete implementation may require further adaptations or may be complex if it fits into a regulatory framework that is not “favourable”. Moreover, while it is true that recognition by judges is likely to produce effects quickly and is independent of the political context of reference, its stability over time is uncertain because subsequent judgments might have a different orientation.⁷³
- 93 Secondly, in the *Whanganui River* case, the recognition of legal personality is integrated with that of the affirmation of indigenous peoples’ rights over natural resources.⁷⁴ In the Indian case, on the other hand, it is the search for an alternative model of protection of *res naturalis* that justifies the inversion of their position from “object” over which to exercise rights to “subject” of rights.
- 94 This last consideration makes it possible to return to the initial research question: does the protection model proposed by *Earth jurisprudence* guarantee a more protective way of protection of natural resources than the protection offered by public property and by domain model?
- 95 The analysis of the cases does not allow for a fully positive answer. The reasons for this uncertainty are outlined above.

- 96 It is also true, however, that the incisiveness of the model proposed seems to be strengthening rapidly according to a process that is not entirely new. The “legal anthropomorphisation” of natural resources is, in fact, asserting itself according to logics analogous to those that inspired the emergence and consolidation of environmental interest: at an early stage it found recognition in international law; it was then accepted in European law; finally, through it, it was transposed into the law of the member States of the European Union.
- 97 If the theory of the *Earth jurisprudence* were to be accepted at the European Union level according to the process described, on the model happened in the Mar Menor case in Spain, it could represent a decisive push towards the revision of the legal paradigms of nature protection typical of the domain regime. In fact, the growing diffusion and variety of cases ascribable to this model of protection shows the outdatedness and limits of the legal rules dedicated to public property,⁷⁵ especially in those legal systems that have adopted them not so recently.⁷⁶ It could, as has already happened in several cases, encourage interventions to change the regulatory framework of reference at the State level.⁷⁷
- 98 The Italian case is emblematic.
- 99 The domain model is regulated by the Civil Code adopted in 1942 and by numerous sectoral laws implementing the codified general principles.⁷⁸ Already the presence of this stratification of sources had favoured the loss of value of the Code’s provisions. In the light of the constitutional reform that led to the amendment of Article 9 in the terms described above, the problem is even more evident: how can the reference to the Republic’s duty to protect ecosystems be made compatible with the presence of laws that only protect individual categories of natural resources without considering their systematic interactions?⁷⁹
- 100 It may be necessary to reform the Civil Code and reclassify natural public goods as closely as possible to the new paradigms emerged in European and international law.
- 101 However, this would still be a solution based on current logic.
- 102 At the opposite, renouncing the legal division of natural resources into rigid categories would be innovative. Instead, legal rules could

focus on the dutifulness of the protection function and its application beyond the ownership of assets. The focus would be shifted to the ability of *res naturalis* to satisfy fundamental rights of present and future generations.

- 103 Since these *res* have very different characteristics from one another, it would be essential to “graduate” the protection regime. As mentioned, protection should have as its scope not individual assets but interconnected ecosystems of natural assets. Protection should therefore also take care to include the interrelationships that exist between natural resources and to protect their value from a transnational and global perspective.
- 104 The transition could have as its starting point a revisitation, in the perspectives outlined, of the theory of the “*échelle de la domanialité*”. In a nutshell, this theory, as is well known, is based on the observation of the physical variety of public property. From it derives the need for a non-uniform legal regime and a not based solely on the binary distinction between public and private property. Instead of imposing on public domain the regime of public property, it is proposed to classify it according to a six-level gradation with distinctions based on the degree of proximity to the two opposite poles of the scale, public property and private property.⁸⁰
- 105 To conclude, the reflections carried out so far show how the growing pervasiveness of the environmental interest is imposing a reflection on the relationship between nature and law.
- 106 This has, since ancient times, aroused the interest of jurists and legal philosophers who have emphasised its complexity.⁸¹ At the same time, they have pointed out the ambiguity and pitfalls of “rights of nature” theories.⁸² Among the most obvious is the consideration that the recognition of legal personality to “nature” or its elements does not solve the problem of the effectiveness of this model of representation. Personified “nature” is not, in fact, able to express its will directly but can only act through natural and legal persons who represent it.⁸³
- 107 If it then looks at the contrast between natural law and legal positivism, the relationship between “nature” and man is represented in terms of the conflict between “natural law” and “positive law”.⁸⁴

The idea of nature as an “object” capable of imposing itself on law, conditioning its “institutions, while remaining outside it, extraneous to it” therefore prevails.⁸⁵

108 The natural resource protection theories discussed seem to offer the possibility of a different view.

109 The definition of “nature” from the point of view of law in the cases considered is in fact based on the conception that it is governed by its own laws. Laws capable of establishing the order of things in the natural world in the same way that the laws of law establish the legal order in the world of men. Thus considered, the two orders are no longer in antithesis and can be placed within the framework of a higher “cosmic law”.⁸⁶ From this direction, “the view of nature allows one to deal with rules constitutive of the entire living system... that relativise the social categories invented by man, including legal ones: they relativise, not subvert” by integrating the environmental law of states and the relations between states, without denying their founding status and usefulness.⁸⁷

110 What emerges, therefore, is not only the immateriality of “nature” but also its physical and objective dimension as a set of *res naturalis* that, as we have seen, can guarantee the enjoyment of fundamental rights. In the perspective indicated, “nature”, no longer just an element in opposition to law, becomes relevant for the actual definition of the legal order and, as far as it is of interest here, for the construction of effective administrative rules, i.e. those capable of achieving the set objectives.

111 In this sense, “nature” could also pose itself as a paradigm capable of limiting the expansion of certain categories of rights, such as economic rights aimed at the exploitation of *res naturalis*, while at the same time favouring the strengthening of other emerging rights, such as those of future generations.

NOTES

1 See D. AMIRANTE, S. BAGNI, *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Oxon/Mew York, Routledge,

2022, and L. J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford/Portland, Bloomsbury Publishing, 2016.

2 The Sustainable Growth Strategy developed by the European Commission aims to coordinate states in the implementation of actions to implement the goals set out in the 2030 Agenda. The goal set out in the *Green Deal* is zero climate impact by 2050 and the reduction of atmospheric emissions by at least 55% by 2030, as stated in the Communication of 11 December 2019 COM(2019) 640 final. See E. CHITI, “Managing the ecological transition of the Eu: The European Green Deal as a regulatory process”, in *Common Market Law Review*, vol. 59, no. 1, 2022, p. 19 ff.

3 See Regulation (EU) 2024/1991 of the European Parliament and of the Council of 24 June 2024 on nature restoration.

4 See Communication of the Commission of 20 May 2020 entitled *EU Biodiversity Strategy for 2030 “Bringing nature back into our lives”*.

5 See T. FENSTERSEIFER, J. R. MORATO LEITE, “Towards ecological law? Environmental law on the threshold of a new ecocentric legal paradigm in the Anthropocene”, in *DPCE Online*, vol. 64, no. 2, 2024.

6 The definition is proposed by C. CULLINAN, “Earth Jurisprudence”, in L. RAJAMANI, J. PEEL (ed.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 2nd ed., p. 235. By the same author see *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice*, Oxford, Green Books, 2011, 2nd ed.

7 See C. CLARK, N. EMMANOUIL, J. PAGE, A. PELLIZZON, “Can You Hear the Rivers sing? Legal Personhood, Ontology and the Nitty-Gritty of Governance”, in *Ecology Law Quarterly*, vol. 45, no. 4, 2019, p. 787 ff.; D. R. BOYD, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*, Toronto, ECW Press, 2017, (specially p. 135 ff.); P. BURDON (ed.), *Exploring Wild Law: The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Kent Town, Wakefield Press, 2011.

8 See Art. 3(1), Regulation (EU) 2024/1991.

9 The most significant passage of the *dissenting opinion* is this: “The critical question of ‘standing’ would be simplified and put neatly in focus if we fashioned a federal rule that allowed environmental issues to be litigated before federal agencies or federal courts in the name of the inanimate object about to be despoiled, defaced... and where injury is the subject of public outrage. Contemporary public concern for protecting nature’s ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation... The voice of the

inanimate object, therefore, should not be stilled... It merely means that before these priceless bits of Americana (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard... Those who hike the Appalachian Trail into Sunfish Pond, New Jersey, and camp or sleep there, or run the Allagash in Maine, or climb the Guadalupe in West Texas, or who canoe and portage the Quetico Superior in Minnesota, certainly should have standing to defend those natural wonders before courts or agencies, though they live 3,000 miles away... That is why these environmental issues should be tendered by the inanimate object itself. Then there will be assurances that all of the forms of life which it represents will stand before the court... Those inarticulate members of the ecological group cannot speak. But those people who have so frequented the place as to know its values and wonders will be able to speak for the entire ecological community". The decision can be found here: < <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/405/727.html> >.

10 For a reconstruction of the case see D. R. BOYD, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*, Toronto, ECW Press, 2017, especially p. 102 ff. For a critical analysis S. W. STERN, "Standing for Everyone: Sierra Club v. Morton, Supreme Court Deliberations, and a Solutions to the Problem of Environmental Standing", in *Fordham Environmental Law Review*, vol. 30, no. 2, 2018, p. 21 ff.

11 See for example the data in the 2019 report of the *Intergovernmental Science–Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* (IPBES). On line: <https://www.ipbes.net/sites/default/files/inline/files/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers.pdf>, consulted on 10/28/2024.

12 This is emphasised in Referencia: AL CHL 5/2020, p. 3 ff., on line: <<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25449>>, consulted on 10/28/2024, which refers to the right to food and the right to public health, especially in view of the health emergency due to the spread of the SARS-Covid19 virus.

13 The EPBC Act can be found at the following link: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00182>>, consulted on 10/28/2024.

14 The EPBC Regulation Act can be found at the following link: <<https://www.legislation.gov.au/Details/F2020C00778>>, consulted

on 10/28/2024.

15 The official Board statement accompanying the resolution can be found here: <<https://parksaustralia.gov.au/uluru/pub/uktnp-climb-closure-words-from-chair-nov-2017.pdf>>, consulted on 10/28/2024. The requirement on the climbing ban is also reiterated in the *Uluru-Kata Tjuta National Park Management Plan 2021*, on line: <<https://www.legislation.gov.au/Details/F2021L01354>>, consulted on 10/28/2024, in the section on the applicable principles for tourism management of the nature park (in particular, see p. 83).

16 The project is managed by the *Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais* (INPE) in collaboration with the *Ministerio do Meio Ambiente* and the *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis* (IBAMA). It involves government bodies and independent agencies.

17 The amendments were challenged before the *Supremo Tribunal Federal* (STF), which, in its plenary decision of 21 de fevereiro 2018, found them only partially unconstitutional. The issue is reconstructed by R. BORDALO, “O Código florestal e o Supremo Tribunal Federal”, in *Revista de direito administrativo e infraestrutura*, vol. 3, no. 11, 2019, p. 313 ff.

Previously, F. WANTOIL LIMA, N. LIMA BRAGANÇA, J. GARCIA DE ALMEIDA NETO, “Constitucionalidade do novo código florestal brasileiro”, in *III CIPEEX—Ciência para a redução das desigualdades*, vol. 2, 2018.

18 On the subject, see G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 160-161.

19 See F. LOPÉZ, *Conservar el patrimonio natural*, Madrid, Reus, 2019.

20 On the topic see E. RYAN, “The public trust doctrine, property, and society”, in N. GRAHAM, M. DAVIES & L. GODDEN (eds.), *The Routledge Handbook of Property, Law and Society*, London, Routledge, 2023, p. 240 ff.; M. C. BLUMM, M. C. WOOD, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2021 (3rd ed.); A. PANIZIO, “Public Trust Doctrine in Comparative Environmental Law”, in *FEU research paper*, no. 7, 2020, p. 10.; J. ARNOLD, A. JACOBY, “Examining the Public Trust Doctrine’s Role in Conserving Natural Resources on Louisiana’s Public Lands”, in *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 29, no. 2, 2016, p. 149 ff.; M. D. Jr. SMITH, “A Blast from the Past: The Public Trust Doctrine and Its Growing Threat to Water Rights”, in *Environmental Law*, vol. 46, no. 3, 2016, p. 461 ff.; J. P. BYRNE, “The Public Trust Doctrine, Legislation, and Green Property: A Future Convergence?”, in *UC Davis Law Review*, vol. 45, no. 3,

2012, p. 915 ff.; R. M. FRANK, “The Public Trust Doctrine: Assessing Its Recent Past & Charting Its Future”, in *UC Davis Law review*, vol. 45, 2012, p. 665 ff.; M. C. BLUMM, “The Public Trust Doctrine and Private Property: The Accommodation Principle”, in *Pace Environmental Law Review*, vol. 27, no. 3, 2010, p. 649 ff.; R. J. LAZARUS, “Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources Law: Questioning the Public Trust Doctrine”, in *Iowa Law Review*, vol. 71, 1986, p. 631 ff.; J. L. SAX, “The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention”, in *Michigan Law Review*, vol. 68, no. 3, 1970, p. 471 ff.

21 On this subject, G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 218-220.

22 See T. PERROUD, “Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law: la notion de public trust”, in N. KADA (codir.) *et al.*, *Mélanges à la mémoire de Gérard Marcou*, Paris, IRJS Éditions, 2017, p. 951.

23 The protection of future generations is also enshrined in the Italian Constitution. Article 9(2), as reformulated by Law no. 1/2022, provides that the Republic “protects the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations. State law regulates the ways and forms of animal protection”.

24 For example, in its order of 24 March 2021, the *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) upheld appeals against the Federal Climate Act adopted on 12 December 2019 (*Bundes-Klimaschutzgesetz*). In this decision, the German Constitutional Court held that Section 20a of the *Grundgesetz* allows the legislator’s discretion to be conditioned by the objective of *climate neutrality*, which now inextricably links political decision-making to ecological issues and scientifically relevant data, requiring that adequate and sufficient guidance for the reduction of greenhouse gas emissions in accordance with the limits agreed upon in the 2015 Paris Agreements be provided by way of legislation. See also ECHR 9 April 2024 (*KlimaSeniorinnen Schweiz and others vs Switzerland*).

25 On this topic see in general L. J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, *op. cit.* See also G. DELLA CANANEA, F. DI LASCIO, “État et changement climatique en Italie”, in D. COSTA (dir.), *Annuaire européen d’administration publique*, 2022. *Contraindre l’État à agir face au dérèglement climatique*, no. 45, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2024, p. 193 ff.

26 The data are reported by A. T. WOLF, J. A. NATHARIUS, J. J. DANIELSON, B. S. WARD, J. K. PENDER, “International River Basins of the World”, in *International Journal of Water Resources Development*, vol. 15, no. 4, 1999, p. 387 ff.

27 On this subject see S. C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, Oxford, The Oxford International Law Library, 2019, 3rd ed.

28 See the Convention for the Equitable Distribution of the Waters of the Rio Grande, signed in Washington on 21 May 1906 (available at the following link: <<https://www.ibwc.gov/Files/1906Conv.pdf>>, consulted on 10/28/2024). For a reconstruction of the case, see W. A. Paddock, “The Rio Grande Convention of 1906: A Brief History of an International and Interstate Apportionment of the Rio Grande”, in *Denver Law Review*, vol. 77, 1999, p. 287 ff.

29 The UNECE Water Convention was adopted by the United Nations on 17 March 1992 (original version here: <<https://unece.org/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf>>, consulted on 10/28/2024) and amended in 2003 (amendments here: <<https://unece.org/DAM/env/documents/2004/wat/ece.mp.wat.14.e.pdf>>, consulted on 10/28/2024).

30 The UN Watercourses Convention was adopted on 21 May 1997 but took more than 17 years to enter into force on 17 August 2014. Although it has been ratified by only 36 states and has in fact a limited scope of application, it represented an important step forward in establishing a legal regime for the transnational protection of the longest river basins. The document can be found at the following link: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/09/19980925%2006-30%20PM/Ch_XXVII_12p.pdf>, consulted on 10/28/2024.

31 The expression from which the contribution by V. Shiva, *Water Wars: Privatisation, Pollution and Profit*, Cambridge, MA, South End Press, 2002, takes its title here. For further insights in comparative perspective see T. E. Frosini and L. Montanari, “The Right to Water. Some reflections in comparative perspective”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, no. 2, 2012, p. 509 ff.

32 As outlined in the report UN-Water, *Summary Progress Update 2021: SDG 6—water and sanitation for all*, Geneva, Switzerland, 2021, p. 4.

33 Thus L. PASQUI, “Territorio e confini nello specchio dei grandi fiumi transnazionali. I casi Nilo e Danubio”, in *Federalismi.it*, no. 24, 2022, p. 247.

34 One of the achievements of the *Antarctic Treaty* is to have affirmed the cessation of any claims on Antarctica. On the contrary, the Arctic is not, to date, the subject of any international treaty and, therefore, the laws of individual states apply in this territory, which are mainly concerned with regulating how natural resources are extracted from the subsoil. See M. MAZZA, *I diritti degli indigeni sulle risorse naturali ed energetiche negli Stati arctic*, Naples, Jovene, 2012.

35 The document can be found at: <https://www.un.org/esa/forests/wp-content/uploads/2018/08/UN_Forest_Instrument.pdf>, consulted on 10/31/2024.

36 The document can be found at: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/115/46/PDF/N1711546.pdf?OpenElement>>, consulted on 10/31/2024. On forest protection see E. TRAMONTANA, “Global Public Goods’ and International Law: insights from International Forest Protection”, in N. GULLO (ed.) *Human Rights and the Environment*, Naples, Editoriale scientifica, 2021, p. 111 ff.; M. C. PONTECORVO, *Il “regime” internazionale per la protezione delle foreste*, Naples, Satura Editrice, 2011.

37 The Communication can be found at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0572&from=EN>>, consulted on 10/31/2024.

38 The Agreement can be found at: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2023/06/20230620%2004-28%20PM/Ch_XXI_10.pdf>, consulted on 10/31/2024. Here is the accession decision of the Council of the European Union: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7577-2024-IN-IT/it/pdf/>>, consulted on 10/31/2024.

39 See D. ZACHARIAS, “The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage as Prototype of an Autonomy-Gaining International Institution”, in *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008, p. 1833 ff.; S. BATTINI, “The procedural side of legal globalisation: The case of the World Heritage Convention”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, no. 2, 2011, p. 340 ff.; J. E. NOYES, “The Commons Heritage of Mankind: Past, Present and Future”, in *Denver Journal in International Law and Policy*, vol. 40, no. 1, 2011, p. 447 ff.

40 This is the reconstruction proposed by S. CASSESE, “L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, no. 3, 2001, p. 607 ff. For a non-legal perspective on the subject, see D. INNERARITY, *El nuevo espacio público*, Madrid, Espasa, 2006 (transl. it., *Il nuovo spazio pubblico*, Roma, Meltemi, 2008).

41 See N. BASSI, “Il demanio planetario: una categoria in via di affermazione”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, no. 3, 2011, p. 619-620.

42 The expression is taken from F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell’ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 19, who use it as an alternative to “global commons”. On this topic see also I. KAUL, I. GRUNBERG, M. A. STERN (eds.), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, New York, Oxford University Press, 1999; F. CONSTANTIN (ed.), *Les Biens publics mondiaux. Un mythe légitimateur pour l’action collective?*, Paris, L’Harmattan, 2002; I. KAUL, P. CONCEIÇÃO, K. LE GOULVEN, R. U. MENDOZA (ed.), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, New York, Oxford University Press, 2003; N. BRANDO, C. BOONEN, S. COGOLATI, R. HAGEN, N. VANSTAPPEN, J. WOUTERS, “Governing as commons or as global public goods: Two tales of power”, in *International Journal of the Commons*, vol. 13, no. 1, 2019, p. 553 ff.

43 The tripartition is illustrated by C. CULLINAN, “Earth Jurisprudence”, *op. cit.*, p. 237-239. In legal science, the study by C. D. STONE, “Should Trees Have Standing?—Towards Legal Rights for Natural Objects”, in *Southern California Law Review*, vol. 45, no. 2, 1972, p. 450 ff., expanded in the later, *id.*, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 3rd ed. There is a vast literature on the subject. See, among others, I. MILKES S., J. A. PIMIENTO E., S. BAENA C., “Más allá del reconocimiento como ‘sujeto de derechos’ a la Naturaleza: Un análisis práctico para una comprensión semántica”, in *Revista de Derecho Administrativo Económico*, no. 36, 2022, p. 193 ff.; L. ESTUPINAN ACHURY, C. STORINI, R. MARTINEZ DALMAU, F. A. DE CARVALHO DANTAS (dir.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019; M. TORRE-SCHAUB, “La protection du climat et des generations futures au travers des ‘droits de la nature’: l’émergence d’un droit constitutionnel au ‘buen vivir,’” in *Droit de l’Environnement*, no. 267, 2018, p. 1 ff.; M. CARDUCCI, “Natura (diritti della)”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg., Milan, Utet, 2017, p. 487; S. BALDIN, “Los derechos de la Naturaleza. De las construcciones doctrinales al

reconocimiento jurídico”, in *Revista general de derecho público comparado*, no. 22, 2017; D. R. BOYD, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*, Toronto, ECW Press, 2017; S. PAVLIK, “Should Trees Have Standing in Indian Country?”, in *Wicazo sa Review*, vol. 30, no. 1, 2015, p. 7 ff.; R. AVILA SANTAMARIA, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, in E. MARTINEZ, A. ACOSTA (coord.), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Quito, AbyaYala, 2011, p. 173 ff.; P. BURDON, “The Rights of Nature: Reconsidered”, in *Australian Humanities Review*, no. 49, 2010, p. 69 ff.

44 The only exception in Europe, to date, is the Mar Menor Lagoon in Spain, which was granted legal personality by Law no. 19/2022 of 30 September 2022.

45 The database referred to contains the regulatory provisions and case law decisions to date and can be found at: <<http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>>, consulted on 10/31/2024.

46 Indeed, States have deemed that current patterns of consumption and production are causing serious and rapid depletion of natural resources as well as increasing levels of environmental degradation, undermining the “carrying capacity” of the planet. To date there are thirteen UN resolutions dedicated to *Harmony with Nature*, the first adopted on 21 December 2009 (resolution A/RES/64/196) and the last on 28 December 2022 (resolution A/RES/77/169). Resolution A/RES/64/196 provided for the adoption of a report on the subject by the Secretary-General. In the eleventh and last of these documents, sent to the Assembly on 28 July 2022 (report A/77/244), progress in the dissemination of the *Earth jurisprudence* doctrine is highlighted, particularly with regard to the increase in the number of cases of recognition of rights in nature or its components. The documentation referred to can be found at the following link: <<http://www.harmonywithnatureun.org/chronology/>>, consulted on 10/31/2024.

47 Ecuador’s 2008 Constitution, along with Venezuela’s 1999 Constitution and Bolivia’s 2009 Constitution were considered the three fundamental norms of the so-called *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, as R. VICIANO PASTOR, “La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza”, in L. ESTUPINAN ACHURY, C. STORINI, R. MARTINEZ DALMAU, F. A. DE CARVALHO DANTAS (dir.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, op. cit., p. 141, which reconstructs the historical and social context in which these acts were adopted and which favoured certain similarities such as the relevance recognised to social

rights. Article 11(6) of the Constitution of Ecuador states, in this regard, that “*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”. Therefore, the qualification of rights in the Constitutional Charter is based on the principles of indivisibility, interrelation and interdependence of all fundamental rights, from which follows an identical relevance of civil and political rights with social rights. Despite this, however, only in the present case have rights to nature been expressly attributed. The contents of the debate on the ecocentric tendency of South American constitutionalism are discussed by D. AMIRANTE, S. BAGNI, *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Oxon/Mew York, Routledge, 2022.

48 Thus, in Article 72(1) of the Constitution of Ecuador.

49 Article 71, par. 1-2, of the Constitution of Ecuador state “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*”.

50 See Article 72(2) of the Constitution of Ecuador. For further discussion see R. LLASAG FERNANDEZ, “De la Pachamama a los derechos de la Naturaleza en la Constitución plurinacional del Ecuador”, in L. ESTUPINAN ACHURY, C. STORINI, R. MARTINEZ DALMAU, F. A. DE CARVALHO DANTAS (dir.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, op. cit., p. 269 ff.; F. SIMON, “La Naturaleza como sujeto de derechos en la constitución ecuatoriana: la construcción de una categoría de interculturalidad”, *ibid.*, p. 299 ff.; E. DALY, “The Ecuadorian exemplar: the first ever vindications of constitutional rights of nature”, in *Review of European, Community & International Environmental Law*, vol. 21, no. 1, 2012, p. 63 ff.; M. MELO, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, in E. MARTINEZ, A. ACOSTA (coord.), *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 51 ff.; E. GUDYNAS, “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, in *Revista Estudios Sociales*, no. 32, 2009, p. 34 ff.

51 The case is dealt with in Judgment no. 012-18-SIS-CC of 28 March 2018, available at: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload659.pdf>>, consulted on 10/31/2024. For a more in-depth discussion, see S. SUÁREZ, “Defendiendo la naturaleza: Retos y obstáculos en la implementación de los

derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba”, report of the Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), 2013, p. 1 ff. (available at the following link: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>>, consulted on 10/31/2024).

52 In this regard, see S. BALDIN, “I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia”, in *Visioni LatinoAmericane*, no. 10, 2014, p. 34 ff.

53 See Article 3(1) of Ley no. 71/2010. The definition was taken up by Article 5, par. 1, of the subsequent Ley de 15 de octubre de 2012 no. 300, entitled *Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien*.

54 Thus Article 4 of Ley no. 71/2010. See A. E. VARGAS LIMA, “El derecho al medio ambiente en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XVIII, 2012, p. 251 ff.

55 See Article 1 of Ley no. 71/2010.

56 In this sense, Article 7 of Ley no. 71/2010 refers to the right “*a la vida*”, understood as the right to the preservation of the integrity of life systems and related natural processes; the right to “*diversidad de la vida*”, relating to the need to preserve the variety of species that make up “Madre Tierra” also by limiting their genetic or, in any case, artificial modifications the right to “*equilibrium*”, i.e. the preservation of the interrelationships and interdependencies of the different elements; the right to “*restauración*”, i.e. the restoration of “*sistemas de vida*” affected by anthropic activities; and, finally, the right “*a vivir libre de contaminación*”, which could be defined as the right not to be subjected to polluting sources.

57 These are the right “*al agua*”, which requires safeguarding the functionality of the water cycle, and the right “*al aire limpio*”, which refers to the need to preserve air quality. Both rights are functional to guaranteeing the sustenance and protection of the “*sistemas de vida*” which, in turn, allow the reproduction of the elements of which the “Madre Tierra” is composed.

58 Article 5 of Ley no. 71/2010 clarifies in this regard that “*Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra*”.

59 Thus Article 5 of Ley no. 71/2010.

60 See Article 6 of Ley no. 71/2010.

61 For details of the obligations referred to, read Article 8 of *Ley no. 71/2010*.

62 See Article 9 of *Ley no. 71/2010*.

63 The reference is to Article 10 of *Ley no. 71/2010*.

64 The bill, proposed to the Cámara de Diputados by the *Comisión de Región Amazónica, Tierra, Territorio, Agua, Recursos Naturales y Medio Ambiente*, can be found at the following link: <https://www.cedib.org/wp-content/uploads/2021/04/anteproyecto_de_ley_defensoria_de_la_madre_tierra.pdf>, consulted on 10/31/2024.

65 This case was followed by several others of a similar tenor, some of which were the subject of legislative, regulatory or administrative provisions and others of which were ordered by a case law decision. See D. TACAIS, “We Are The River”, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2021, no. 2, p. 545 ff.; E. L. O'DONNELL, J. TALBOT-JONES, “Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand, and India”, in *Ecology and Society*, vol. 23, no 1, 2018, p. 7 ff.; *id.*, “Legal rights for rivers: what does this actually mean?”, in *Australian Environment Review*, vol. 32, no. 6, 2017, p. 159 ff.; L. CANO PECHARROMAN, “Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court”, in *Resources*, vol. 7, no 1, 2018, p. 1 ff.

66 The *Te Awa Tupua Act* is available at the following link: <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>>, consulted on 10/31/2024.

67 The *Te Urewera Act* is available at the following link: <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html>>, consulted on 11/04/2024.

68 See section 12 of the *Te Awa Tupua Whanganui Act*.

69 This body is flanked by an advisory and an executive committee also composed of local government representatives and groups and associations representing other interests along the river such as tourism, recreation and fishing. For further discussion see A. HUTCHISON, “The Whanganui River as a Legal Person”, in *Alternative Law Journal*, vol. 39, no. 3, 2014.

70 The mentioned decision is *Mohd. Salim v State of Uttarakhand & others case*, WPPIL 126/2014, Uttarakhand High Court at Nainital, 2017 (the so-called *Ganges and Yamuna case*). The judgment can be found at the following link: <https://elaw.org/system/files/attachments/publicresource/in_Salim_decision_dec2016.pdf?_ga=2.93076254.2059424702.1573720212-2103727208.1570435362>, consulted on 11/04/2024.

71 The recalled decision is *Lalit Miglani v State of Uttarakhand & others*, WPPIIL 140/2015, Uttarakhand High Court at Nainital, 2017 (so-called *Glaciers case*), available at: <<https://indiankanoon.org/doc/92201770/>>, consulted on 11/04/2024.

72 The Supreme Court, while the appeal was pending, suspended the effects of the judgement on the *Ganges* and *Yamuna* rivers as a precautionary measure, considering the objections raised regarding the inapplicability in practice of the consequences deriving from the recognition of legal personality to be well-founded. It thus created a de facto “vacuum” in the protection of these rivers due to the absence, in the current legal framework within the Indian system, of administrative instruments capable of reducing or, at least, effectively limiting environmental degradation. On the cases discussed with reference to the Indian system see E. L. O'DONNELL, “At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India”, in *Journal of Environmental Law*, vol. 30, no. 1, 2018, p. 135 ff.

73 In agreement, E. L. O'DONNELL, J. TALBOT JONES, “Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand, and India”, *op. cit.*

74 See, inter alia, M. MANNING, B. ROSE, *Trust in the Land: New Directions in Tribal Conservation*, Tucson, University of Arizona Press, 2011; G. AMPARO RODRÍGUEZ, “Environmental and Traditional Indigenous Culture Protection: the Colombian Case”, in N. GULLO (eds. by), *Human Rights and the Environment*, Naples, Editoriale Scientifica, 2021, p. 277 ff.

75 See J. CAILLOSSE, “Faut-il en finir avec la domanialité publique ?”, *Études foncières*, no. 100, 2002, p. 7 ff.

76 A reconstruction of European and non-European state legal regimes see F. LÓPEZ RAMÓN, O. VIGNOLO CUEVA (ed.), *El dominio público en Europa y América Latina*, Lima, Círculo de derecho Administrativo, 2015; F. LÓPEZ RAMÓN (ed.), *El patrimonio natural en Europa y Latinoamérica*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, Departamento de Hacienda y Administración Pública, serie: Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, no. 17, 2018; F. LÓPEZ RAMÓN (ed.), *Los bienes públicos*, Bogotá, Temis, 2024.

77 The introduction of recent amendments to civil codes to accommodate rules on environmental rights and duties is examined by S. LANNI, *Greening the Civil Codes: Comparative Private Law and Environmental Protection*, New York, Routledge, 2023.

78 On demanio in the Italian system, see O. RANELLETTI, “Della formazione e cessazione della demanialità”, in *Giur. it.*, no. IV, 1899, 1 ff., now in *Scritti giuridici scelti*, vol. IV, Napoli, Jovene, 1992, p. 410 ff.; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, Cedam, 1934, p. 170 ff.; F. CAMMEO, “Demanio” (voce), in *Il Digesto italiano*, vol. IX, Torino, UTET, 1887-1898, p. 903 ff; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, La Litotipo, 1914, p. 979 ff.; G. ZANOBINI, “Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità”, in *Studi senesi*, 1923, now in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 165 ff; S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, p. 477 ff.; G. COLOMBINI, “Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. V, Turin, Utet, 1990, p. 1 ff.

79 On the effects of the Italian constitutional reform, F. DE LEONARDIS, “La riforma ‘bilancio’ dell’art. 9 Cost. e la riforma ‘programma’ dell’art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura”, in *ApertaContrada*, 28 February 2022; F. FRACCHIA, “L’ambiente nell’art. 9 of the Constitution: a ‘negative’ approach”, in *Il diritto dell’economia*, no. 1, 2022, p. 15 ff.; M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, “La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela ambientale”, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, no. 1, 2022, p. 1 ff.

80 The theory was first introduced in L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1923, t. III, 2nd ed., p. 344 ff. It was later taken up by J.-M. AUBY, *Contribution à l’étude du domaine privé de l’administration*, Études et Documents du Conseil d’État, 1958, p. 35 ff., and by F. MELLERAY, “L’échelle de domanialité”, in *Mélanges Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 287 ff.

81 “To grasp the relationship between nature and law, between values and rules, is not easy”: thus G. Maria FLICK, M. FLICK, *Elogio della foresta. Dalla selva oscura alla tutela costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 8.

82 This is emphasised, for example, by M. CARDUCCI, “Natura (diritti della)” (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg., Milano, Utet, 2017, p. 487, according to which in this regard “a plurality of narratives prevail, reflected on philosophies of life or existence, worldviews, legal traditions that inevitably condition not so much the analysis of the theme, but rather its semantic framing” (p. 488).

83 Thus I. MILKES S., J. A. PIMIENTO E., S. BAENA C., “Más allá del reconocimiento como ‘sujeto de derechos’ a la Naturaleza: Un análisis práctico para una comprensión semántica”, *op. cit.*

84 The perspectives of the “dispute” between advocates of natural law and advocates of legal positivism are amply reconstructed in the collection of essays by N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari/Roma, Laterza, 2011. By the same author see *Il positivismo giuridico. Recta Ratio. Tesi e Studi di Filosofia del Diritto*, Turin, Giappichelli, 1996. For more recent developments, read E. CATERINA, “Il ritorno del diritto di natura nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra”, in *Diritto pubblico*, no. 1, 2022, p. 3 ff., and I. TRUJILLO (ed.), “Le ragioni del diritto naturale dal Novecento ai nostri giorni”, in *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, no. 2, 2022, p. 231 ff.

85 Thus F. CORTESE, G. PIPERATA (eds.), “Selvaggio e selvatico nel governo delle istituzioni pubbliche”, in *Istituzioni selvage?*, Milan, Mimesis, 2022, p. 8.

86 N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Bari/Roma, Laterza, 2013, p. 15, who argues the thesis “of the unity in the Whole” with reference to the philosophical thought of ancient Greece and, therefore, well before the affirmation of dualism between natural law and positive law in the sense discussed above.

87 M. CARDUCCI, “Natura (diritti della)” (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, *op. cit.*, p. 490.

RÉSUMÉS

English

Traditionally, in civil law legal systems, the protection of natural resources has been pursued through the French *domaine* model. In the last two decades, it has been challenged by the debate on the commons and the effects of the enhancement of environmental interest. In several non-European systems, the protection of *res naturalis* is increasingly taking place with an inversion of the anthropocentric perspective. Nature and its components are recognised as having legal personality and the capacity to perform legal actions as a subject of law with its own claims. This new perspective must be investigated as a possible alternative to the traditional regimes of natural heritage protection.

Français

Traditionnellement, dans les systèmes juridiques de *civil law*, la protection des ressources naturelles a été assurée par le modèle du domaine d'origine français. Au cours des deux dernières décennies, ceci a été remis en question par le débat sur les biens communs et les effets du renforcement de l'intérêt environnemental. Dans plusieurs systèmes non européens, la protection des *res naturalis* s'inscrit de plus en plus dans une perspective anthropocentrique inversée. La nature et ses composantes sont reconnues comme ayant une personnalité juridique et la capacité d'accomplir des actes juridiques en tant que sujet de droit avec ses propres revendications. Cette nouvelle perspective doit être étudiée comme une alternative possible aux régimes traditionnels de protection du patrimoine naturel.

INDEX

Mots-clés

droit administratif, nature, propriété d'État, ressources naturelles

Keywords

administrative law, nature, State property, natural resources

AUTEUR

Francesca Di Lascio

Professor of Administrative Law at the Department of Political Sciences of Rome III University

IDREF : <https://www.idref.fr/15594679X>

La propriété publique dans le cadre de l'évolution des formes d'État en Italie. Éléments de réflexion à partir de l'étude de la Constitution de Weimar

Maria Chiara Girardi

DOI : 10.35562/droit-public-compare.461

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Introduction. Propriété publique et transformations de la forme d'État
2. Les biens publics entre structure et fonction
3. L'émergence de revendications collectives dans la Constitution de Weimar : la relation directe entre la forme d'État et la propriété publique
4. La diffusion de la doctrine ordolibérale entre « ordre économique » et « ordre démocratique »
5. Remarques conclusives

TEXTE

1. Introduction. Propriété publique et transformations de la forme d'État

- 1 La présente étude se propose d'analyser le thème de la propriété publique en Italie, en relation avec les processus évolutifs des formes d'État. La catégorie juridique étudiée se décline en fonction des transformations des structures économiques, des évolutions des communautés politiques et des relations établies dans le rapport entre autorité et liberté. En particulier, en observant les transformations de ces relations, et en analysant les transitions qui marquent les mutations des formes d'État, on peut comprendre les

changements qui traversent aussi bien les implications juridiques du thème, que les fonctions auxquelles il est attribué.

- 2 Il suffit de considérer que dans l'État absolu, la relation entre les droits de propriété et l'autorité politique remonte en fait au territoire, en tant que propriété exclusive du souverain, et aux droits de propriété en tant que concessions de celui-ci¹. Alors qu'à l'époque libérale la propriété était considérée comme un droit subjectif, sacré et inviolable, et donc opposable à la puissance publique. Dans la période libérale, en particulier, avec l'affirmation des revendications économiques privées, la propriété publique a été, en fait, dégradée en un simple attribut de la souveraineté de l'État, dont le paradigme, comme on le sait, est représenté par le territoire, en tant que pertinence de l'État².
- 3 L'analyse de la pensée libérale, sur le thème de la propriété, permet d'approfondir le passage, en Italie, d'une conception dans laquelle le droit de propriété est considéré comme un droit subjectif plein et absolu, à une perspective dans laquelle les libertés des individus trouvent une limite dans l'affirmation du principe d'égalité. Cela découle de l'émergence de nouveaux droits, de nature collective, liés à la fonction des biens et aux utilités qui en découlent, et se reflète dans la pensée de l'École historique du droit³, en particulier celle de Savigny⁴, qui met en évidence comment les relations privées sont fortement conditionnées par les besoins de la généralité des citoyens. Les premières répercussions de cette nouvelle perspective se trouvent dans le Code civil italien de 1942, dans lequel, avec une approche dynamique, le droit de propriété est soumis à des limites et à des obligations législatives⁵, même si la discipline du Code apparaît parfois incohérente et, de toute façon, inadéquate pour valoriser la fonction de la propriété publique dans une clé solidaire et égalitaire⁶.
- 4 Le changement de perspective n'intervient qu'avec le développement de l'État pluraliste et la promulgation de la Constitution de 1948. La nouvelle collocation de la propriété en Constitution, dans la sphère des relations économiques, et l'empreinte solidariste de la Charte – dont la fonction sociale est une expression – traduisent la structure de la nouvelle forme d'État-providence.
- 5 Néanmoins, la discipline de la propriété publique qui se définit dans la pratique ne semble pas s'adapter de manière appropriée aux

changements de la forme d'État et l'inadéquation de la discipline du Code civil, ainsi que le laconisme de la disposition de l'article 42 de la Constitution italienne, rendent complexe une reconnaissance adéquate de la catégorie. En effet, la généralisation des processus de privatisation depuis les années 1990 a contribué à dévaloriser la fonction sociale de la propriété publique et à diffuser des politiques économiques – également influencées par la gouvernance supranationale – souvent assumées par des organismes dépourvus de légitimité démocratique.

- 6 Dans ce contexte, les difficultés liées à la reconnaissance de la propriété publique se placent dans le sillon de problèmes plus larges, liés à la crise de la représentation politique et des relations institutionnelles.
- 7 Dans cette perspective, il est possible de trouver un *fil rouge* reliant la difficile reconnaissance de la catégorie de bien public en Italie à l'expérience politique de la Constitution de Weimar. Dans celle-ci, en effet, on peut percevoir les transformations sociopolitiques qui ont eu lieu au XIX^e siècle et l'affirmation d'un État qui reconnaît les premières formations politiques dans lesquelles se réalisent les réalités associatives. En effet, à côté des droits de l'homme et des droits politiques, les droits d'association et, en particulier, les droits économiques commencent à être reconnus. Ces droits représentent la ligne de démarcation entre les textes constitutionnels du XIX^e siècle et la Constitution de Weimar. Néanmoins, le processus de reconnaissance des droits économiques est lent et difficile et il montre les signes de conflits sociaux et de divergences, mais il parvient, en tout cas, à servir d'expérience pour les démocraties successives⁷.
- 8 La République de Weimar est née, en effet, dans un climat politique et social confus – caractérisé par des contrastes entre les instances de préservation et de réforme – et a été le résultat d'un compromis social qui résulte dans la partie relative à la Constitution économique et dans le catalogue des droits fondamentaux. Cette Constitution représente donc le premier exemple de dépassement de l'idéologie typique de l'État libéral vers la reconnaissance d'un ordre pluraliste, que l'on retrouve ensuite dans la Constitution italienne. En effet, certains aspects de la Constitution de Weimar étaient totalement

innovants et constituaient un tournant radical par rapport à la centralité du dogme de la souveraineté de l'individu⁸.

- 9 En particulier, le cadre des droits fondamentaux a trouvé une expression exemplaire dans l'art. 153 de la Constitution de Weimar, relative au droit de propriété. Ce droit exprimait pleinement le compromis entre le besoin de protection et de valorisation des droits et intérêts individuels et la protection des demandes collectives par l'intervention de l'État⁹. Il y avait donc une médiation entre la protection constitutionnelle de la propriété et les espaces d'intervention laissés au législateur. Cela représentait une solution de compromis qui exprimait la coexistence, dans la reconnaissance constitutionnelle de la propriété, d'une garantie de stabilité du droit (*Bestandgarantie*), qui assiste la position du propriétaire, avec la sauvegarde des besoins liés à l'exercice de pouvoirs d'autorité affectant les droits patrimoniaux, dans lesquels consiste la particularité de la garantie juridique de la catégorie¹⁰.
- 10 Par conséquent, la propriété publique dans la Constitution de Weimar reflète les conflits de la période politique, mais, en même temps, les tentatives d'atteindre la paix sociale et un ordre démocratique, tout comme on le trouve dans la discipline de propriété de la Constitution italienne. Il s'ensuit qu'en Italie même la forme actuelle de l'État-providence est caractérisée par un défi aux démocraties, même s'il est désormais étendu à d'autres fronts, où la crise de la représentation démocratique et de la fonction publique repropose des questions jamais dépassées, relatives à la légitimation des circuits démocratiques nationaux et supranationaux. Pour autant, c'est avant tout à partir de la valorisation de la souveraineté populaire qu'il faut repartir pour récupérer la centralité de la catégorie de bien public. À la fois, l'effritement des frontières traditionnelles du territoire étatique et, par la suite, du lien étroit entre souveraineté et territoire, fait resurgir des problèmes qui ont des racines profondes dans l'évolution des formes étatiques.
- 11 En Italie, la réaction à la crise de la propriété publique et la nécessité d'une révision de la relative discipline, adaptée au contexte constitutionnel de la forme d'État-providence, se reflètent dans les études qui se sont répandues depuis les travaux de la soi-disant Commission Rodotà¹¹, visant à réformer le Chapitre II, Titre I, du

Livre III du Code civil relatif à la propriété publique. La doctrine¹² développée à partir de cette époque, en plus de proposer l'introduction d'une nouvelle catégorie juridique de biens communs, entendus comme des biens fonctionnels au développement de la personne, se traduit par de nombreuses initiatives législatives locales¹³ et des prononcés jurisprudentiels¹⁴, visant à l'affirmation de la souveraineté populaire et au développement de formes de démocratie participative¹⁵.

- 12 Dès lors, l'objectif de la recherche est de proposer – également à partir de l'étude de la Constitution de Weimar – quelques solutions applicatives aux problèmes rencontrés dans le contexte italien, dans le but de renforcer la fonction sociale de la propriété publique et de la placer dans le périmètre constitutionnel.

2. Les biens publics entre structure et fonction

- 13 L'étude de la dimension juridique des biens publics¹⁶ est étroitement liée à l'occupation et à la jouissance du sol par la collectivité. Ceci est confirmé par l'article 1 de la Constitution italienne, qui confère la souveraineté au peuple, entendu comme une universalité de citoyens.
- 14 L'appartenance collective au territoire est un objectif atteint avec la reconnaissance des droits constitutionnels, qui sont également protégés face à l'ingérence des pouvoirs publics : au début, la souveraineté appartenait au Roi, puis à l'État, entendu comme entité collective, et enfin au peuple.
- 15 La protection des biens publics rappelle directement la protection de la dimension collective de la souveraineté : « les biens de l'État étant des biens [...] détenus et administrés par l'État, en retracer l'histoire, c'est retracer l'histoire de l'État lui-même et de la propriété¹⁷ ».
- 16 Mais la question principale de la catégorie juridique des biens publics vise à comprendre : « qui est le véritable sujet de la propriété publique ? Est-ce l'État hiérarchique ? Est-ce le peuple ou la collectivité ? Est-ce les individus ?¹⁸ », le sujet étant entendu ici comme le sujet réel de la propriété publique. Cette question semble actuellement d'un intérêt renouvelé, alors que nous assistons à une

saison disruptive de privatisation des biens publics, parfois incohérente et disproportionnée, souvent justifiée par la nécessité de respecter des contraintes économiques imposées par l'Union européenne, qui conduit à une érosion progressive de la souveraineté populaire et, plus généralement, de l'ordre constitutionnel défini par les Constituants. Ce processus, qui semble concerner également la configuration même de la forme de l'État, a un double effet : « d'une part, la rupture du lien, jusqu'ici considéré comme inséparable, entre la propriété dite publique, c'est-à-dire appartenant à une collectivité territoriale publique, et la destination publique des biens qui en font l'objet » ; d'autre part, « la "restitution" des biens concernés par les opérations susmentionnées à la sphère de la propriété privée, c'est-à-dire à l'appropriation selon les modalités prévues pour l'ensemble des sujets de l'ordre juridique¹⁹ ». Ce processus s'identifie à la crise de la catégorie des biens publics et rend nécessaire de s'interroger sur la compatibilité de ces processus avec le système constitutionnel²⁰. En effet, d'une part, le statut juridique des biens publics semble calquer le modèle de la propriété individuelle typique de la propriété privée, en devenant la prérogative exclusive de l'État, entendu comme personne morale, au détriment du modèle constitutionnel égalitaire et solidaire qui devrait caractériser l'État de droit, en vue de fonctionnaliser les biens publics dans l'intérêt de la communauté²¹. D'autre part, l'extension des privatisations conduit à un recours excessif au modèle de la propriété privée dominante, affectant remarquablement « la formation et la persistance des ordres territoriaux générales²² ».

17 Ces événements sont le résultat d'un processus de distorsion des modèles, dû au décalage progressif de la production législative et des pratiques par rapport à la Constitution italienne²³ et aux difficultés du modèle de la propriété publique à se libérer du statut propriétaire de l'État libéral, qui ramène la propriété à la souveraineté de l'État, en permettant une gestion totalement discrétionnaire. En effet, la dichotomie des modèles affirmés dans les différentes formes d'État, libéral et social, se retrouve précisément dans l'idée, d'une part, de la propriété publique, relevant de la logique dominante privée, fondée sur la souveraineté de l'État libéral ; d'autre part, de la propriété publique de l'État démocratique-social, fondée sur la souveraineté

populaire, où le sujet public agit comme un simple détenteur d'un bien à administrer dans l'intérêt de la communauté.

- 18 Cependant, l'aptitude nécessaire de certains biens à la satisfaction d'intérêts publics, qui trouve son fondement dans la fonction sociale inscrite dans la Constitution italienne, devient « un profil [...] souvent négligé et réduit à la conclusion que la mention, dans l'article 42 de la Constitution de la propriété publique suffit à conférer une légitimité au modèle de propriété des biens fondés sur le modèle individuel typique du droit privé ²⁴ ». Cela dépend du fait que l'influence du modèle libéral de la propriété publique et l'attraction conceptuelle de la propriété publique dans la sphère de la propriété privée sont encore très marquées. Cette difficulté dans l'affirmation du modèle constitutionnel de la propriété publique – mise en œuvre des articles 1, 2, 3 et 4 de la Constitution italienne – se situe également dans la rupture des frontières traditionnelles du territoire de l'État ²⁵, qui fait resurgir des problèmes profondément ancrés dans l'évolution des formes de l'État.
- 19 Dans ce contexte, la notion de territoire n'est pas caractérisée comme un attribut nécessaire de la souveraineté, mais, au contraire, rappellerait une conception dépassée du domaine public, qui se manifeste aujourd'hui comme un simple pouvoir réglementaire et, surtout, qui n'est ni utile ni fonctionnel aux principes fondateurs de notre forme d'État, qui voit la primauté de la personne sur l'État. Il apparaît, de toute façon, que le régime de la propriété représente « un point capital dans la fondation de l'État moderne : c'est la première manifestation concrète de l'affirmation d'une possession territoriale unitaire et de la constitution d'un ordre général originel dont dépendent tous les titres de propriété ».

3. L'émergence de revendications collectives dans la Constitution de Weimar : la relation directe entre la forme d'État et la propriété publique

- 20 Le premier exemple de reconnaissance normative des demandes collectives à côté des intérêts individuels se trouve dans la Constitution de la République de Weimar de 1919. La République de Weimar était une « démocratie improvisée²⁶ », le résultat de contrastes et de compromis entre différentes forces sociales. La Constitution elle-même montre des signes de conflits sociaux et de divergences. Néanmoins, elle sert de paradigme pour les démocraties ultérieures, car certains aspects de la Constitution – et, en particulier, la reconnaissance des droits fondamentaux – sont totalement novateurs et constituent « une rupture radicale avec la centralité du dogme de la souveraineté de la personne de l'État et le cadre du *Staatsrecht* d'avant Weimar²⁷ ».
- 21 Il faut toutefois tenir compte du fait que la République de Weimar est née dans un climat politique et social complexe²⁸ – dû principalement aux résultats du traité de Versailles et à la fin du deuxième Reich – caractérisé par des contrastes entre des instances de préservation et des poussées réformatrices, comme le montrent la réglementation des libertés économiques et le catalogue des droits fondamentaux, « inspirés par un projet de réforme dans le domaine économique et social visant également à maîtriser les poussées réactionnaires encore fortes dans les mailles d'un fédéralisme républicain (art. 17)²⁹ ». La Constitution reconnaît la souveraineté du peuple et place le Parlement et la représentation démocratique au centre du système, qui s'accompagne d'une valorisation des instituts de démocratie directe « largement utilisés comme dispositifs de régulation du circuit représentatif et comme la plus haute expression de légitimation du pouvoir souverain³⁰ ». Elle représente donc une étape fondamentale dans le dépassement de l'idéologie libérale et est

reconnue comme l'idéaltype du constitutionnalisme démocratique du xx^e siècle.

- 22 En effet, « le déplacement du centre de gravité de la *Staaslehre* vers la *Verfassungslehre*, [...] reposait sur des options significatives de la nouvelle constitution, comme l'ouverture aux "principes fondamentaux reconnus par le droit des gens", rappelée par l'art. 4 WRV [...] comme une norme pionnière qui indiquait une voie de désengagement progressif de la souveraineté interne de l'État des Constitutions, devenue perméable à l'intégration matérielle avec d'autres systèmes. Et surtout [...] l'ouverture à la société d'un catalogue de *Grundrechte* attentif à la sphère des besoins et des *Lebensverhältnisse*, et aux diverses manifestations de la vie individuelle, collective, économique, culturelle et religieuse³¹ ».
- 23 En particulier, la Constitution de Weimar dépasse la dichotomie entre droit et société, entre liberté et autorité, qui jusqu'à présent s'est toujours déclinée sous une forme oppositionnelle, en représentant la réalité sociale en elle-même³². Paolo Ridola parle de la Constitution de Weimar comme d'un « paradigme » et d'une « expérience », où « la liberté humaine s'exprime dans la réalité sociale³³ ».
- 24 Il y a un « abandon du dogme de la souveraineté et une construction du droit public basée sur l'absolutisation des manifestations de la volonté de l'État et le "démantèlement" du concept de souveraineté dans un pluralisme qui aurait dû construire la chaîne d'une participation politique de la société "d'en bas"³⁴ ». Le rôle du législateur est renforcé et devient déterminant dans la réglementation du contenu du droit : la Constitution lui renvoie l'indication de l'objet et des limites du droit, qui repose sur l'hypothèse que la propriété *oblige* et que l'usage des biens doit viser à la réalisation du bien commun.
- 25 En particulier, l'article 153 stipule que « [...] la propriété est obligatoire. Son usage, en plus de l'usage privé, doit être fait pour le bien commun ». Cette norme a toutefois une portée programmatique et a, au fil du temps, été interprétée différemment par différentes forces politiques.
- 26 La norme réconcilie l'expérience sociale avec l'expérience normative ; le droit devient un instrument de la construction de la société. Dans

ce scénario, la représentation politique joue un rôle fondamental – en tant qu'instrument de synthèse entre des instances opposées – qui permet d'éviter le décalage entre la Constitution matérielle et la Constitution formelle.

- 27 La doctrine allemande déduit de la lecture de la disposition de l'article 153 trois types de limites : la première, négative, selon laquelle il n'est pas possible de porter atteinte au droit de propriété d'autrui ; la deuxième, selon laquelle il existe un devoir de supporter les limites imposées à son propre droit de propriété ; la dernière, selon laquelle il existe un « devoir de faire » lorsque la règle impose un certain comportement au propriétaire.
- 28 Selon la doctrine civiliste italienne, le libellé de l'article 153 de la Constitution de Weimar, selon lequel la propriété oblige et sert le bien commun, permet de « rompre violemment le principe de l'extranéité des obligations par rapport à la structure du droit subjectif³⁵ ». Sur le droit de propriété se grefferait déjà le devoir, qui intègre le droit. La conception individualiste de la société serait alors dépassée, au nom des représentations démocratiques de la participation.
- 29 Ce point de vue se retrouve également dans la proposition de l'article 39 rédigée par *Sinzheimer* au sein de la Commission constitutionnelle, selon laquelle : « le Reich doit veiller à ce que la vie économique ne serve pas le gain de l'individu, mais la réalisation d'une réalité digne pour tous les hommes³⁶ », fusionnée plus tard dans l'article 151 de la Constitution de Weimar. Par conséquent, la liberté économique de l'individu existerait dans les limites de la réalisation d'une fonction sociale, puisque l'affirmation des droits économiques individuels est subordonnée à l'intérêt commun. Cependant, le processus de démocratisation de la société et d'ouverture des systèmes juridiques aux exigences pluralistes et égalitaires, entamé avec la Constitution de Weimar, s'est rapidement interrompu avec la diffusion de la culture ordolibérale³⁷ et l'avènement des régimes totalitaires.
- 30 La doctrine s'est diversement interrogée sur les causes de l'échec de la République de Weimar, probablement en raison de ses contradictions excessives et de ses lacunes insurmontables. La principale aporie de la Constitution de Weimar se trouve dans le

choix « de sacrifier la mise en place de barrières pour limiter le pouvoir et la fonction oppositionnelle des droits à l'expérimentation de solutions organicistes visant à préserver la cohésion sociale et à celle de structures gouvernementales qui n'ont pas présidé à l'équilibre et au contrôle mutuel des pouvoirs, mais ont jeté les bases d'une condition de conflit permanent entre les organes constitutionnels, qui finissent par se disputer l'alma de la personnification de la souveraineté populaire³⁸ ». Ce modèle était cependant mal adapté pour faire face aux crises économiques résultant des développements du traité de Versailles. À cela s'ajoutent l'absence de consensus à la base de la République de Weimar, la fin d'une classe dirigeante qui avait dominé la politique, l'économie et la société, et la critique du parlementarisme comme simple idéal étatiste³⁹. En effet, « sans communauté de valeurs politiques, il n'y a pas de volonté politique commune, ni de communauté de droit⁴⁰ ».

4. La diffusion de la doctrine ordolibérale entre « ordre économique » et « ordre démocratique »

- 31 On ne peut « comprendre la qualification du droit de propriété en tant que droit fondamental, issu des révolutions bourgeoises, si on ne l'intègre pas à ces valeurs politico-juridiques qui ont impliqué l'adoption de cette législation subversive⁴¹ ». En effet, « les idéologues de l'État libéral ont eu raison de poser le problème de "l'origine" ou du "fondement" de la propriété privée, étant donné la place qu'elle occupait dans les Constitutions matérielles des États et la valeur politique qu'elle avait dans les mouvements politiques et les révolutions bourgeoises [...] en tant que droit "essentiel" de l'individu ». Cependant, à la fin du XIX^e siècle, « le pacte fondateur de la société bourgeoise, celui par lequel le souverain concentrait l'empire et assurait en contrepartie la propriété de l'individu, était depuis longtemps en crise⁴² ». Il était désormais clair que l'économie était incapable de s'autoréguler et nécessitait l'intervention des pouvoirs publics⁴³.

- 32 Dans ce contexte, se développe l'idée que « l'ordre propriétaire » doit prévaloir même sur « l'ordre démocratique » et que l'intérêt collectif doit s'identifier à l'intérêt individuel. Ceci se concrétise dans la pensée de la doctrine des ordolibéraux, selon laquelle le politique l'emporte sur l'économique, mais doit en déduire des règles, de sorte que les règles du marché deviennent des lois étatiques.
- 33 L'idée ordolibérale d'une « économie incorporée et fondée sur un ordre juridique “posé” par le pouvoir étatique et soumis à une intervention publique visant continuellement à dissoudre les positions du pouvoir économique privé et à réaliser artificiellement l'idéal de la concurrence parfaite⁴⁴ », typique de la pensée de l'École de Fribourg, diffère de celui de l'École de Vienne, fondé sur le laisser-faire total et le rejet de toute forme d'interventionnisme étatique. Toutefois, tant l'École de Vienne du début du siècle que l'École de Fribourg de l'ordolibéralisme partagent une vision du rôle de l'État en tant que garant de la protection et de la valorisation de la propriété, de l'entreprise et de la concurrence.
- 34 La doctrine ordolibérale⁴⁵ contribue au démantèlement des approches démocratiques qui se développent avec la Constitution de Weimar : elle critique sévèrement la notion de pluralisme, considérée comme coupable de la crise du capitalisme, et affirme la nécessité de supprimer les institutions parlementaires et les institutions de médiation politique visant à garantir les revendications sociales. Selon les ordolibéraux, « la crise des institutions républicaines ne provient pas de leur incapacité à traiter la question sociale et les conflits sociaux qui y sont liés, considérés le plus souvent comme le résultat d'une action irrationnelle. Le problème résidait dans l'octroi par l'État de pouvoirs de décision aux centres d'intérêt formés lors du passage de la société bourgeoise à la société industrielle⁴⁶ ».
- 35 D'autre part, l'interventionnisme étatique, qui s'est développé dans la République de Weimar, aurait créé des distorsions et des courts-circuits dans la prise de décision politique, l'État devenant la « proie » des citoyens⁴⁷. Le pluralisme et la démocratie parlementaire auraient entravé l'ordre économique et érodé la propriété, le libéralisme aurait été « submergé par la démocratie⁴⁸ ».
- 36 Toutes les « impulsions venant de la société [...] auraient sapé le modèle qui, par son ordre, aurait dû garantir le bon fonctionnement

des marchés et en particulier le principe de la libre concurrence et de la croissance économique⁴⁹ ». La conséquence du développement de cette idéologie, qui dans les années suivantes a également soutenu le régime fasciste, a conduit à une crise de l'institution de la propriété et des demandes sociales qui y sont liées : « l'ordre économique devait se développer selon les lignes indiquées par une entité placée au sommet de l'ordre politique, et donc structurée comme une partie intégrante de ce dernier. Mais l'ordre politique, placé à la tête de l'ordre propriétaire, finit par en absolutiser la dynamique, précisément parce qu'il revendique le point de vue d'une économie dirigée par l'État⁵⁰ ». Dans ce cadre, la propriété publique devient un simple instrument d'affirmation des pouvoirs de l'État, au détriment des intérêts des citoyens.

5. Remarques conclusives

- 37 Dans la seconde moitié du xx^e siècle, la législation mettant en œuvre la fonction sociale de la propriété publique s'est développée de manière cohérente, en réaction à l'individualisme de l'État libéral, et s'est concrétisée dans l'industrialisation et le développement urbain, en accord avec un ordre politique fondé sur la représentation démocratique. Cependant, progressivement, si, d'un point de vue formel, l'entrée en vigueur de la Constitution a défini un cadre pour le travail de systématisation ultérieur du législateur, cela n'a pas été suivi d'une réponse législative homogène. Les politiques économiques liées aux processus de gouvernance européenne, ainsi que l'influence de la jurisprudence supranationale ancrée dans une vision de la propriété comme droit fondamental, avec une traction individualiste, ont diversement entravé la nouvelle perspective constitutionnelle, ou en tout cas ignoré le projet original, conduisant à un désalignement progressif du modèle constitutionnel décrit maintenant et ouvrant la voie à l'irruption du modèle néolibéral. De ce point de vue, les restrictions à la propriété sont autorisées principalement dans le but de protéger la concurrence ou de réaliser les objectifs économiques de l'Union européenne.
- 38 Cette tendance – où le législateur n'a pas conformé la réglementation des biens publics aux caractéristiques constitutionnelles indiquées – s'est à nouveau manifestée dans l'expérience récente. En particulier,

on peut observer deux modèles dysfonctionnels : celui des processus de privatisation, souvent indistincts en ce qui concerne l'identification des biens et indéfinis en ce qui concerne la définition des règles relatives ; celui de la gestion des plages, par le biais de concessions perpétuelles de l'État, qui sont en fait devenues synonymes de monopoles privés, exempts de critères destinés à protéger les intérêts publics en jeu.

- 39 La preuve tangible en est une série de réformes adoptées en Italie à la fin des années 1990, comme celle du loyer équitable pour les baux d'habitation⁵¹, qui laissent le champ libre à l'expansion des politiques néolibérales. Dans ce nouveau contexte législatif – et culturel – la fonction sociale devient un instrument de (re)consolidation de la centralité de la propriété privée. Et il ne fait aucun doute que cette transformation est également affectée par la lecture qui, de la catégorie juridique de la propriété, est faite par le droit supranational, corroborée par la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, qui « tendent à proposer une idée de la propriété plus proche du droit libéral classique que des Constitutions d'après-guerre⁵² ».
- 40 La critique des processus de privatisation – ainsi que des mises en concession – est étroitement liée à au fait juridique et à la dissonance avec l'esprit qui se dégage du système constitutionnel complexe et de la forme de l'État-providence. Et il ne pourrait en être autrement : il est possible de se référer au contexte, ou plutôt aux modalités, dans lesquelles ces hypothèses opèrent. En effet, en dehors des principes constitutionnels, ces hypothèses s'articulent à travers des solutions – tant internes que supranationaux – entre les mains d'organes purement techniques ou technico-exécutifs : des organes *de facto* étrangers aux circuits de légitimation démocratique et, par conséquent, à la nécessité d'assurer la mise en œuvre des principes constitutionnels.
- 41 Tout cela a conduit, dans la société dite *post-démocratique*⁵³ à une érosion progressive et inexorable de la souveraineté populaire, affectant le statut de la propriété publique et la conformation de la fonction sociale. Le débat institutionnel qui s'est développé en Italie – mais aussi en France, par exemple – souligne les distorsions du modèle et tente d'élaborer des solutions. En particulier, en Italie, à

partir des travaux de la Commission Rodotà, un courant doctrinal s'est consolidé⁵⁴, visant à modifier la discipline de la propriété contenue dans le Code civil italien et à introduire, entre autres, une nouvelle catégorie juridique de biens communs.

42 La voie indiquée par cette expérience institutionnelle a eu des échos spécifiques, au niveau jurisprudentiel et de législation locale, mais n'a pas conduit à une réforme organique au niveau national. Dans ce cadre, la pratique a continué à se consolider vers l'affirmation de politiques, en matière de propriété publique, détachées du périmètre constitutionnel, démontrant peut-être aussi la faiblesse du modèle décrit par l'article 42 de la Constitution italienne.

43 Dans un tel scénario, le rôle du législateur, qui s'est avéré totalement inadapté pour répondre aux exigences d'équité sociale, est substitué par la jurisprudence, qui, cependant, s'avère intrinsèquement inadaptée pour répondre aux exigences requises⁵⁵ ; « dans un contexte sociohistorique dans lequel le conflit des valeurs ne peut plus trouver de solution et de synthèse dans les déterminations de la législation et de la politique [...] la réponse ponctuelle de la jurisprudence s'avère inadéquate pour faire face aux inégalités sociales, surtout lorsque les attentes des plus faibles sont en jeu⁵⁶ ». Cela donne lieu à la diffusion de processus qui s'éloignent des *circuits classiques* de la représentation démocratique, pour se disloquer dans d'autres *lieux* institutionnels, avec une faible résilience de la représentation, ce qui entraîne un décalage par rapport aux principes constitutionnels connotant la forme d'État-providence.

44 En conclusion, il semble important de répondre à deux principales questions. La première, de nature théorique, visant à vérifier s'il est possible de reconstruire un statut juridique de la *propriété publique à usage public* distinct de celui de la *propriété publique des biens économiques*. Une deuxième question, problématique et dynamique, orientée aux modèles décisionnels et aux politiques législatives en la matière, au niveau national et supranational. Cette perspective est liée à l'analyse de l'actualité des processus décisionnels : gouvernance économique à différents niveaux, déplacement des centres d'influence vers les exécutifs, politiques inspirées par le système économique et difficilement équilibrées par rapport aux besoins publics.

- 45 L'examen de ces profils permet de formuler quelques propositions visant à renforcer la fonction sociale des biens publics conformément à la Constitution. En ce sens, afin de valoriser la fonction sociale des biens publics dans une clé constitutionnelle, il est souhaitable, comme étape préliminaire, que les sièges de représentation démocratique dans les différents niveaux de gouvernement retrouvent leur centralité : c'est en effet dans ces enceintes que les biens publics doivent trouver des motifs de légitimation démocratique. Il est souhaitable que les formes de participation – face au déplacement de la prise de décision entre les mains de l'exécutif ou de centres d'influence qui ne remontent pas au circuit représentatif – acquièrent une plus grande vigueur, sous une forme directe ou participative, grâce à la contribution active des citoyens.
- 46 Et ce, tant au niveau de la proposition, dans la planification législative des biens publics, qu'au niveau de la collaboration institutionnelle et sociale, dans leur gestion. En ce sens, il semble utile de proposer des processus participatifs, d'inclusion et d'intégration des modèles traditionnels de représentation, dans une logique d'interaction permanente entre la participation et la représentation démocratique.
- 47 Cela ne devrait pas s'appliquer uniquement au niveau politique national, puisque l'impact de la production législative supranationale et les politiques publiques qui sont produites au-delà des frontières nationales ont un effet profond sur la catégorie en question : les actions visant à renforcer la représentation démocratique, par le biais de solutions institutionnelles et politiques, devraient également être promues dans ces contextes. Dans ce sens, il faut encourager la formation de partis européens capables de redonner une place centrale au Parlement européen, en plaçant la question des droits sociaux, et les objectifs qui y sont liés, à côté des objectifs de politique économique.
- 48 Sur le plan interne, en revanche, les conclusions institutionnelles de la Commission Rodotà et les élaborations doctrinales menées dans son sillage devraient servir de point de départ pour suggérer au législateur des solutions utiles dans la ligne des thèses envisagées. Sur le fond, une réforme du Chapitre I, Livre II, Titre III du Code civil italien sur la propriété publique est souhaitable, visant à une classification correcte de la propriété publique, orientée vers la

Constitution. En particulier, dans le genre des biens publics, il convient de distinguer deux espèces de biens : les biens appartenant à l'État (appelés biens économique-patrimoniaux de l'État), en tant que tels utilisables par l'État à des fins économiques et pour la réalisation d'objectifs préétablis ; et les biens publics à usage public, entendus comme des biens spécifiquement destinés aux intérêts de la collectivité.

- 49 Cette dernière catégorie de biens devrait alors être valorisée pour les utilités supplémentaires liées à certains biens (comme les ressources naturelles) afin de garantir la plénitude des droits des citoyens à leur égard.
- 50 L'objectif est de protéger ces biens dans le périmètre indiqué par la Constitution et par l'État-providence et par rapport aux fonctions qu'ils assument à cet égard. En ce sens, il faut des modèles qui accordent une place centrale aux sujets de droit public, y compris par le biais de schémas typiques de la démocratie participative, ou alternativement, par la configuration d'un régime de concession dans lequel, en présence d'un État qui maintient des pouvoirs d'intervention, de contrôle et de régulation, et la fixation de tarifs adéquats, la règle de la concurrence peut être articulée, afin d'éviter l'exploitation privée dans un régime de monopole.
- 51 La priorité reste d'assurer l'accessibilité collective de ces biens, c'est-à-dire de garantir leur fonction sociale, conformément aux principes constitutionnels d'égalité et de solidarité.

NOTES

1 H. S. MAINE, *Diritto antico*, traduit et édité par V. Ferrari, Milan, Giuffrè, 1998, p. 185 sq.

2 G. SCACCIA, « Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico », *Rivista Aic*, 3, 2017, p. 4, selon lequel « Le territoire a été diversement défini entre le XIX^e et le XX^e siècle : comme *res*, extérieur à l'État et objet d'un droit réel à contenu dominical (*Eigentumstheorie*) ; comme élément constitutif et qualité immanente de l'État (*Eigenschaftstheorie*), qui se prévaudrait d'un droit absolu à caractère personnel sur lui ; comme champ d'extension et donc limite extérieure du pouvoir souverain ».

- 3 G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, II, *Storicismo e diritto privato*, Turin, Giappichelli, 1971, p. 7 sq.
- 4 A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Naples, Liguori, 1984, p. 34
- 5 Art. 832 Code civil italien. En doctrine, P. RESCIGNO, « Per uno studio della proprietà », *Riv. Dir. Civ.*, Padoue, Cedam, 1972, p. 33.
- 6 P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Turin, Giappichelli, 2016, p. 140, qui critique « la tentative de construire l'espace public comme une transcendance de la sphère privée, conçue comme le lieu de l'individualisme égoïste, au lieu de l'auto-organisation de la société qui alimente les pratiques discursives mêmes de l'espace public ».
- 7 F. NAUMANN, *Der Weg zum Volksstaat*, Berlin, 1920, p. 178 sq.
- 8 G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Rome/Bari, Laterza, 2003, p. 115 sq.
- 9 J. HABERMAS, *Cultura e critica*, Turin, Giappichelli, 1980, *passim*.
- 10 P. RIDOLA, « La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma" », *Rivista Aic*, 2, 2014, p. 20. L'auteur explique que le compromis a été trouvé entre les partisans de la gauche radicale et les successeurs des *Junkers* après la fin du Reich.
- 11 Commission des biens publics, présidée par Stefano Rodotà, instituée auprès du ministère de la Justice, par décret ministériel du 21 juin 2007, afin de rédiger une loi déléguée pour la modification des règles du Code civil en matière de biens publics.
- 12 Parmi les premiers, A. LUCARELLI, « Beni Comuni. Proprietà, gestione, diritti », *Rass. Dir. Pubbl. Europeo*, 1, 2007 ; A. LUCARELLI, « Alcune considerazioni in merito ai beni comuni tra sottocategoria giuridica e declinazione di variabile », *Nomos*, 2, 2017, spec. p. 8 sq.
- 13 Sur le sujet, si l'on veut, M. C. GIRARDI, « La funzione sociale nella proprietà pubblica. Comuni, attività regolamentare e diritto alla città », *Nomos*, 1, 2020, p. 3 sq.
- 14 *Ex multis*, Cour Cass., arrêts n. 3665 et 3811 de 2011 et n. 9580 de 2017 ; Cour const., arrêts. n. 24 de 2011, et déjà n. 29 de 1957 et n. 269 de 1986.
- 15 A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Rome/Bari, Laterza, 2017.
- 16 Pour un aperçu général de la catégorie, voir *ex multis*, S. AVANZI, *Il nuovo demanio*, Padoue, Cedam, 2000 ; I. CACCIAVILLANI, « Il nuovo demanio »,

- Rivista Amministrativa, 2008, p. 115 sq. ; V. CAPUTI JAMBRENGHI, « Beni pubblici (uso dei) (voce) », Dig. Disc. Pubbl., II, Turin, Utet, 1987, p. 304 sq. ; E. CASTORINA, G. CHIARA, *Beni pubblici – Artt. 822-830*, Milan, Giuffrè, 2008 ; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milan, Giuffrè, 1969 ; V. CERULLI IRELLI, « Uso pubblico », Enc. Dir., XLV, Milan, Giuffrè, 1992, p. 953 sq. ; G. COLOMBINI (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milan, Giuffrè, 2009 ; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Rome, Bulzoni, 1963 ; P. GROSSI, « Proprietà (dir.int.) (voce) », Enc. Dir., XXXVII, Milan, Giuffrè, 1988, p. 246 sq. ; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padoue, Cedam, 1934 ; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologne, Il Mulino, 1990 ; A. SANDULLI, « I beni pubblici », Enc. Dir., V, Milan, Giuffrè, 1959, p. 291 sq.
- 17 C. CAMMEO, « Demanio (voce) », Dig. It., IX, Turin, Utet, 1887, p. 843.
- 18 L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Turin, Fratelli Bocca, 1905, p. 321
- 19 Tous les guillemets de la phrase sont repris de M. ESPOSITO, *I fondamenti costituzionali del demanio. Basi per uno studio della disciplina legislativa dei beni pubblici*, Turin, Giappichelli, 2018, p. 40
- 20 En ce sens, M. C. GIRARDI, *La proprietà pubblica. Percorsi costituzionali nell'evoluzione della forma di stato*, Naples, Editoriale Scientifica, 2023.
- 21 Sur la dimension égalitaire et solidaire de la propriété publique en Constitution voir A. LUCARELLI, « Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale: verso i beni comuni », *Dir. E Soc.*, 3, 2016, p. 483 sq.
- 22 M. ESPOSITO, *I fondamenti costituzionali del demanio*, op. cit., p. 47.
- 23 Sur le sujet, P. GROSSI, « Proprietà (dir.int.) (voce) », art. cit., p. 246 sq.
- 24 M. ESPOSITO, *I fondamenti costituzionali del domaniaux*, op. cit., p. 99.
- 25 L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazioni e costituzioni del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Naples, Jovene, 2007. Et déjà S. RODOTÀ, « Note su proprietà e sovranità », *Pol. dir.*, 1993, p. 172 sq.
- 26 P. RIDOLA, « La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma” », *Rivista Aic*, 2, 2014, p. 7.
- 27 G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Rome/Bari, Laterza, 2010, p. 8.

- 28 Voir S. BERMAN, *Civil Society and the Collapse of the Weimar Republic*, 49, 3, 1997, p. 401 sq.
- 29 P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Turin, Giappichelli, 2016, p. 61 sq.
- 30 *Ibid.*, p. 14.
- 31 *Ibid.*, p. 39.
- 32 G. BISOGNI, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- 33 P. RIDOLA, « La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma” », *op. cit.*, p. 1.
- 34 P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, *op. cit.*, p. 46.
- 35 P. RESCIGNO, « Proprietà (dir. priv.) », *Enc. Dir.*, XXXVI, Milan, Giuffrè, 1988, p. 255 sq.
- 36 M. QUARCK, H. SINZHEIMER, Antrag nr. 89, *Verhandlungen Der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Berlin, 1920, p. 174 sq.
- 37 Sur le sujet, A. LUCARELLI, « Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia », *Dir. Pubbl. Eur. Rassegna Online*, 1, 2019, p. 12 sq. ; C. ALLASINO, « L'ordoliberalismo o economia sociale di mercato. Un modello alternativo di capitalismo? », *Treccani Online*, 19 octobre 2020.
- 38 P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, *op. cit.*, p. 49.
- 39 T. E. FROSINI, « Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar », *Il Politico*, 61, 1, p. 95 sq.
- 40 H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, traduit et édité par C. Amirante, Milan, Giuffrè, 1987, p. 55
- 41 M. S. GIANNINI, « Basi costituzionali della proprietà privata », *Pol. Dir.*, 4-5, 1971, p. 463.
- 42 A. SOMMA, « Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi », in F. MACARIO, N. M. MILETTI (éd.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Rome, Roma Tre Press, 2017, p. 189.
- 43 A. LUCARELLI (dir), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Naples, Editoriale Scientifica, 2023.
- 44 R. MELE, « L'ordoliberalismo e il liberalismo austriaco di fronte al pensiero giuridico moderno. Un contributo giusfilosofico », *i-lex*, 21, 2014, p. 106.

- 45 F. A. VON HAYEK, *Law, legislation and liberalism. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Londres, The University of Chicago Press, 1982 ; D. J. GERBER, *Law and competition in Twentieth century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; W. EUCKEN, « Sul duplice compito dell'economia dal punto di vista della politica economica », in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, p. 97 sq.
- 46 A. SOMMA, *op. cit.*, p. 192.
- 47 A. CARRINO, *Weimar. Critica di una Costituzione*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2020.
- 48 W. RÖPKE, « Epochenwende? », in W. RÖPKE (éd.), *Wirrnis und Wahrheit*, Erlenbach/Zürich/Stuttgart, Verlag, 1962, p. 113.
- 49 A. LUCARELLI, « Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia », *Dir. Pubbl. Eur. Rass. Online*, 1, 2019, p. 15.
- 50 A. SOMMA, *op. cit.*, p. 194.
- 51 Loi 9 décembre 1998, n. 431, « Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo ».
- 52 M. R. MARELLA, « La funzione sociale oltre la proprietà », *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2013, p. 542.
- 53 C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Rome/Bari, Laterza, 2009, p. 59 sq. ; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Naples, Editoriale Scientifica, p. 48 sq.
- 54 A. LUCARELLI, « Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni », *Quale Stato*, 1, 2007, p. 3 sq. ; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Rome/Bari, Laterza, 2011, p. 53 sq.
- 55 A. LUCARELLI, « Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto », in A. APOSTOLI, M. GORLANI (éd.), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto. Atti del Convegno di Brescia 24 novembre 2017*, Naples, Editoriale Scientifica, 2018, p. 123 sq.
- 56 A. IANNARELLI, « Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni », in F. MACARIO, M. N. MILETTI (éd.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, *op. cit.*, p. 62.

RÉSUMÉS

Français

L'article analyse, dans une perspective constitutionnaliste, la propriété publique dans le cadre de l'évolution des formes d'État en Italie, à partir de l'étude de catégorie dans la Constitution de la République de Weimar. L'analyse met en évidence comment, malgré l'émergence de revendications collectives depuis la Constitution de Weimar, il existe encore des difficultés persistantes pour que la propriété publique s'adapte à la forme d'État-providence et aux revendications démocratiques. En particulier, la réglementation italienne des biens publics est inadéquate à promouvoir leur fonction sociale. À cette fin, certaines solutions pratiques sont proposées pour la valorisation des biens publics, visant à favoriser l'accessibilité collective à ces biens, conformément aux principes constitutionnels d'égalité et de solidarité.

English

From a constitutionalist perspective, the article analyses public property in the evolution of State forms in Italy, starting with studying the institution in the Constitution of the Weimar Republic. The paper highlights how, despite the emergence of collective demands since the Weimar Constitution, there are still persistent difficulties for the category to adapt to the form of welfare state and democratic demands. In particular, the Italian regulation of public goods is inadequate to promote their social function. To this purpose, certain application solutions are proposed to valorise public goods, aimed at promoting collective accessibility to these goods, following the constitutional principles of equality and solidarity.

INDEX

Mots-clés

propriété publique, fonction sociale, forme d'État, République de Weimar, égalité

Keywords

public property, social function, State forms, Weimar Republic, equality

AUTEUR

Maria Chiara Girardi

Maria Chiara Girardi est chercheuse en droit constitutionnel à la Faculté de Droit de l'Université Federico II de Naples

IDREF : <https://www.idref.fr/281030707>

La valorisation du domaine public en Belgique

Aurélien Vandeburie et Noémie Gofflot

DOI : 10.35562/droit-public-compare.471

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. La définition incertaine des biens du domaine public
2. Les conditions d'octroi des droits d'usage sur le domaine public et leurs faiblesses
 - 2.1. Le régime des occupations privatives du domaine public
 - 2.2. Les faiblesses des droits d'occupation privative du domaine public
- Conclusion

TEXTE

- 1 Cela correspond à l'un des impératifs de notre temps, les personnes publiques doivent mettre en valeur les biens de leur patrimoine dans l'intérêt de tous, au moyen d'une gestion rentable et efficace. Pour ce faire, il n'est pas rare que l'administration s'attache le concours d'un ou de plusieurs opérateurs privés. La forme que peut revêtir la participation privée et ses modalités diffèrent cependant selon le bien public concerné. Le régime des biens publics belge s'articule autour de la distinction entre les biens du domaine privé et les biens du domaine public¹. Cette *summa divisio*, héritée de la pensée juridique française du ^{xix}^e siècle², est solidement ancrée en droit positif. La distinction est d'importance, car s'il est traditionnellement affirmé que les biens du domaine privé de l'administration demeurent, par principe, soumis au droit commun des biens, les dépendances du domaine public relèvent d'un régime juridique exorbitant, que l'on désigne communément sous le nom de domanialité publique. Le régime de la domanialité ne constitue pas un régime spécial de propriété, mais un régime de protection d'une affectation. Il s'en déduit qu'un bien qui relève du domaine public

continue à appartenir à son propriétaire, qui dispose sur sa chose d'un droit de propriété régi par le Code civil. La domanialité publique se superpose à cette propriété afin de protéger le maintien et la poursuite du but fixé par l'affectation spéciale du bien, à l'encontre des tiers tout comme à l'encontre de l'administration³. Pour y parvenir, les biens du domaine public sont placés hors commerce, ce qui se traduit par leur inaliénabilité, leur imprescriptibilité et leur insaisissabilité de principe. C'est dire l'enjeu qui s'attache à cette qualification juridique... et à la foule de questions qu'elle suscite. Parmi les controverses entourant la consistance du domaine public, la plus remarquable, et la seule qui retiendra ici notre attention, est celle qui concerne l'objet de l'affectation déclenchant le régime de la domanialité. Dans la première partie de notre contribution, nous retracerons les développements les plus significatifs intervenus sur ce point. Nous exposerons la jurisprudence classique de la Cour de cassation – cantonnée au critère de l'affectation à l'usage de tous –, et son évolution (incertaine) vers l'adjonction d'un nouveau critère d'incorporation au domaine public – celui de l'affectation à un service public –, avant d'évoquer l'occasion manquée du législateur de mettre un terme à ces discussions à l'occasion de la réforme du droit des biens de 2020⁴. Une fois esquissés les contours flous des biens du domaine public, dans la seconde partie de notre contribution, nous proposons d'envisager plus concrètement leur valorisation par l'octroi de droits d'usage à des personnes privées. C'est, à nouveau, à la Cour de cassation que l'on doit d'avoir balisé le régime des occupations privatives. D'après la haute juridiction, celles-ci doivent être compatibles avec l'usage public du bien et ne pas porter atteinte au droit de l'administration de régler cet usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité. Cette fois, la réforme du droit des biens a fait œuvre utile. Elle s'est emparée de la problématique dans la perspective de consolider les acquis jurisprudentiels. Il est désormais légalement inscrit que le domaine public peut, à certaines conditions, être grevé de droits au profit de personnes privées. Reste encore à savoir si ces droits satisfont les besoins de la pratique. Nous pointerons l'une ou l'autre de leurs faiblesses, nuisant à leur attractivité auprès des investisseurs.

1. La définition incertaine des biens du domaine public

- 2 Quoique le droit domanial belge ait continué à entretenir un lien étroit avec le Code civil, le lecteur n'y trouvera que peu d'indices sur la composition du domaine public. À la vérité, il n'est pas tout à fait certain que la lecture de la jurisprudence l'éclaire davantage. La définition des biens du domaine est une véritable bouteille à encre⁵, que les décisions des cours suprêmes n'ont pas contribué à épuiser. Pour introduire les controverses qui ont partagé la doctrine et la jurisprudence, on partira d'une définition qui, si elle doit être précisée et nuancée, a pour elle le mérite de la simplicité : les biens du domaine public s'entendent des biens qui appartiennent à une personne morale de droit public et qui sont affectés à un besoin public particulier. En droit belge, les débats se sont principalement noués autour du critère d'affectation.
- 3 L'affectation est le noyau dur du régime de la domanialité ; elle est tout à la fois l'objet de sa protection, la condition de son déclenchement et son instrument de mesure. L'incertitude persiste pourtant quant à l'objet de cette affectation. Pendant longtemps, la jurisprudence de la Cour de cassation belge a été fixée en ce sens qu'un bien appartient au domaine public en raison du fait que, par une décision explicite ou implicite de l'autorité, il est destiné à l'usage de tous, sans distinction entre les personnes⁶. Tel est, par exemple, le cas de la voirie ou d'un parc public, lesquels sont ouverts à un nombre indéterminé d'usagers non individualisés. Ce critère de l'affectation à l'usage de tous ne satisfaisait pas la majeure partie de la doctrine, qui était d'avis que ce critère, trop restrictif, avait pour effet d'exclure du champ de la domanialité des biens pourtant dignes de sa protection. Les auteurs, suivis par le Conseil d'État⁷, plaidaient pour une extension de la domanialité à certains biens par le biais desquels les services publics s'exercent. À certains de ces biens seulement : il faudrait, selon la majorité de la doctrine⁸, se garder d'englober dans le domaine public tous les biens affectés à un service public, sous peine de méconnaître le caractère exceptionnel de ce régime. Si l'on s'accorde généralement pour exiger que, pour bénéficier du régime de la domanialité, le bien affecté à un service public doive présenter

certaines caractéristiques particulières, les avis divergent lorsqu'il s'agit de déterminer lesdites caractéristiques. Plusieurs formules sont proposées au titre de correctif du critère de l'affectation à un service public. On peut ainsi citer, en vrac, « les biens affectés à un service public et spécialement aménagés à cet effet », « les biens qui, par leur nature ou leur aménagement sont indispensables au fonctionnement du service public », ou encore ceux qui « sont, par nature ou par des aménagements spéciaux, adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier du service considéré ». Cette conception plus large des biens du domaine public avait été reçue de plus en plus fréquemment par les juges du fond.

- 4 Tel était, en bref, l'état du droit belge avant l'arrêt du 15 mars 2018⁹ de la Cour de cassation. Dans cet arrêt, la première chambre néerlandophone de la Cour a décidé que « [u]n bien appartient au domaine public lorsque, par une décision expresse ou tacite de l'autorité compétente, il est affecté à l'usage de tous *ou à un service public* ». Faut-il comprendre de ce considérant que la Cour admet désormais deux critères d'appartenance au domaine public, celui – traditionnel – de l'affectation à l'usage de tous et celui – inédit – de l'affectation à un service public ? Le doute est permis. Sans dissenter à l'infini, on relèvera, à la suite de Jürgen De Staercke¹⁰, que le pourvoi en cassation ne remettait pas en cause la définition du domaine public adoptée par l'arrêt attaqué, mais soulevait la question de la possibilité de grever un bien du domaine public d'un droit d'emphytéose que la Cour résout par ailleurs en se référant aux seuls « bien[s] du domaine public affecté[s] à l'usage de tous ». Dans ces conditions, la nouvelle définition des biens du domaine énoncée par la Cour revêt l'apparence d'un *obiter dictum* plutôt que d'un soutènement nécessaire à sa décision de rejeter le pourvoi. Il n'en reste pas moins que la doctrine majoritaire¹¹ a vu dans cet arrêt le revirement de jurisprudence tant attendu, par lequel le critère de l'affectation à un service public rejoint le critère de l'affectation à l'usage de tous au rang des critères d'appartenance au domaine. Faut-il comprendre que le bien affecté à un service public ne doit pas présenter des caractéristiques particulières ? Certains l'affirment, d'autres, plus réservés, estiment que cet arrêt laisse augurer des ajustements ultérieurs. Un arrêt du 10 septembre 2020¹², rendu par la première chambre francophone de la Cour de cassation

cette fois, vient encore ajouter à la confusion existante. La Cour de cassation décide que « [l]es biens du domaine public des personnes morales de droit public et ceux de leur domaine privé qui sont affectés à un service public ou d'intérêt général ne sont, de leur nature, pas susceptibles d'être soumis à l'impôt ». La doctrine est partagée quant à y voir un pas en arrière ou la confirmation que le critère d'affectation à un service public est appelé à connaître des ajustements dans la jurisprudence de la Cour¹³. Cette décision peut en effet, selon les sensibilités, être lue comme rangeant les biens affectés à un service public dans le domaine privé – et, partant, comme un retour au seul critère de l'affectation l'usage de tous pour définir le domaine public¹⁴ – ou être interprétée comme confirmant que tous les biens affectés à un service public ne relèvent pas du domaine public. En ce sens, on peut citer Dorothy Gruyaert et Laura Neven, pour qui cet arrêt corrobore leur idée selon laquelle « l'affectation d'un bien à un service public n'entraîne pas automatiquement l'application du régime de la domanialité publique, en l'absence d'adaptation spéciale du bien à ce service¹⁵ ».

- 5 Dans le contexte d'une vaste réforme du droit civil belge initiée sous le gouvernement Michel, sous l'impulsion du ministre de la Justice Koen Geens, une Commission de réforme du droit des biens fut établie à la fin de l'année 2017¹⁶. Cette commission, présidée par les Professeurs Pascale Lecocq (ULiège) et Vincent Sagaert (KU Leuven), se donna notamment pour objectifs de moderniser le droit des biens et de lui imprimer plus de lisibilité et de flexibilité¹⁷. Au sein de son document – déposé initialement à la Chambre des représentants sous la forme d'un projet de loi le 31 octobre 2018¹⁸, redéposé à l'identique sous la forme d'une proposition parlementaire le 16 juillet 2019¹⁹ en vue d'un relevé de caducité sous la nouvelle législature²⁰ –, on découvre un article 3.59 qui débute par ces termes : « [l]es biens qui sont affectés explicitement ou implicitement soit à l'usage de tous, soit à un service public, constituent le domaine public ». Les travaux préparatoires révèlent que cette définition des biens du domaine public, directement inspirée de l'arrêt du 15 mars 2018 de la Cour de cassation²¹, a été libellée largement « afin de fusionner en quelque sorte doctrine et jurisprudence sur cette question » et de laisser toute latitude à la doctrine et à la jurisprudence de « concrétiser ou même restreindre » celle-ci²². Il faut dire qu'au cours de la

consultation publique, de nombreuses voix s'étaient élevées pour dire qu'il revenait au droit administratif, et non au droit privé des biens, de déterminer quels biens relèvent du domaine public de l'administration²³. La définition proposée n'a néanmoins pas échappé aux critiques. Elles émanaient principalement de l'Ordre des barreaux néerlandophones de Belgique (*Orde van Vlaamse Balies*). En substance, ce dernier recommandait l'abandon pur et simple de cette définition imprécise, qui aurait créé plus de problèmes qu'elle n'en aurait réglés²⁴. Cela fut chose faite : à la faveur d'un amendement parlementaire²⁵, la définition du domaine public est supprimée. En bout de course, l'alinéa 1^{er} de l'article 3.45²⁶ inséré dans le Code civil par la loi du 4 février 2020 se borne à affirmer que les « biens publics appartiennent au domaine privé, sauf s'ils sont affectés au domaine public », consacrant par-là le caractère exceptionnel de ce régime²⁷. Ainsi, si la réforme du droit des biens se montre décisive lorsqu'elle réglemente les droits d'usage réels et personnels qui peuvent être concédés sur le domaine public, elle n'a en revanche aucunement contribué à dissiper l'imbroglio du critère d'incorporation des biens au domaine²⁸.

- 6 On terminera sur ce point par quelques propos de nature à relativiser la portée de ces discussions. Sans nier l'importance de pouvoir identifier avec précision les biens qui relèvent du domaine public et ceux qui ressortent du domaine privé, on remarquera que, par le biais du critère de l'affectation à l'usage de tous sans distinction entre les personnes, la Cour de cassation a déjà admis que des biens pourtant affectés à un service public fassent partie du domaine public, dès lors qu'ils étaient également affectés à l'usage de tous. En est-il ainsi des voies ferrées et de leurs dépendances que la Cour range dans le domaine public, au motif qu'ils seraient affectés à l'usage de tous²⁹. De la même manière, la Cour classe les objets et collections des musées publics comme les bâtiments qui les abritent parmi les biens du domaine public³⁰, alors même que ces biens paraissent davantage être rendus accessibles au public en raison du « service public culturel » pour lesquels ils sont mobilisés. Il semble s'en déduire que malgré l'existence de certains arrêts qui exigent un usage direct et/ou immédiat par le public³¹, le critère de l'affectation à l'usage de tous pourrait être interprété largement et comprendre également les biens affectés à un service public dès lors qu'ils peuvent être utilisés

par chacun en qualité d'usager de ce service³², à l'inverse de l'opinion généralement retenue en France à ce propos³³. On constatera, enfin, que la Cour de cassation n'a, dans certains cas, pu qualifier certaines choses de biens du domaine public qu'en recourant au procédé, décrié³⁴, de la fiction, ces choses n'étant pas, quoiqu'elle en dise, véritablement affectées à l'usage de tous. Certains arrêts de la cour suprême énoncent ainsi que font également partie du domaine public des biens qui en dépit d'une destination publique discutable pourtant reconnue par la Cour, – comme les gares ferroviaires à l'égard des voies du chemin de fer –, sont nécessaires à l'exploitation³⁵, à l'utilisation, ou à la conservation d'un bien faisant partie du domaine public, ou en constituent l'accessoire³⁶, comme les tableaux placés dans les églises³⁷ ou les arbres plantés sur une voirie³⁸⁻³⁹.

2. Les conditions d'octroi des droits d'usage sur le domaine public et leurs faiblesses

2.1. Le régime des occupations privatives du domaine public

- 7 Puisqu'ils sont destinés à une destination collective, les biens du domaine public sont traditionnellement étiquetés comme étant « hors commerce ». Leur extra-commercialité n'est cependant pas synonyme d'indisponibilité complète. Pour reprendre l'élégante formule de Henri De Page et René Dekkers, « les droits du public n'excluent pas ceux des particuliers ; mais ils les dominent, de telle sorte qu'ils étouffent les prétentions des particuliers qui seraient incompatibles avec celles du public. [Ils] laissent le champ libre aux autres⁴⁰ ». Dit plus prosaïquement, une occupation privative d'une portion du domaine public, qui la dérobe à l'utilisation collective à laquelle elle est destinée⁴¹, est admissible lorsqu'elle est compatible avec l'obligation de l'administration d'assurer l'usage dicté par l'affectation. Quant au véhicule juridique utilisé, de longue date, on admet qu'une occupation privative du domaine puisse être octroyée par le truchement d'une autorisation ou d'une

concession domaniale⁴². Ces droits, qui relèvent du droit administratif, sont, par essence, précaires et révocables *ad nutum*⁴³. L'administration peut les modifier ou y mettre un terme à tout instant, moyennant néanmoins, en règle, une indemnisation lorsqu'il s'agit d'une concession. Dans ces conditions, on conçoit aisément que ces titres d'occupation n'entravent pas l'obligation de l'administration⁴⁴ d'assurer l'usage public auquel il est destiné. Était en revanche plus douteuse la possibilité de grever le domaine public de droits d'usage réels ou personnels issus du droit privé. En ce cas, il faut en effet s'accommoder des rigueurs de la forme juridique que l'occupation privative épouse ; l'administration ne peut en particulier se départir des dispositions impératives et d'ordre public qui gouvernent le droit d'usage concédé ou méconnaître l'essence de ce droit. Ainsi, la Cour de cassation a toujours exclu que le domaine public soit donné en location⁴⁵. Cela tombe sous le sens si on se rappelle que la durée et la fin des contrats de bail commercial, de bail à ferme ou de bail de résidence principale⁴⁶ sont strictement encadrées par la loi et que l'administration n'a dès lors pas les coudées franches pour modifier ces droits. En ce qui concerne les droits réels, il a parfois été soutenu que le fondement même de la domanialité publique s'opposait à ce que l'administration confère des droits réels sur les biens qui en relèvent⁴⁷. Ce n'est pas l'opinion actuelle de la Cour de cassation belge. Depuis la deuxième moitié du xx^e siècle, la haute juridiction a, au fur et à mesure des espèces qui lui ont été soumises, reconnu que, à certaines conditions, un droit réel puisse porter sur le domaine public. Le droit de servitude a fait office de pionnier. Le 6 décembre 1957⁴⁸, le 11 septembre 1964⁴⁹, puis le 27 septembre 1990⁵⁰, la Cour de cassation a décidé qu'une servitude peut être établie sur un bien appartenant au domaine public, « à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec la destination publique de ce domaine, ne fasse pas obstacle à son usage public et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler cet usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité ». Sans doute la servitude était-elle le droit réel qui se prêtait le mieux à une telle évolution : s'agissant d'un droit réel de jouissance spéciale⁵¹, le plus souvent non exclusive, son impact sur l'utilisation collective des biens du domaine est assurément moindre que celui qu'engendrerait un droit réel de jouissance exclusive, tel que le droit d'usufruit, le droit d'emphytéose ou le droit de superficie.

D'aucuns ont d'ailleurs douté que la jurisprudence de la Cour sur les servitudes puisse leur être transposée. On doit à l'arrêt du 18 mai 2007⁵² d'avoir levé les doutes à ce sujet. Aux termes de cette décision, « dans la mesure où un droit privé de superficie ne fait pas obstacle à la destination [du bien à l'usage de tous], il peut être établi sur un bien du domaine public ».

- 8 Aussi, a fini par s'imposer l'idée que les droits d'usage privés, qu'il s'agisse de droits réels ou personnels, de jouissance spéciale ou exclusive, peuvent porter sur un bien du domaine public, pour autant qu'ils n'entravent pas sa destination publique et qu'ils ne portent pas atteinte au droit de l'autorité de les réglementer comme elle l'entend. L'octroi de ces droits est donc soumis à un double contrôle, à l'aune du critère de la compatibilité et du critère de la précarité. Si l'assertion est simple, sa mise en œuvre concrète n'est pas toujours aisée. En particulier une question échauffe les esprits : le droit d'emphytéose – qui est un incontournable de la pratique immobilière belge⁵³ – peut-il porter sur un bien du domaine public ? Pour comprendre la controverse, un bref mot sur les caractéristiques essentielles de l'emphytéose s'impose. L'emphytéose est définie par l'article 3.167 du Code civil comme « le droit réel d'usage conférant un plein usage et une pleine jouissance d'un immeuble par nature ou par incorporation appartenant à autrui ». L'emphytéote dispose de larges prérogatives sur l'immeuble grevé : il peut en jouir à sa guise, même en modifier la destination, pour autant qu'il n'en diminue pas la valeur. L'article 3.169 du Code fixe une durée maximale, de nonante-neuf ans, mais aussi, et c'est une particularité du droit d'emphytéose⁵⁴, une durée minimale de quinze ans⁵⁵. C'est précisément ici que le bât blesse : des termes mêmes de l'article 3.169, les parties au contrat constitutif ne peuvent déroger à cette durée minimale. Selon la doctrine dominante⁵⁶, à laquelle nous nous rallions, l'article 3.169 entre en conflit avec l'exigence de précarité, dans la mesure où il fait obstacle à l'insertion d'une clause autorisant l'administration à mettre unilatéralement un terme à l'emphytéose au cours des quinze premières années⁵⁷. La discussion a été ravivée par l'arrêt, déjà évoqué, du 15 mars 2018⁵⁸ de la Cour de cassation. Cet arrêt énonce qu'« une commune peut, par le truchement d'une agence autonome externe [constituée conformément au] décret du 15 juillet 2005⁵⁹ [...] grever d'un droit

d'emphytéose un bien du domaine public destiné à l'usage de tous, pour autant que cela ne porte pas atteinte à son droit de réglementer cet usage à tout moment ». Une lecture hâtive de ce considérant pourrait amener à croire que la Cour a proclamé la compatibilité du droit d'emphytéose avec la condition de précarité. La première impression n'est cependant pas la bonne. À notre avis, l'interprétation proposée par Samuel De Winter⁶⁰ doit être préférée : la Cour se borne à affirmer *in abstracto* que l'administration pourrait concéder un droit d'emphytéose sur son domaine public, à la condition, appréciée *in concreto*, que ce droit n'empêche pas de le modifier ou d'y mettre fin si les nécessités de l'intérêt général le commandent. Cette décision du 15 mars 2018 laisse donc, à notre avis, intactes les discussions existantes puisque, sauf circonstances exceptionnelles ou dérogation légale, un droit d'emphytéose n'est pas, *per se*, précaire.

- 9 À l'occasion de la réforme du droit des biens, le législateur a entendu couler en force de loi l'indisponibilité relative du domaine public. L'article 3.45, alinéa 2, du Code civil porte que « [l]es biens du domaine public ne sont pas susceptibles de prescription acquisitive par une autre personne privée ou publique et ne peuvent faire l'objet d'une accession en faveur de toute autre personne privée ou publique ou de tout autre mode originaire d'acquisition », mais qu'il peut toutefois « exister un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle ». Sont ici exprimées, d'une part, l'interdiction (absolue) d'acquérir la propriété d'un bien du domaine public par l'effet d'un mode originaire d'acquisition des droits réels et, d'autre part, la possibilité d'obtenir, que ce soit par le biais d'un mode originaire⁶¹ ou d'un mode dérivé, un droit réel ou personnel d'usage, « dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle ». Les travaux préparatoires suggèrent que les quelques mots précités entérinent les deux conditions habituelles de compatibilité et de précarité des occupations privatives⁶², bien que, à proprement parler, l'absence d'obstacle renvoie, au premier chef, à la compatibilité avec l'usage public du bien. Dans une tentative de concilier le texte de loi avec l'intention de ses auteurs, on peut également y voir une allusion toute indirecte à l'ancienne condition prétorienne de la précarité⁶³. En effet, l'économie du régime de la

domanialité publique ne s'oppose-t-elle pas à ce que la comptabilité du droit d'usage avec l'affectation domaniale fasse uniquement l'objet d'un contrôle, ponctuel et statique, au moment de l'octroi du droit d'usage ? N'exige-t-elle pas que l'administration soit en mesure de vérifier à tout instant cette compatibilité et, le cas échéant, de remettre en cause les droits concédés ?

2.2. Les faiblesses des droits d'occupation privative du domaine public

- 10 Au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, consacrée, à tout le moins dans son esprit, à l'article 3.45 du Code civil, on serait tenté de croire qu'en Belgique, l'administration dispose d'un arsenal juridique (presque) complet, apte à rentabiliser son domaine public. Il n'en est rien. Si cette jurisprudence constitue incontestablement un pas vers une meilleure valorisation du domaine, il reste encore du chemin pour répondre de manière satisfaisante aux besoins de la pratique. La problématique de l'adéquation des rigueurs du régime de la domanialité publique avec les réalités économiques s'adresse à l'administration gestionnaire avec une acuité particulière maintenant que le domaine apparaît comme un véritable bien économique, qu'il convient de mettre en valeur dans l'intérêt commun⁶⁴. La participation d'acteurs privés peut en outre s'avérer souhaitable pour accroître l'utilité collective⁶⁵ ou pour réaliser et financer des équipements d'intérêt collectif, tels que des infrastructures médicales, scolaires ou sportives, des dispositifs de traitement des eaux usées ou de gestion des déchets. Dans une optique de rentabilisation économique, les titres d'occupation du domaine public présentent deux faiblesses majeures : leur précarité et, en ce qui concerne les titres administratifs, leur inaccessibilité.
- 11 Premièrement, on l'a dit, l'autorité publique est en droit de révoquer ou de résilier les droits concédés sur le domaine public à tout moment. Certes, elle ne peut exercer ce pouvoir de manière arbitraire et sans égard pour les droits et les libertés fondamentales de l'occupant à titre privatif du domaine public. On songe tout spécialement au droit au respect de ses biens, protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. L'existence d'attentes légitimes dans son chef,

l'absence de contrepartie pécuniaire, la gravité du préjudice subi, une attitude ambiguë de l'administration sont autant d'éléments susceptibles de caractériser une ingérence disproportionnée au droit de propriété de l'occupant⁶⁶. Certes encore, la légalité interne et externe des actes de révocation ou de résiliation des droits d'occupation est susceptible d'être contrôlée par le juge judiciaire ou administratif, selon le cas⁶⁷. Saisi de la contestation de l'occupant domanial, le juge pourrait sanctionner, entre autres vices de légalité, une illégalité relative aux motifs de droit ou de fait ou un détournement de pouvoirs⁶⁸. C'est un trait de l'action de l'administration dans son ensemble, elle doit poursuivre la satisfaction de l'intérêt général⁶⁹. L'acte individuel de révocation ou de résiliation d'un droit d'occupation domaniale n'échappe pas à la règle : il doit reposer sur des motifs d'intérêt général⁷⁰, clairs, exacts et pertinents, qui doivent, en principe, figurer dans le corps de sa décision⁷¹. Il n'en reste pas moins que le pouvoir de l'administration de mettre fin aux titres d'occupation est discrétionnaire et met à mal la sécurité et la stabilité juridiques recherchées par les candidats à l'investissement et les bailleurs de fonds.

- 12 Deuxièmement, l'incessibilité de principe des titres administratifs d'occupation du domaine participe également à freiner les initiatives privées. Cela dérive de la circonstance que, sauf dérogation légale, ces droits sont octroyés *intuitu personae*. L'autorisation et la concession sont personnelles à l'occupant, qui ne pourrait en transférer le bénéfice sans y être autorisé par l'administration. Leur cessibilité s'avère pourtant indispensable à la constitution de sûretés réelles ou à la mise en place de montages complexes (*leasing*, par exemple)⁷². C'est le cas de l'hypothèque qui retiendra notre attention, s'agissant, le plus souvent, d'une formalité indispensable au financement des équipements à réaliser par l'occupant. Les dépendances du domaine public, en tant que telles, ne peuvent être mises en hypothèque. Cela résulte de l'article 45, 1^o, de la loi hypothécaire, qui dispose que seuls les biens dans le commerce sont susceptibles d'être hypothéqués. Du reste, l'utilité d'une telle hypothèque serait limitée – si pas nulle –, dès lors que le créancier hypothécaire ne pourrait poursuivre la vente forcée d'un bien du domaine, qui demeure inaliénable jusqu'à sa désaffectation⁷³. En

revanche, sous l'ancien Code civil, une fraction notable de la doctrine a défendu qu'une hypothèque pourrait grever les ouvrages élevés par le bénéficiaire d'une autorisation ou d'une concession domaniale⁷⁴, dont ce dernier est propriétaire par superficie-conséquence, sous réserve de l'accord du pouvoir concédant. Dans la pratique, même en l'absence de disposition légale l'autorisant expressément, il n'était d'ailleurs pas rare qu'un concessionnaire propose les immeubles à bâtir⁷⁵ en garantie de l'emprunt contracté à cet effet. Le bien-fondé de ce procédé a été remis en cause par certains civilistes, pour des raisons tenant notamment au lien de dépendance qu'entretient le droit de superficie-conséquence avec le droit d'usage dont il découle. Vincent Sagaert était de ceux-là⁷⁶. Selon lui, l'occupant d'un immeuble ne pourrait hypothéquer les ouvrages qu'il a érigés sans hypothéquer le droit principal d'usage qui s'y rapporte, sous peine de méconnaître le caractère accessoire du droit de superficie-conséquence ; en décider autrement conduirait en outre à attribuer une propriété temporaire et accessoire qui ne serait justifiée par aucun droit sous-jacent. C'est cette vision qui l'a emporté lors de l'adoption du Livre 3 du Code civil. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 3.182, « le droit de superficie-conséquence et la propriété des ouvrages et plantations en découlant ne peuvent être cédés, saisis ou hypothéqués isolément du droit dont ils découlent ». Ce parti pris de la réforme du droit des biens ne suscite pas de difficulté lorsque le droit de superficie-conséquence découle d'un droit réel d'usufruit, de superficie ou d'emphytéose⁷⁷, lesquels sont des droits hypothécables en application de l'article 45, 2°, de la loi hypothécaire. Elle pose par contre de sérieux problèmes lorsque la superficie-conséquence est l'accessoire d'un droit de concession, qui n'est, sauf disposition légale contraire, pas susceptible d'être hypothéqué⁷⁸. L'encre de la loi du 4 février 2020 était à peine sèche que le texte de l'article 3.182 du Code civil était déjà amendé. Une loi du 12 juillet 2021⁷⁹ insère un nouvel alinéa 3 à l'article 3.182, qui porte que l'interdiction de « l'alinéa 2 ne s'applique pas en ce qui concerne la saisie et l'hypothèque⁸⁰ lorsque le droit de superficie-conséquence découle d'un droit d'usage administratif ». Les travaux parlementaires confirment, si besoin en était, que la volonté du législateur était de sauvegarder la pratique des concessionnaires de grever les ouvrages réalisés ou à réaliser par eux d'une hypothèque en garantie des

financements des ouvrages d'infrastructure, « pratique bien établie [qui] ne crée dans l'effet aucune difficulté ⁸¹ ». Voici donc résolue la question de la légalité des hypothèques sur les biens bâtis ou à bâtir par un concessionnaire sur le domaine public. Mais on ne s'y trompera pas : ces sûretés – comme celles qui reposent sur un droit réel d'usufruit, d'emphytéose ou de superficie sur le domaine public d'ailleurs – sont loin d'offrir au créancier la même sécurité qu'une hypothèque « classique ». Elles suivent le sort du droit, précaire, de l'occupant et sont par conséquent tributaires des décisions de l'administration quant à l'usage de son domaine. L'hypothèque ne survivra à la disparition du droit d'occupation qui la sous-tend que si elle peut se reporter, par subrogation, sur une indemnité payée à l'occupant par l'administration en contrepartie de la fin anticipée de son droit ⁸².

Conclusion

- 13 En Belgique, le domaine public est une institution séculaire, mais aussi un sujet permanent d'interrogations. Nous avons abordé deux d'entre elles. La première portait sur l'identification du critère d'incorporation au domaine : quelle affectation déclenche le régime de la domanialité ? On a vu que la doctrine et jurisprudence sont partagées quant à admettre, aux côtés du critère de l'affectation à l'usage de tous sans distinction entre les personnes, le critère de l'affectation à un service public. Synthétiser les différentes conceptions qui s'affrontent à ce sujet est un exercice laborieux. Nous sommes toutefois d'avis qu'une contribution sur la domanialité publique belge ne pourrait en faire l'économie, tant la question est récurrente, mais aussi fondamentale puisqu'elle touche à la définition même du domaine public. Notre choix de traiter cette problématique dans sa globalité a évidemment supposé que nous en passions d'autres sous silence. Afin de ne pas les occulter complètement, on mentionnera que d'autres éléments de définition du domaine public sont sujets à controverses, et en particulier la condition d'appropriation publique ⁸³ et l'exigence de réalisation de l'affectation ⁸⁴. La seconde question que nous avons abordée concernait les possibilités de valoriser le domaine public par l'octroi de droits d'usage à des personnes privées. Après avoir retracé les évolutions jurisprudentielles sur ce point, nous avons mis en lumière

que les opérations prenant place sur le domaine présentent un degré d'aléa supplémentaire en raison de la précarité inhérente aux droits de l'occupant. Cela refroidit inévitablement les investissements privés, ce qui est d'autant plus regrettable que le domaine public est devenu une véritable ressource, que son gestionnaire doit rentabiliser dans l'intérêt collectif.

NOTES

- 1 Pour la suite, les termes « domaine » et « domaine public » seront tenus pour équivalents.
- 2 Pour une étude des origines historiques de la domanialité publique, voy. A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique. Essai de systématisation et d'optimalisation du droit domanial*, Bruges, la Charte, 2013, p. 293 sq., n^{os} 229 sq. ; J. DE STAERCKE, « De finaliteit en totstandkoming van het openbaar domein », in *Openbaar domein*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 1-22.
- 3 Voy. notamment M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 1027, n^o 413.
- 4 Opérée par la loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, entrée en vigueur, dans la majorité de ses dispositions, le 1^{er} septembre 2021.
- 5 Voy. A. VANDEBURIE, « Définir le domaine public, permettre sa valorisation : une entreprise impossible ? », R.C.J.B., 2012, p. 473-500.
- 6 Voy. réc. Cass., 18 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 934 ; *JurimPratique*, 2014, p. 9, note A. VANDEBURIE ; N.J.W., 2007, p. 652, note W. RASSCHAERT ; C.D.P.K., 2008, p. 219, note J. DE STAERCKE ; R.C.J.B., 2012, p. 466, note A. VANDEBURIE ; *Rev. not. b.*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE ; R.W., 2007-08, p. 736, note V. SAGAERT.
- 7 Voy. notamment C.E., 2 avril 2010, n^o 202736, *Ville de Dinant*.
- 8 Voy. M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 1030 ; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, 1978, p. 371 ; D. LAGASSE, *Droit de la voirie. Droit de la domanialité publique*, Bruxelles, Larcier, coll. « Répertoire Pratique du Droit Belge », 2019, p. 13-35, spéc. p. 30.
- 9 Voy. Cass., 15 mars 2018, A.P.T., 2018, p. 551 ; *Fiscologue*, 2018, p. 11 ; T.B.O., 2019, p. 305, note S. DE WINTER ; T. *Gem.*, 2019, p. 87, note S. DE WINTER.

- 10 Voy. J. DE STAERCKE, « De finaliteit en totstandkoming van het openbaar domein », in *Openbaar domein*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 46, n° 42.
- 11 Voy. notamment A. LEMMERLING, « Openbaar domein », in V. SAGAERT, P. LECOCQ, J. BAECK, N. CARETTE et A. WYLLEMAN (dir.), *Het nieuwe goederenrecht*, Bruxelles, Intersentia, 2021, p. 108, n° 13.
- 12 Voy. Cass., 10 septembre 2020, A.P.T., 2021, p. 283 ; F.J.F., 2020, p. 327 ; J.L.M.B., 2021, p. 86. Il s'agit d'une jurisprudence séculaire de la Cour de cassation belge, voy. déjà Cass., 1^{er} juillet 1890, *Pas.*, 1890, p. 252.
- 13 Voy. D. GRUYAERT et L. NEVEN, « Actuele ontwikkelingen inzake publiek vastgoedrecht », in V. SAGAERT et D. GRUYAERT (éd.), *Vastgoedrecht*, vol. 124, Mortsel, Intersentia, coll. « Thémis », 2023, p. 110, n° 9.
- 14 Voy. P. LECOCQ, « Examen de jurisprudence (2000 à 2020). Les biens. Première partie : Dispositions générales, classifications des biens et propriété », *R.C.J.B.*, 2021, p. 594, n° 53. Cela rejoint l'analyse de la doctrine antérieure à l'arrêt du 15 mars 2018, voy. notamment A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, *op. cit.*, p. 447, n° 390, note 2110 et références citées.
- 15 Traduction libre, voy. D. GRUYAERT et L. NEVEN, « Actuele ontwikkelingen inzake publiek vastgoedrecht », *op. cit.*, p. 110, n° 9.
- 16 Voy. l'article 2 de l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.
- 17 Sur les lignes directrices de la réforme du droit des biens, voy. P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens : contextualisation méthodologique et tendancielle », in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN et V. SAGAERT (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 1-13.
- 18 Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, doc. n° 54-3348/001.
- 19 Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, doc. n° 55-0173/001.
- 20 Dimitri Yernault enseigne que « [l]es projets de loi gouvernementaux non adoptés à la fin de la législature passent automatiquement à la trappe alors que les propositions de loi parlementaires peuvent être redéposées sous la législature suivante » (voy. D. YERNAULT, « Leur “nature” comme fondement de la non-taxation des biens du domaine public et ceux du

domaine privé affectés à un service public », note sous Cass., 23 février 2018, R.C.J.B., 2020, p. 518, n° 26, note 155).

21 Voy. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par M. Stefaan Van Hecke*, Doc. parl., Ch. repr., sess. 2019, doc. n° 55-0173/004, p. 25.

22 Voy. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Commentaire des articles*, Doc. parl., Ch. repr., sess. 2019, doc. n° 55-0173/001, p. 111.

23 Voy. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par M. Stefaan Van Hecke*, Doc. parl., Ch. repr., sess. 2019, doc. n° 55-0173/004, p. 24-25.

24 L'Orde van Vlaamse Balies soulevait en particulier (1) qu'il appartient au législateur, et non à la doctrine, de préciser le contour d'un régime, surtout lorsque ledit régime revêt un caractère exceptionnel ; (2) que la notion de service public n'est pas définie ; (3) que la définition n'exigeait pas qu'un bien appartienne à une personne morale de droit public pour appartenir au domaine.

25 Voy. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Amendements*, Doc. parl., Ch. repr., sess. 2019, doc. n° 55-0173/002, p. 17.

26 L'article 3.59 est devenu l'article 3.45, en raison de la renumérotation globale intervenue à la suite de l'abandon de la figure de la fiducie, que les auteurs de la réforme du droit des biens souhaitaient introduire dans le Code civil belge.

27 Position qui n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine, voy. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 312, n° 4.

28 Ce qui est regretté par certains, voy. notamment D. D'HOOGHE et M. VAN DEN LANGENBERGH, « Naar de opheffing van het leerstuk van het openbaar domein ? », in *Openbaar domein*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 271-272, spéc. n° 67.

29 Voy. Cass., 3 mai 1968, Pas., 1968, p. 1033 ; Cass., 30 mars 1882, Pas., 1882, p. 94.

30 Voy. Cass., 2 octobre 1924, Pas., 1924, p. 530

- 31 Voy. Cass., 21 janvier 1926, *Pas.*, 1926, p. 187 ; Cass., 5 février 1914, *Pas.*, 1914, p. 91.
- 32 Voy. J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2006, p. 57. Dans un ordre d'idées comparables, voy. M. PÂQUES (collab. S. CHARLIER et J. HUBERT), *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2024, p. 1182, n° 1493, qui souscrit à l'interprétation donnée par la cour d'appel de Mons dans un arrêt du 24 mars 1987 (Mons, 24 mars 1987, A.P.T., 1988, p. 169, note M. A. FLAMME) au critère de l'affectation à l'usage de tous : « par usage de tous, il ne faut pas entendre que la totalité de la population s'en serve mais que l'utilisent tous ceux auxquels le bien est destiné selon la nature ».
- 33 Voy. J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, *op. cit.*, p. 57 et 60.
- 34 Voy. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 368.
- 35 Voy. Cass., 14 mai 1883, *Pas.*, 1883, p. 222.
- 36 Voy. Cass., 17 juillet 1884, *Pas.*, 1884, p. 275 ; Cass., 19 avril 1883, *Pas.*, 1883, p. 177.
- 37 Voy. Cass., 11 novembre 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 401.
- 38 Voy. Cass., 13 avril 1899, *Pas.*, 1899, p. 177.
- 39 Voy. A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, *op. cit.*, p. 443-449, n°s 387-392.
- 40 Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 714, n° 808.
- 41 Voy. D. LAGASSE, « Les utilisations collectives et privatives du domaine public », in *Rép. not.*, t. XIV, *Le droit public et administratif*, liv. 7, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 156.
- 42 Dans la jurisprudence de la Cour, concernant la concession, voy. Cass., 12 janvier 1893, *Pas.*, 1893, I, p. 79 ; Cass., 5 mars 1896, *Pas.*, 1896, I, p. 104 ; Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 485 ; Cass., 4 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 455 ; Cass., 2 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 1.
- 43 Voy. D. DÉOM, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé », in *Rép. not.*, t. XIV, *Le droit public et administratif*, liv. 7, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 133.
- 44 Quant à l'identité du débiteur de cette obligation, voy. A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, *op. cit.*, p. 503-504, n° 445.

- 45 Voy. notamment Cass., 25 septembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1399 ; *Rev. not. b.*, 2001, p. 50, note de J. SACE ; *R.W.*, 2002-2003, p. 775 ; *T.B.O.*, 2003, p. 95, note de J. DE STAERCKE.
- 46 Le bail de droit commun appelle une réponse plus nuancée, voy. A. VANDEBURIE, « Définir le domaine public, permettre sa valorisation : une entreprise impossible ? », *op. cit.*, p. 504, n° 14, note 159.
- 47 Voy. notamment A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, p. 374, n° 390, note 26.
- 48 Voy. Cass., 6 décembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 366.
- 49 Voy. Cass., 11 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 29
- 50 Voy. Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 78.
- 51 On notera cependant que cette exigence de spécialité de la servitude, encore très prégnante en droit français, est aujourd'hui interprétée de manière souple en droit belge, voy. V. SAGAERT, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, t. V, *Goederenrecht*, Malines, Kluwer, 2021, p. 685-699, n°s 750-753.
- 52 Voy. Cass., 18 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 934 ; *JurimPratique*, 2014, p. 9, note A. VANDEBURIE ; *N.J.W.*, 2007, p. 652, note W. RASSCHAERT ; *C.D.P.K.*, 2008, p. 219, note J. DE STAERCKE ; *R.C.J.B.*, 2012, p. 466, note A. VANDEBURIE ; *Rev. not. b.*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE ; *R.W.*, 2007-2008, p. 736, note V. SAGAERT.
- 53 Voy. A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR (dir.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 295.
- 54 Les droits réels d'usufruit et de superficie ont une durée maximale, mais pas de durée minimale, comp. art. 3.141 et 3.180 C. civ.
- 55 Sous l'ancien Code civil, la durée minimum était de 27 ans (art. 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose).
- 56 Voy. J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY et H. VUYE, « Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht 1989-1994 », *T.P.R.*, 1995, p. 540 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence. Les biens (1989-1998) », *R.C.J.B.*, 2000, p. 90, n° 20 et p. 478, n° 216.
- 57 Voy. en sens contraire S. DE WINTER, « Erfpacht op openbaar domein », in N. CARETTE et R. BARBAIX (éd.), *Tendensen Vermogensrecht 2019*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 349-351, n° 7, qui estime que la durée minimale impérative du droit d'emphytéose n'empêcherait pas les parties d'introduire

dans le contrat la clause suivante : « À moins que l'administration n'en décide autrement, le droit d'emphytéose prend fin lorsque la mutabilité du service public l'exige. » (Traduction libre.) À notre avis, la légalité d'une telle clause, qui doit s'analyser en une condition résolutoire, pose question. Même si le livre 3 admet désormais que l'emphytéose puisse prendre fin par le jeu d'une condition résolutoire (art. 3.174 *juncto* 3.15 C. civ.), tranchant la controverse qui existait à ce sujet sous l'ancien Code, une condition résolutoire (potestative) dont la mise en œuvre dépendrait du bon vouloir de l'administration ne méconnaîtrait-elle pas l'article 3.174, *in fine*, qui dispose que « le droit d'emphytéose ne peut s'éteindre avant le délai minimal de quinze ans du seul fait de la volonté d'une des parties » ?

58 Voy. Cass., 15 mars 2018, A.P.T., 2018, p. 551 ; *Fiscologue*, 2018, p. 11 ; T.B.O., 2019, p. 305, note S. DE WINTER ; T. Gem., 2019, p. 87, note S. DE WINTER.

59 Décret communal flamand du 15 juillet 2005, M.B., 31 août 2005, p. 38203.

60 Voy. S. DE WINTER, « Erfpacht op openbaar domein », *op. cit.*, p. 345-347, n° 5.

61 À titre illustratif, en application de l'article 3.45 du Code civil, un particulier ne saurait, par sa possession prolongée durant le délai de dix ou trente ans de l'article 3.27 du même Code, acquérir la propriété d'une portion du domaine public ; en revanche, il pourrait prescrire un droit réel d'usage si celui-ci est conforme à la destination publique du bien concerné. La règle ne rompt pas avec le passé mais l'affirmer présente l'avantage de systématiser les solutions prétoriennes élaborées à partir de cas particuliers.

62 Voy. Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Commentaire des articles*, Doc. parl., Ch. repr., sess. 2019, doc. n° 55-0173/001, p. 111-112 : « la Cour de cassation, a affirmé depuis longtemps que la circonstance qu'un bien appartienne au domaine public n'interdit pas l'établissement sur ce bien d'une servitude, si celle-ci est compatible avec la destination publique de ce domaine, ne fait pas obstacle à l'usage public de ce bien et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler et de modifier cet usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité [...]. La Cour l'a ensuite transposé à propos d'un droit de superficie [...] ce qui a été généralement applaudi par la doctrine. Des incertitudes subsistant pour d'autres droits, et notamment les droits personnels et réels d'usage, il paraît utile de permettre de concèdera, *aux mêmes conditions et avec les mêmes limites que celles admises*, des droits

personnels ou recels d'usage sur les biens du domaine public en vue d'élargir la conception évolutionniste de l'indisponibilité des biens du domaine public » (nous soulignons). Il faut cependant reconnaître que les travaux préparatoires sont quelque peu ambigus à cet égard, puisque l'on peut également y lire que « les rédacteurs [du] projet [du livre 3] ont, pour le surplus, rendu les possibilités de rentabiliser le domaine public plus flexibles », que « [l]es possibilités d'utiliser le bail, l'emphytéose et la superficie dans le cadre d'une collaboration privé-public dans le sens large du mot sont étendues » et que « [à] titre d'exemple, aux conditions évoquées ci-dessus, il sera possible également de concéder un droit d'emphytéose sur un bien du domaine public ».

63 Voy. également V. SAGAERT, « Algemene beginselen van het nieuwe goederenrecht getoetst aan de notariële praktijk », in *VLANOT (dir.), Vlanot Jaarboek 2021*, 3^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 534, n^o 60 : « Désormais, le droit d'emphytéose, le droit d'usufruit et le bail sur le domaine public ne sont pas (plus) exclus *a priori*, mais doivent toujours être contrôlés *in concreto* par rapport à la destination du bien du domaine public. Ceci n'exclut pas que leur compatibilité avec la destination publique du bien doit être contrôlée au cours de leur existence. Si les droits deviennent incompatibles avec cette destination publique, ils peuvent encore prendre fin. » (Traduction libre.) Pour un raisonnement similaire sous les anciennes dispositions, à propos du contrôle opéré par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 mai 2007 évoqué plus haut, voy. A. VANDEBURIE, « Définir le domaine public, permettre sa valorisation : une entreprise impossible ? », *op. cit.*, p. 503, note 156.

64 Voy. J.-M. QUINTIN, « Les utilisations privatives du domaine public », in *L'entreprise dans la cité*, C.D.V.A., Liège/La Haye, Faculté de droit de Liège/Martinus Mijnhof, 1967, p. 136 ; A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, *op. cit.*, p. 505, n^o 447.

65 Dominique Lagasse prend l'exemple, très parlant, des librairies ou d'appareils automatiques dans les gares, voy. D. LAGASSE, *Droit de la voirie. Droit de la domanialité publique*, *op. cit.*, p. 135, n^o 181.

66 Voy. A. VANDEBURIE, « Définir le domaine public, permettre sa valorisation : une entreprise impossible ? », *op. cit.*, p. 507-508, n^o 15.

67 En droit belge, le système juridictionnel est dualiste, opposant un ordre juridictionnel administratif à un ordre juridictionnel judiciaire. Dans les grandes lignes, le Conseil d'État connaît du contentieux objectif de légalité des actes émanant des autorités administratives tandis que les cours et

tribunaux de l'ordre judiciaire se voient réserver par les articles 144 et 145 de la Constitution le contentieux des droits subjectifs (voy. M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 89-121). Pour une application de ces principes à la révocation ou à la résiliation d'un droit d'occupation sur le domaine public, voy. notamment D. RENDERS en B. GORS, « La précarité des titres d'occupation privative du domaine public », *op. cit.*, p. 157-158, n° 16 et p. 159-161, n° 19.

68 Voy. A. VANDEBURIE, « Définir le domaine public, permettre sa valorisation : une entreprise impossible ? », *op. cit.*, p. 505-506, n° 15.

69 Voy. D. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 300, citant lui-même C. Const., 12 mars 2003, n° 32/2003, cons. B3.

70 Voy. D. RENDERS en B. GORS, « La précarité des titres d'occupation privative du domaine public », *op. cit.*, p. 154, n° 8. L'autorité est fondée à invoquer tous types de motifs liés à l'intérêt général, en ce compris, à suivre l'avis majoritaire l'intérêt financier (voy. notamment M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 1050), pour autant que cet intérêt ne prime pas sur l'intérêt du domaine public et de son affectation (voy. A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, *op. cit.*, p. 538-539, n° 457).

71 En application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, M.B., 12 septembre 1991, p. 19976.

72 Voy. A. VANDEBURIE, « Définir le domaine public, permettre sa valorisation : une entreprise impossible ? », *op. cit.*, p. 507-508, n° 15.

73 Voy. A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, *op. cit.*, p. 556, n° 467, spéc. Note 2598.

74 Voy. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2007, p. 134-140 ; P. BOUCQUEY et V. OST, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in B. LOMBAERT (coord.), *Les partenariats public-privé (P. P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 278.

75 Selon l'article 45bis de la loi hypothécaire, une hypothèque « peut être constituée sur des bâtiments dont la construction est commencée, ou même seulement projetée, pourvu que celui qui confère l'hypothèque ait un droit actuel lui permettant de construire à son profit ».

76 Voy. V. SAGAERT, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, t. V, *Goederenrecht*, *op. cit.*, p. 597, n° 747.

77 Pour autant qu'un droit d'emphytéose puisse valablement être concédé sur un bien du domaine public, voy. *supra*.

78 À défaut d'être visé par l'article 45 de la loi hypothécaire, voy. A. CUYPERS et E. DEFREYNE, « Art. 45, 1^o, Hyp. W. », in *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2021, Kluwer, Malines, f. mob., p. 55, n^o 16.

79 Loi du 12 juillet 2021 portant des dispositions urgentes en matière de Justice, M.B., 20 juillet 2021, p. 71594.

80 En revanche, l'interdiction de céder le droit de superficie-conséquence indépendamment du droit de concession demeure.

81 Voy. Proposition de loi portant des dispositions urgentes en matière de Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2020-2021, doc. n^o 55-2084/001, p. 13.

82 Voy. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, op. cit., p. 139, n^o 262. Voy. également art. 3.10 C. civ.

83 Voy. notamment A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, op. cit., p. 386 sq., n^{os} 333 sq. et, en sens inverse, D. GRUYAERT et L. NEVEN, « Actuele ontwikkelingen inzake publiek vastgoedrecht », op. cit., p. 111-114, n^{os} 11-15 ; N. BERNARD et T. LEROY, « L'essor du *community land trust* à Bruxelles (ou le développement de logements sur un sol en droit réel d'usage) », *Jurim Pratique*, 2023, p. 175.

84 Voy. notamment A. VANDEBURIE, « Les biens du domaine public sont ceux destinés à l'usage de tous, même lorsque cette destination n'a pas encore été exécutée : précision ou revirement de jurisprudence ? », note sous Cass., 17 octobre 2014, A.P.T., 2015, p. 505-509. Au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2020 (A.P.T., 2021, p. 283 ; F.J.F., 2020, p. 327 ; J.L.M.B., 2021, p. 86), voy. N. CARETTE et S. DE WINTER, « Actuele ontwikkelingen goederenrecht 2020 », in N. CARETTE et R. BARBAIX (éd.), *Tendensen Vermogensrecht 2021*, Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 31-33, n^o 5.

RÉSUMÉS

Français

En Belgique comme ailleurs, les pouvoirs publics cherchent à rentabiliser leurs biens. En droit belge, l'intégration des biens du domaine privé des personnes publiques dans le circuit économique suscite peu de difficultés. Il n'en va pas de même des biens de leur domaine public. Assujettis à un régime contraignant, ils sont a priori réfractaires à toute occupation

privative. La jurisprudence, épaulée par la doctrine et tout récemment par le législateur, a relativisé cette incompatibilité de façade. Quels sont les instruments juridiques mobilisables ? À quelles conditions ? Ces outils répondent-ils aux attentes des acteurs économiques ? Ces questions sont au cœur de notre contribution, qui étudie les possibilités de valoriser le domaine public par l'octroi de droits d'usage à des personnes privées.

English

In Belgium as elsewhere, public authorities seek to make their assets profitable. Belgian law faces no hindrances to integrate the private domain belonging to public authorities into the economic circuit. However, the same cannot be said of goods in the public domain. Bound to a restrictive regime, they are at first sight reluctant to an exclusive occupancy. Jurisprudence, doctrine and, more recently, legislation have put the scope of this incompatibility into perspective. Public authorities arrange from now on several legal tools allowing them to value their public domain. What tools are available? Under what conditions are they allowed? Do these possibilities meet the expectations of economic actors? These questions structure the framework of our study which intends to focus on exclusive rights of use granted to private persons.

INDEX

Mots-clés

propriété publique, domaine public, occupation privative

Keywords

public property, public domain, exclusive occupancy

AUTEURS

Aurélien Vandeburie

Conseiller d'État, il est chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles

IDREF : <https://www.idref.fr/132416042>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000065685355>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16071224>

Noémie Gofflot

Référéndaire près la Cour de cassation et maîtresse de conférences à l'Université de Liège

IDREF : <https://www.idref.fr/253158613>

Property, Public or Common, in Post-Colonial Societies: Studying Zimbabwe's Communal Lands

Zvikomborero Chadambuka

DOI : 10.35562/droit-public-compare.495

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Introduction
 2. Property and land in Zimbabwe's constitutional framework
 3. Rural land and political power
 4. Customary tenure: Efficiency, equity and sustainability
 5. Regulatory plurality and land tenure
- Conclusion

TEXTE

1. Introduction

- 1 Before the colonial enterprise introduced western private property to many African countries, customary law systems of land tenure were in place. Colonial regulation did not fully stamp out these systems of land tenure, just as it did not fully stamp out other customary ways of life.
- 2 Zimbabwe was colonized by Britain in 1890. It was then known as Southern Rhodesia. Colonial authorities put in place an apartheid regime which sought to force native Africans into the settler wage economy as cheap labor.¹ The native population was relegated to the margins of social and political activity as they were deprived of the vote and had various restrictions placed on their liberty. In 1965, Britain sought to withdraw from the colonial enterprise. Colonial settlers refused to allow for majority rule and the establishment of full democracy—in 1965, they declared themselves independent of

Britain and continued to run Rhodesia (the former Northern Rhodesia, now known as Zambia, had attained independence in 1964) under a settler minority rule system.² It was only upon full independence in 1980—after a protracted military struggle for liberation—that a democratic system in which all persons had a meaningful vote was established.

- 3 From the colonial period through to independence in 1980 and up until around 2000, Zimbabwe's rural areas were divided into two areas. There was relatively fertile commercial farmland which was mainly owned as large farms by European descendants of colonial settlers. Commercial farmland was private property. Then there were communal areas to which colonial authorities had relegated native African communities.³ Communal lands were in areas with high temperatures, low rainfall, poor soils and/or bad topography.⁴ Landholdings in the overcrowded communal areas were tiny and were meant to be used for subsistence and small-scale farming.⁵ Communal land was vested in the colonial state and hereditary traditional chiefs who administered the land and held it in trust for their communities, under the control of the colonial administration.⁶
- 4 Post-colonial Zimbabwe law replicated the colonial position by vesting communal land in the national president in his/her official capacity. Although different variants of customary allocation and governance of land have been employed post-independence, the formal titled owner of such land remains the president of the country. In 2000, the government of Zimbabwe embarked upon a program of land reform—the fast-track land resettlement program (FTLRP)—intended to correct the racially skewed distribution of fertile farmland. Having expropriated much of the erstwhile commercial farmland, the government resettled black farmers on that farmland. They gave the newly resettled farmers offer letters, which are understood as a prelude to occupation permits or 99-year leases.⁷ Many resettled farmers still hold land on the basis only of the offer letters.⁸ This is part of a variant of land tenure in which state land is held under the offer letter, permit or 99-year lease.
- 5 The state's ownership of communal land puts that land into public ownership. Such ownership is, in principle, by the general public, but in practice entails ownership rights exercised by political office-

holders at the top of government.⁹ It gives these rulers the right to exclude others from that property.¹⁰ Rather than tying ownership rights to political office as public ownership does, common ownership ties ownership rights to group membership.¹¹ It provides some kind of guarantee to each individual in the group that they “will not be excluded from the use or benefit of the land.”¹² In contemporary rural Zimbabwe, there is private property on commercial holdings that have not been compulsorily acquired. Compulsorily acquired farmland, that is, the resettlement areas, are public property. Communal land is both public property under the ownership of the state and common property under the purview of the particular customary group which holds rights over it. Many have also argued that, once allocated land in communal areas, allottees under customary systems have rights over their allocated portions that are much akin to private property, with a classical common property regime being confined to forestry and grazing lands in the communal area.¹³

- 6 This paper addresses the coexistence of different legal systems on communal land. The interaction between formal legal systems of land tenure and customary legal systems of land tenure creates questions as to the distribution of power over communal land between these legal systems and their respective governing institutions. Communal land’s status as simultaneously public property under the president and common property under traditional chiefs in a customary law system has created political dysfunction by leaving the traditional authorities wholly beholden to whatever central government executive holds power. The dysfunction has only increased in the wake of a chaotic land resettlement program that increased uncertainty in both the legal classification of rural land and the authority of chiefs with respect to such land. Local democracy has also been rendered more subservient to political control from the center. The paper also discusses the efficiency, equity and sustainability challenges commonly attributed to customary land tenure schemes. It highlights that, in the context of Zimbabwe’s communal lands and the abutting resettlement areas, it is the land’s simultaneous status as public property and common property—and especially the status as public property—which creates an array of land tenure insecurities, inefficiencies and inequities. Customary

tenure systems can deploy land allocation methods that increase use intensity in what are often locally sustainable and equitable ways. But these potential gains may go untapped because of broader tenure insecurity due to the subservience of traditional authorities to central government authorities.

2. Property and land in Zimbabwe's constitutional framework

- 7 The political system under colonialism substantially replicated the British system. It featured a largely ceremonial Governor, with most political power being held by a Prime Minister elected by parliament. The parliament was elected by the colonial settler minority, with the majority native population excluded from the electoral process.¹⁴ The legal framework emanating from this legislature used land dispossession as a method of enrichment of the settler community and disempowerment of the native population.
- 8 In 1980, Zimbabwe attained independence under the negotiated Lancaster House Constitution which maintained a parliamentary system of government. Constitutional changes introduced in 1987 moved away from this system by introducing a powerful directly elected executive President. Political changes at the time—primarily the merger of the two parties which had fought for independence—also created one powerful political party, with minimal opposition. This concentration of power marked the emergence of an increasing tendency towards authoritarianism into the 1990s as opposition parties faced violence from government.¹⁵ These political changes were accompanied by a number of changes in the land and property framework. Up until 1990, the ability of the Zimbabwe government to effect land reform had been constitutionally limited.¹⁶ The first efforts towards land reform therefore emerged in the early 1990s. Those efforts were focused on reallocating land from descendants of colonial settlers to native Africans. Though there was no question that the issue of racially unjust land allocations needed to be resolved, the issue was not addressed as part of a broader reform of the land tenure scheme in the country. The opportunity to address the land issue as a broad matter of social and economic welfare was thus missed, and the land issue increasingly became a cudgel wielded

by an authoritarian state to cling on to political power, particularly when a strong opposition party emerged in Zimbabwe in the late 1990s.

- 9 Beginning with the constitutional limitations on land reform, land was always regulated differently from other property in post-colonial Zimbabwe. Whereas there were constitutional protections against deprivation and expropriation of property except for clearly spelt out public interests, agricultural land was placed outside these protections as land rights were understood to reflect “fundamental and dominant political considerations of the day.”¹⁷ The constitutional and statutory scheme for agricultural land gave massive control and regulatory “powers to a “reformist” state to respond directly to and address the consequences of historical dispossession, conquest-based acquisition and inequitable distribution of rights in land”—even “state power in compulsory land acquisition [left] very few remedies and protection to private landowners.”¹⁸ That distinction—between massive state power over agricultural land and limited state power over other property—became more explicit in the post-2000 constitutional amendments to the Lancaster House Constitution and made its way into the 2013 Constitution of Zimbabwe.¹⁹
- 10 The result of the range of regulatory schemes deployed over Zimbabwean agricultural land in the colonial and post-colonial eras has been a set of classifications of agricultural land into private property, public property and common property.²⁰ Privately owned rural land includes the remaining privately owned farmland.²¹ State-owned land—public property—has become the dominant group since the land resettlement program began; this includes resettlement areas as well as state forests and game reserves.²² Resettlement farmers generally hold land under leases and other types of statutory permits from the state.²³ Land held in common relates to communal land substantially governed under customary law,²⁴ but communal land is also public property as it is owned by the state. In fact, communal land features the state with formal title over the land, the traditional community with rights over the same land,²⁵ and individuals and households with stronger rights over part of that same land²⁶—for some, this entails communal land being simultaneously public, common and private property.²⁷

3. Rural land and political power

- 11 The divide between public property and common property runs parallel to the two separate systems by which land governance occurs in Zimbabwe's communal areas. There is a system under the general law and one under customary law. Under the general law framework is the executive administrative system in terms of which the president appoints resident ministers, formerly referred to as provincial governors, for each of the country's 10 provinces. The resident ministers are at the head of an administrative structure featuring provincial administrators and below them district administrators (DAs). There is a more general local governance system featuring a local democracy, usually typified by local rural district councils (RDCs), electoral bodies of ward councilors elected using a pluralist majoritarian system.
- 12 Traditional chiefs run the customary system. Chiefs perform administrative services and engage in conflict resolution using customary law. To carry out these functions, chiefs appoint Headmen below them and, below these, appoint Kraalheads.²⁸ The office of chief is, as may be expected, hereditary rather than elected. The shona constitute a substantial majority of the population of Zimbabwe. By far the most common system by which claimants ascend to the chiefhood among them is a variant of the agnatic seniority system in which brothers succeed to the chiefhood ahead of sons. Over generations, the system has become such that there are a number of family groups that stake a claim whenever there arises a vacancy on the throne. The family group whose turn is deemed to have come (and that is often a matter on which there is heated contestation) then selects one of their own (and there is further contestation in the process of selecting this individual too) as their claimant to become chief. The Ndebele, who are the largest of Zimbabwe's ethnic minorities, tend to follow agnatic primogeniture in which a chief's successor is to be selected from that chief's children. But in all cases, it is the president who ultimately appoints a chief from among the claimants.
- 13 The broadly understood position is that chiefs hold the chiefdom's land in trust for their community and have, historically, allocated land

to community members.²⁹ In order to facilitate administrative control of the rural population, the colonial process entailed not just an alienation of native land, but also a merging of sovereignty and property by vesting title to communal land in the colonial state.³⁰ Given the unrestricted power or capacity associated with sovereignty, the fusion of property and sovereignty was used to justify unlimited state power in administering the communal lands.³¹ African rural communities were thus “granted rights of use and occupation which exposed them to the naked authority of the colonial state.”³² By contrast, private property rights shielded colonial settlers from undue state intervention.³³ The process of merging sovereignty and property was facilitated by the claim that customary tenure was “communal and excluded individual rights.”³⁴ This claim discounted the fact that tenure systems change in response to social and economic changes and the reality of local customary tenures’ dynamism and flexibility, including ignoring the fact that customary tenure recognized individual use rights.³⁵

14 After independence from colonial rule, formal title to communal land remained in the state. The post-colonial state thus retained the colonial merger of property and sovereignty that perpetuated state power over communal residents and furthered the undemocratic relationship between the state and the rural populace by undermining local political processes in communal areas.³⁶ This approach views land as a source of sovereignty rather than as a productive resource,³⁷ with land tenure systems being designed to give the state greater control over land.³⁸

15 The central government’s formal power over communal land in Zimbabwe is extremely strong. Communal land residents’ rights of use and occupation remain subject to the naked authority of the state. The President can publish statutory instruments declaring that some land is no longer communal land, and can do this without consulting the chief or populace. The Minister of Lands can, after consulting the local RDC, set aside any communal land for the establishment of a township, business center, irrigation scheme or any other purpose.³⁹ The Minister publishes a notice in the gazette describing the area to be set aside and ordering all occupants of the area to leave that area permanently with all their property within a

set period.⁴⁰ Chiefs and the populace need not be consulted during this process. If one refuses to leave, they can face criminal sanctions.

- 16 The president's formal ownership of vast swathes of rural land has undermined democratic politics in rural areas. This is especially so as presidential ownership of communal land is allied to a non-democratic traditional governance framework that is rooted in the appointment of traditional leaders through a conflictual process that almost always involves multiple claimants among and within family groups, with one of these claimants ultimately receiving presidential approval. A loyal cadre can therefore be chosen, and this cadre stays loyal for fear that their family groups' future claims to the chiefhood could otherwise be compromised.
- 17 Political manipulation of traditional leaders and the populace by political incumbents began at the very commencement of the modern state—at the very commencement of the colonial period. Native reserves, the precursors to communal areas, were established at colonialism's onset in the 1890s.⁴¹ At that time, "traditional" structures were reorganized by colonial authorities.⁴² They structured traditional authorities as a subordinate political system within the reserves and filled that system with leaders who were in concert with, or at least malleable to, the particular needs of the local colonial administration.⁴³
- 18 There is growing evidence that access to agricultural land in Zimbabwe, in both resettlement areas and communal areas, has become a matter of political allegiance. Traditional leaders are increasingly subject to pressures from central government and from the ruling party.⁴⁴ Direct threats are issued by government and ruling party leaders against traditional leaders.⁴⁵ State salaries and benefits given to traditional leaders increase central government's leverage over them.⁴⁶ Opposition parties have been blocked from holding rallies unless they obtain letters from traditional leaders, which letters traditional leaders have allegedly been unwilling to provide or afraid to provide.⁴⁷ Reports have shown that traditional leaders, even though they are expressly prohibited by law from playing any role in elections, have been active in corralling the rural vote in favor of the ruling party.⁴⁸

- 19 It is therefore no surprise that the Zimbabwe literature has long expressed the concern that the state uses the land tenure system to increase its influence, often through “increasing central state influence and control over customary tenures.”⁴⁹ More recently, this process has also occurred through the manner in which the expropriation and redistribution of land was carried out under the FTLRP.⁵⁰
- 20 Initially, the state was not very active in exercising its extensive statutory powers in communal areas.⁵¹ This was due to a fear of antagonizing the peasantry in the immediate post-colonial period, a time when the peasant resistance that had propelled them to power was still fresh in the minds of the new rulers.⁵² The ruling party also received enthusiastic support from these areas in the immediate post-colonial period.⁵³
- 21 The resettlement program seems to have provided a channel by which to insidiously increase central government influence and exercises of power in the communal areas. The colonial dualism in land tenure is replicated by the recent FTLRP.⁵⁴ Under this program, recipients of larger landholdings—meant to be engaged in commercial agriculture—are termed A2 recipients and hold the land under 99-year leases, or offer letters while waiting for the 99-year leases.⁵⁵ Those who received smaller plots, which have additional rights to some common grazing areas and are largely presumed to be for subsistence farming, are termed A1 recipients.⁵⁶ A1 lands cannot be sold, but are generally understood to be inheritable.⁵⁷ Traditional leaders have been empowered under the land policy and local government law to exercise administrative oversight in matters of natural resource and land use management and other low-level legal processes in A1 areas,⁵⁸ although that authority does not extend to land acquisition and allocation issues.⁵⁹ Traditional authorities have no power over A2 farms.⁶⁰ By contrast to the A1 situation, A2 lands’ 99 year-leases are meant serve as collateral for financing and, eventually, to allow for “transfer through a land market.”⁶¹
- 22 A1 recipients hold the land under permits from the DA’s office or under offer letters pending receipt of such permits.⁶² This has similarities to the use and occupation rights of dwellers of communal

lands. The 2013 Constitution explicitly acknowledges state power to grant rights outside those ordinarily associated with property schemes under the common law, such as uniquely circumscribed rights of use and occupation.⁶³ But if they are to be successful, such fragmented use rights systems depend on legislative creation of security of tenure.⁶⁴ The absence of a legislative framework providing security of tenure creates serious tenurial insecurity in resettlement areas in Zimbabwe, much as in the communal lands.⁶⁵ At independence, post-colonial governors had the option of extending to the general public the stronger protections from undue state intervention with agricultural land that the colonial government had given to colonial settlers—with limitations to cater for the correction of historical imbalances. Yet, in carrying out the land resettlement program, the post-colonial regime preferred to extend more widely the insecurity of tenure that Africans in communal areas experienced.

23 Resettlement areas have introduced a politicized dynamic to rural Zimbabwe. Land administration and the issuance of tenure documents in resettled areas was coordinated by District Land Committees which were dominated by members of the ruling party and were directly subservient to the ruling party and the central government.⁶⁶ Thus, tenure was held only at the pleasure of ruling government forces. The violent process by which the resettlement program was carried out embedded violence into the rural world, creating a demand for subservience and aggressive shows of loyalty to the ruling party and the central government for those who were, or wanted to be, chief. The strengthened central government control over vast swathes of the rural countryside—the resettlement areas—also portended increasingly assertive state control over rural land in general. Thus, the relationship between central government and local chiefs was restructured firmly in favor of central government.

24 The increase in state power over traditional leadership was especially aggravated by the ambiguity of chiefs' control in resettlement areas. Traditional chiefs claimed historical control over resettlement lands. The government, in carrying out the resettlement program, avoided framing it as the return of lands to the chiefs.⁶⁷ To have a chance of central government authorities acceding in some way to such claims,

loyalty to those authorities was required. Even in precolonial times, the boundaries between chiefdoms were often disputed.⁶⁸ They were also frequently modified before and during the colonial era.⁶⁹ Retaking of former commercial farmlands reignited precolonial conflicts over land between some neighboring chiefs.⁷⁰ Given government's determinative power over the conflict and ultimate control of the land, this can only have generated greater subservience to government interests. Traditional governance over the deeply politicized resettlement areas likely influenced traditional leaders in ways that impacted how they governed their communal areas. Further, as chiefs have sought to assert their influence over these resettlement lands, they have come up against a government which has itself become more activist in land matters.

4. Customary tenure: Efficiency, equity and sustainability

- 25 Tenure defines “the rights and duties of people to each other with respect to the land” and connotes “a bundle of rights to use land and its products, by a clearly defined individual or group of individuals, possibly to the exclusion of others.”⁷¹ Security of tenure connotes the certainty of continued use of the land and of protection of that usage from interference by others—this requires that the occupier's rights be clear and enforceable.⁷²
- 26 Customary land tenure stands accused of undermining land tenure security and so creating inefficiency. The argument is that “communal control discourages long-term investment in land improvements [as] individual farmers, not having secure private rights to the land, may not be able to claim fully the returns on their investment.”⁷³ The lack of investment makes the land less productive than it would otherwise be (and further that it could potentially promote land degradation “to the extent that investments are required for conservation purposes”).⁷⁴ This argument constitutes the productive inefficiency claim.
- 27 Yet customary tenure can be very secure. The general understanding of customary land tenure in Zimbabwe “is that rights to land are an incident of political and social status. By virtue of membership in the

[group], every [member is] entitled to claim some land, from the ... chief, or from such political unit as exists in the absence of chiefly authority.”⁷⁵ While there is some variation across specific customary systems on the extent of community leaders’ control over land relative to individual control,⁷⁶ farmers under communal systems typically have secure use and inheritance rights.⁷⁷ A chief has no power to banish a person from the chieftom. Land rarely gets taken away under customary law. Traditional leaders generally only take away land when the land has become abandoned or unused—they will do so to give it to another person who does not have land.⁷⁸ This is likely to facilitate efficient and sustainable use of land.

28 Customary tenure also provides a degree of flexibility in the range of rights that can be given, depending on the specific resources in issue. “Rights for individuals and families vary from discrete temporary issues such as gathering natural resources in communal forests, grazing on communal pastures, cultivating a specific field for one to several seasons, to permanent control over a piece of land or other resource for cultivation and to pass it on to their heirs.”⁷⁹ Families have comprehensive control over the residential plots and arable land allocated to them—some have resultantly referred to this element as a *de facto* private property regime or as “traditional free-hold.”⁸⁰ This more nuanced understanding contradicts the idea that communal tenure always entails group rights that override those of the individual.⁸¹ And it is no modern innovation either—“it is ... beyond doubt that the control of arable land was individual in the precolonial land tenure system, with significant group control being exercised only” in respect of common property resources.⁸²

29 Official versions of customary tenure emanating from both the colonial and the post-colonial state which present customary tenure “as communal and thus excluding individual rights of any kind,” and “as static and inimical to development” are therefore incorrect.⁸³ Customary tenure, in fact, features possibilities of tenure security which are, or can be, properly calibrated to the specific resources in issue. These flexibilities allow for more intensive, but sustainable, use of land. For example, cattle can routinely graze on others’ land outside the cropping season.⁸⁴ The rush to private property and land titling can generate inefficiency by destroying these possibilities. It can also work an inequity by eliminating without compensation

rights, such as grazing rights, that may be an important source of livelihood for vulnerable groups.⁸⁵ Customary law's provision of "rights of access to land by all lineage members, even when working or resident elsewhere, has ... been shown to provide an important element of security, particularly in old age," and has been "an important factor in explaining the low incidence of landlessness in many heavily populated rural areas of sub-Saharan Africa."⁸⁶ This is an important factor given the weakness of pension systems in many sub-Saharan African countries. Losing the security of "these rights could prove disastrous for many."⁸⁷

- 30 As clear from the ultimately insecure tenure of descendants of colonial settler farmers in Zimbabwe and from Elinor Ostrom's research, private property does not always provide tenure security and sustainable resource management.⁸⁸ Political and institutional context are determinative.⁸⁹ Tenure security arises from different sources of authority which must emerge together; "these are political, social, cultural" and "formal legal allocations of rights."⁹⁰ This is why traditional systems of communal land tenure based on culturally-accepted rules can offer tenure security, at least when the authority overseeing such tenure regimes is legitimate, trusted, transparent and accountable.⁹¹
- 31 Private property alone works no efficiency magic. Arguments for private property's relative productive efficiency in Zimbabwe's agricultural history conveniently overlook the century-long "history of state interventions to construct agricultural land and factor markets in support of the development of 'commercial farming,' and ... the systematic state repression of farming in customary tenure" areas.⁹² Heavy support for commercial farming included provision of "regular subsidies, water development, research, access to markets for inputs and outputs, technology, foreign currency and capital."⁹³ Rather than resort to a call for private property, dealing with other issues that have always afflicted communal lands—the discriminatory treatment, the overcrowding, the poor soils, the bad topography—are more urgent concerns. It is no small wonder that empirical studies have shown little relationship between land rights and productivity and researchers have struggled to find clear evidence for "the view that the security which ensues from [land] registration increases investments."⁹⁴ Empirical studies have also

noted increased production and surpluses from communal areas since independence.⁹⁵ Further that there have been cases in Africa, including in Kenya, Uganda and Zimbabwe, where formal titling has increased tenure insecurity.⁹⁶ Claims of resource degradation due to common ownership in the context of communal tenure are largely incorrect. Much of the resource degradation in this context arose from the overcrowded nature of the reserves and the poor-quality soil therein, matters predetermined by colonial policy choices.

- 32 Under customary law, land has a role as “an integral part of the social system [with its] legitimate use ... determined by birth, affinity, common residence, and social status or some combination of these.”⁹⁷ This emphasis on status creates some challenges. For example, “customary land tenure relations are interwoven into societal structures and institutions, (mainly family structures, with their marriage and inheritance practices) such that an individual’s rights to land are derived from their relations with other persons in the household and ‘community.’”⁹⁸ This system generates serious equity deficits, particularly by grossly undermining women’s land rights.⁹⁹ Nondiscrimination is a nonnegotiable—strictly-enforced laws nondiscrimination laws should apply to customary tenure.
- 33 Another argument against customary land systems relates to the fact that customary land tenure is associated with the idea of land as inalienable. Ideas include that “land belonged to the living and to the unborn as well as to the dead [and further that] no member of a group could sell or transfer land to an outsider as land was considered a natural endowment in the same category as rain, sunlight and the air we breathe.”¹⁰⁰ Some assert that the idea of land’s inalienability under customary law is an exaggeration as land was, or can be, alienable under customary law.¹⁰¹ Nonetheless, customary law does suggest some limits on alienation. Migot-Adholla et al assert that “the distinguishing feature of different tenure regimes” revolves around “restrictions on the individual holder’s ability to transfer land”—whether this is only allowed among family members, or within the lineage/community, or whether transfer to outsiders is also allowed, and whether such transfer would require approval from other lineage/community members.¹⁰² Traditional leaders allocate usufructuary rights to a farmer.¹⁰³ The farmer, in

turn, can only alienate occupation rights to the land to members of the lineage.¹⁰⁴ In practice, these occupation rights to communal land are generally transferred only through inheritance,¹⁰⁵ although there is no formal inheritance of communal land.¹⁰⁶ These limitations on alienation restrict the development of market transactions in the land and so allegedly inhibit the movement of land from less productive users to more productive users.¹⁰⁷ This is the allocative inefficiency claim.

- 34 No doubt customary tenure systems have their challenges, not least of which is a loss of productive potential due to the fact that communal land cannot generally be used as collateral.¹⁰⁸ A communal tenure system may also be outperformed by private property in facilitating increases in an individual's scale of operations. Legislation establishing communal areas never addressed the possibilities of allowing for increases in scale under customary tenure. Because communal areas overwhelmingly—and as a deliberate policy choice—consisted of small, deprived plots of land, governance's focus when it came to size tended to be only on ensuring that plots do not become too small; thus legislation placed limits on subdivision. One suggestion is that customary tenure be updated by making provision and means for accumulation of land, at least “up to a designated ceiling.”¹⁰⁹ Possibilities for land transactions under communal tenure, discussed below, do show that communal tenure can facilitate accumulation and differentiation.¹¹⁰
- 35 The allocative inefficiency argument would suggest that private property, by enabling market transactions, does a better job than customary tenure in ensuring that land ends up in the ownership of the most productive persons. But private property is notoriously allocatively inefficient as the market's willingness-to-pay measure is a very imperfect measure of capacity to utilize resources productively.¹¹¹ Willingness to pay relates to ability to pay, with the result that the market system leads to serious inequality.¹¹² It is thus no surprise that, post-resettlement, there are longstanding fears over the introduction of a private property scheme over rural land due to concerns over “(re)concentration of land control through land sales.”¹¹³ Private property therefore raises efficiency concerns and produces serious inequities. It is legitimate that these issues find

voice in a system that acknowledges non-market interests in the land and so does not always subject land to the market *in toto*.

- 36 Under the classical conception of customary tenure, which has also been termed the colonial model,¹¹⁴ land is inalienable—it has only use-value and no exchange value such that there is no market in land.¹¹⁵ But some argue that non-alienability is not actually a feature of customary law.¹¹⁶ Indeed, those making the non-alienability point tend to state the limitation firmly with respect to alienation to outsiders.¹¹⁷ That is, that transfer rights under customary systems “tend to be limited to lineage and community members or the community itself;” it is transfer to outsiders that is not permitted.¹¹⁸
- 37 Under Zimbabwe legislation, sales of communal land are banned and there is no formal inheritance of communal land.¹¹⁹ Ways have been found to enable transactions over land in communal areas. Formal “transactions relating to land take the form of a negotiated entry into the collectivity of the village or community which brings with it property entitlements and obligations held by other members of that collectivity.”¹²⁰ Institutions that allocate land often charge settlers, who are sometimes even non-members of the community, a fee for the allocation.¹²¹
- 38 Communal areas feature informal land markets, including sales and rentals.¹²² Original users can effectively sell land by demanding “compensation for the work of clearing and preparing farmland; but as land becomes more scarce, value for the land itself is added to the compensation fee.”¹²³ Payments can also be framed as being made for farm infrastructure developments.¹²⁴ Custom’s flexibility in recognizing individual use rights has allowed for transactions such as borrowing or leasing of land among residents, and such transactions also facilitate accumulation.¹²⁵ In a move likely to be intensified by the land resettlement program’s tendency to create absentee allottees on neighboring resettlement areas, successful farmers in the communal areas rent “land occupied by households who underutilize all or part of their land as a result of capital and/or labor shortages.”¹²⁶ In these cases, payment can be “by way of cash, food and ploughing services.”¹²⁷

- 39 Customary law's layers of flexibility thus enable instances of autonomous intensification and even privatization of rights as circumstances change.¹²⁸ It has been noted "that, except in very isolated cases, communal control over land under indigenous tenure systems today occurs mainly in areas characterized by relative land abundance and low intensification"¹²⁹ Communal systems have always been quite flexible and responsive to changing circumstances, with the historical record showing that customary systems adapted "to new farming technology or methods of exchange long before the colonial period ... Evidence from different locations in Africa confirms instances of autonomous intensification and privatization of rights in land since the beginning of the century."¹³⁰ Much of the rise in land purchases in Zimbabwe's communal areas is associated with growing population pressures, urban expansion and expanded agricultural commercialisation.¹³¹
- 40 Some argue that customary tenure ought to head towards a process of individuation and that government should dispense with restrictions on the transfer of land.¹³² Customary tenure restrictions on alienation stand accused of preventing "the transition from common to private ownership in agricultural land (or at least delay[ing] the transition, as long as they remain effective), where growing markets require a change from subsistence to market production."¹³³ Restrictions on the transferability of customary land generally arise from cultural beliefs. They also arise—and usually certainly so at the central government level—from the concern that a land market will create an "excessive concentration of land amongst the rich and the dispossession of the poor."¹³⁴ Farm size ceilings are, again, suggested to deal with this problem.¹³⁵
- 41 Ought we, then, just abandon customary systems and move to private property? Matters are not that simple. Customary tenure's alienation limitations play a role in curbing some problematic elements of a full market system. Allowing the individual element of customary tenure to blossom ought to occur within the confines of measured change in customary systems. Given private property's allocative inefficiencies and customary law's conceivable flexibilities enabling sustainable intensive uses of land, any efficiency losses from a measured approach may be insubstantial. Given private property's equity concerns and customary tenure systems' ability to ensure equitable

access to land and elements of social security, the equity gains from a nuanced approach to changes in alienation powers within customary tenure are potentially massive.

- 42 There are also pragmatic political and legitimacy concerns that speak to whether actual security of tenure is achieved and are also key to nation-building in societies made up of different groups brought together by a shared colonial experience. These concerns counsel a measured approach to individuation of customary systems. That approach must include very substantial participation for affected groups. Ethnicity's centrality in national politics in African countries—conceivably facilitated, in part, by colonial and post-colonial reinterpretations of tribal authority and 'indigenous' tenure" that have led to "the freezing of ethnic boundaries" at the same time as "the emergence of the nation-state in Africa"—makes it "inconceivable that a national land market would evolve merely as a result of the introduction of a privatized tenure system. Evidence from other studies of Kenya indicates that although there is a weak market in land nationally, it is more severely restricted in the former African reserves, where it operates mainly among members of the same ethnic group. In contrast, a significant level of transactions in land occurs in the former white settled areas and in urban peripheries, where individuals are not bound by strong kinship identity. The consequence is that titles to agricultural land are perceived to have a greater commercial value within the urban periphery and former scheduled areas, than in the former African reserves, largely because of difficulties in enforcing contracts. For although some banks have accepted titled land as collateral and auctioned it off in cases of default, in some cases purchasers were not able to take occupation of the land for fear of reprisals."¹³⁶

5. Regulatory plurality and land tenure

- 43 A direct danger to tenure security from communal lands' status as public property lies from direct exercises of presidential power. Communal farmers can, and have, been removed from their homes without compensation.¹³⁷ "Government entities have mined diamonds in communal lands with scant regard for the people who

live there. There have been repeated disputes over the quarrying of black granite in communal lands. And in March [2021], over 12 000 hectares were excised from communal land in Chiredzi to grow lucerne for a dairy company, an action which threatened to displace over 12 500 villagers.”¹³⁸ Also damning are recent claims—at least in resettled areas—that evictions have been carried out as punishment for voting patterns in affected areas that did not favor the ruling party.¹³⁹

44 A pluralist legal framework can strengthen local populations or the central government through the forum-shopping processes that “are characteristic of most plural legal orders.”¹⁴⁰ Thus one view could be that customary systems can be mobilized against excessive state power. Further, “[w]hile state law often is the legal expression of state domination and dominant economic interests, it can also be mobilized by villagers or ethnic groups against oppression, while local customary or religious laws may be mobilized by the state to legitimate exploitation and oppression.”¹⁴¹ Zimbabwe’s multiplicity of land tenure systems alone is not, of itself, problematic.¹⁴² A multi-form land tenure system may be ideal for “a complex land system with multiple users wanting different things out of holding land.”¹⁴³ Problems arise when the systems are overly centralizing, and when they interact in inconsistent and ambiguous ways.¹⁴⁴ In the case of Zimbabwe’s communal lands and associated resettlement schemes, legal pluralism gives room to maneuver for the central authority, but much less so for the citizenry. Here is a case where “overlapping legal regulations” increase the insecurity of local people, rather than provide them with “a wider and richer legal ‘cookbook.’”¹⁴⁵ Communal lands’ combination of presidential public ownership with customary allocation leads to loss of maneuverability for the citizenry and creates tenure insecurity through the insecurity of traditional authorities’ power due to central government power over chiefs. For example, even though chiefs cannot banish a person from their area and do not generally take land, chiefs have played a role in harassing people for political reasons.¹⁴⁶

45 Central government ownership of land and control over customary authorities gut local governance and disempower RDCs, the democratic possibility. They essentially amount to traditional authorities, which are particularly subservient to central government,

carrying out many administrative functions that elected local government would otherwise carry out. In that way, national political authorities retain control in a manner that undermines local democracy and so undermines the possibilities for democratic capacity-building and a true establishment of democratic principles.

Conclusion

- 46 Customary tenure systems can be channeled to provide efficiency in an equitable and sustainable manner. In Zimbabwe's communal lands and associated resettlement schemes, it is the interposition of overwhelming state power which creates tenure inefficiencies and inequities.

BIBLIOGRAPHIE

Oren BAR-GILL, "Willingness to Pay: A Welfarist Reassessment," 38 *Yale Journal on Regulation* 503, (2021).

Franz VON BENDA-BECKMANN and Keebet VON BENDA-BECKMANN, "The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders," *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 38, Issue 53-54, (2006).

Angela CHEATER, "The Ideology of 'Communal' Land Tenure in Zimbabwe: Mythogenesis Enacted?," *Africa* 60 (2), 191, (1990).

Admos CHIMHOWU and Philip WOODHOUSE, "Forbidden but not Suppressed: A 'Vernacular' Land Market in Svosve Communal Lands, Zimbabwe," *Africa* 80 (1), (2010).

Tim CURTIN, *The Economic History of Land Tenure in Zimbabwe*, (2008).

Markus HALLER, "Private, Public, and Common Ownership," *Analyse & Kritik* 20, S. 166-183, (1998).

Alex MAGAISA, "BSR: Chiefs—Perennial Puppets of Power?," *Big Saturday Read: Cutting Edge Analysis and Critical Insights into Zimbabwean Law and Politics*, (2017).

Farai Shawn MATIASHE, "Zimbabwe: How Zanu PF Uses Traditional Chiefs to Buy Votes in Rural Areas," *The Africa Report*, (2022).

Shem MIGOT-ADHOLLA, Peter HAZELL, Benoit BLAREL, and Frank PLACE, "Indigenous Land Rights Systems in Sub-Saharan Africa: A Constraint on Productivity?," *The World Bank Economic Review*, Vol. 5, no. 1, 155-175, (1991).

Sam MOYO, *Emerging Land Tenure Issues in Zimbabwe*, (2007).

James C. MUROMBEDZI, “‘Communal’ Land Tenure and Common Property Resource Management: An Evaluation of the Potential for Sustainable Common Property Resource Management in Zimbabwe’s Communal Areas,” (1990).

Michael O’FLAHERTY, “Communal Tenure in Zimbabwe: Divergent Models of Collective Land Holding in Communal Areas,” *Africa* 68 (4), 539, (1998).

Eric POSNER and E. GLEN WEYL, “Property is Only Another Name for Monopoly,” 9 *Journal of Legal Analysis* 51, (2017).

Mandivamba RUKUNI, “Why Zimbabwe Needs to Maintain a Multi-Form Land Tenure System,” *Sokwanele*, (2012).

Ian SCOONES, “Still Debating Land Tenure Reform in Zimbabwe,” *ZimbabweLand*, (2020).

Simbarashe TATSVAREI, Abbyssinia MUSHUNJE, Simon MATSVAI and Saul NGARAVA, “Sustainability Crisis of Zimbabwe’s Agricultural Land Tenure: A Review,” *International Journal of Development and Sustainability*, Vol. 7, no. 6, pages 1875-1885, (1879), (2018).

James TSABORA, “Reflections on the Constitutional Regulation of Property and Land Rights under the 2013 Zimbabwean Constitution”, 60 (2) *Journal of African Law* 213-229, (2016).

Lawrence TSHUMA, “Colonial and Postcolonial Reconstructions of Customary Land Tenure in Zimbabwe,” *Social and Legal Studies*, Vol. 7, Issue 1, (1998).

VERITAS, “Communal Land and the Rights of Those who Live in It,” *Constitution Watch* 3/2021, (2021).

NOTES

1 J. MUROMBEDZI, “‘Communal’ Land Tenure and Common Property Resource Management: An Evaluation of the Potential for Sustainable Common Property Resource Management in Zimbabwe’s Communal Areas,” (1990) at 5. On line: <https://opendocs.ids.ac.uk/articles/conference_contribution/_Communal_land_tenure_and_common_property_resource_management_an_evaluation_of_the_potential_for_sustainable_common_property_resource_management_in_Zimbabwe_s_communal_areas/26459515?file=48108778>, consulted on 04/07/2023. A. CHEATER, “The Ideology of ‘Communal’ Land Tenure in Zimbabwe: Mythogenesis Enacted?,” *Africa* 60 (2), 189, (1990).

2 A. HOLT, Southern Rhodesia’s Unilateral Declaration of Independence (UDI), November 11, 2015. On line: <<https://blog.nationalarchives.gov.uk/so>

thern-rhodesias-unilateral-declaration-independence-udi/>, consulted on 12/02/2024.

3 S. TATSVAREI, A. MUSHUNJE, S. MATSVAI and S. NGARAVA, “Sustainability Crisis of Zimbabwe’s Agricultural Land Tenure: A Review,” *International Journal of Development and Sustainability*, Vol. 7, no. 6, pages 1875-1885, (1879), (2018).

4 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1879.

5 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1879.

6 S. MOYO, *Emerging Land Tenure Issues in Zimbabwe*, (2007) at 6. On line: <https://mokoro.co.uk/wp-content/uploads/emerging_land_tenure_issues_Zimbabwe.pdf>, consulted on 30/06/2023.

7 M. RUKUNI, “Why Zimbabwe Needs to Maintain a Multi-Form Land Tenure System,” *Sokwanele* (2012); A. CHIMHOWU and P. WOODHOUSE, “Forbidden but not Suppressed: A ‘Vernacular’ Land Market in Svosve Communal Lands, Zimbabwe,” *Africa* 80 (1), at 14, (2010).

8 RUKUNI, *supra* note 7; TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881.

9 M. HALLER, “Private, Public, and Common Ownership,” *Analyse & Kritik* 20, S. 166-183 at 174, (1998).

10 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 21.

11 HALLER, *supra* note 9 at 175.

12 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 21.

13 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 21.

14 Eventually, largely as a response to rising pressure, small concessions enabling superficial native representation were allowed.

15 In Zimbabwe, “Voting and Threats of Violence”, *The New York Times*, March 29, 1990. On line: <<https://www.nytimes.com/1990/03/29/world/in-zimbabwe-voting-and-threats-of-violence.html>>, consulted on 19/02/2024.

16 Chris McGREAL, “The Trail from Lancaster House”, *The Guardian*, January 15, 2002. On line: <<https://www.theguardian.com/world/2002/jan/16/zimbabwe.chrismcgreal>>, consulted on 19/02/2024.

17 J. TSABORA, “Reflections on the Constitutional Regulation of Property and Land Rights under the 2013 Zimbabwean Constitution,” 60 (2) *Journal of African Law* 213-229, 215, (2016).

18 TSABORA, *supra* note 17 at 216 and 224.

19 Section 16 regulated the right to property under the Lancaster House Constitution. It was eventually supplemented by a section 16A creating greater government control for agricultural land, which was later supplemented by an even more government-empowering section 16B. The 2013 Constitution establishes section 71 for general private property and section 72 for agricultural land. Note that the definition of agricultural land in section 72 of the 2013 Constitution makes clear that the provision does not extend to communal land. As noted below, communal land is already under the formal authority of the state.

20 M. O'FLAHERTY, "Communal Tenure in Zimbabwe: Divergent Models of Collective Land Holding in Communal Areas," *Africa* 68 (4), 539, (1998).

21 O'FLAHERTY, *supra* note 20 at 539.

22 O'FLAHERTY, *supra* note 20 at 539.

23 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1876; MOYO, *supra* note 6.

24 O'FLAHERTY, *supra* note 20 at 539.

25 RUKUNI, *supra* note 7, describing traditional common property scheme on communal land to be a form of traditional usufruct granted by the state.

26 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 3.

27 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 4.

28 The use of the English term "Headman" is statutory. It may be noted that in at least one shona group, the Gudyanga, the equivalent position is one historically occupied by women—see O'FLAHERTY, *supra* note 20 at 552-553 (endnote 4).

29 CHEATER, *supra* note 1 at 189-191; MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 7. There is some debate on this matter. Some assert that, just before the colonial era, people essentially allocated land in an area to themselves (so long as they were understood to be part of the relevant community), this being a function of easy availability of land at the time as land was not in great demand in a precolonial economy with poorly defined chiefly territories, little population pressure and many alternatives to agriculture; pre-colonial economic diversity was destroyed by colonial settlers as part of their measures to force Africans into the settler wage economy. MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 5 and 8; CHEATER, *supra* note 1 at 189. It is further argued that it was the colonial state that, in the last decade of colonialism from the late 1960s to 1980, (re?)crowned chiefs as allocators of land in the communal areas; MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 5; O'FLAHERTY, *supra* note 20 at 540.

30 L. TSHUMA, “Colonial and Postcolonial Reconstructions of Customary Land Tenure in Zimbabwe,” *Social and Legal Studies*, Vol. 7, issue 1, pages 77-95, at 77, (1998).

31 TSHUMA, *supra* note 30 at 79.

32 TSHUMA, *supra* note 30 at 79.

33 TSHUMA, *supra* note 30 at 79.

34 TSHUMA, *supra* note 30 at 77.

35 TSHUMA, *supra* note 30 at 77; MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 5.

36 TSHUMA, *supra* note 30 at 77; O’FLAHERTY, *supra* note 20 at 540.

37 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1876.

38 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1876, asserting that this feature is typical of African land tenure systems.

39 VERITAS, “Communal Land and the Rights of Those who Live in It,” *Constitution Watch* 3/2021, at 3, (2021); TSHUMA, *supra* note 30 at 87.

40 VERITAS, *supra* note 39 at 3.

41 O’FLAHERTY, *supra* note 20 at 542.

42 O’FLAHERTY, *supra* note 20 at 542.

43 O’FLAHERTY, *supra* note 20 at 542.

44 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 30.

45 F. MATIASHE, “Zimbabwe: How Zanu PF Uses Traditional Chiefs to Buy Votes in Rural Areas,” *The Africa Report*, (2022).

46 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 30-31.

47 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 30-31.

48 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 30-31.

49 MOYO, *supra* note 6 at 31.

50 MOYO, *supra* note 6 at 31.

51 TSHUMA, *supra* note 30 at 88.

52 TSHUMA, *supra* note 30 at 89.

53 TSHUMA, *supra* note 30 at 89.

54 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 28-29; TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881.

55 RUKUNI, *supra* note 7; CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 14 and 28-29.

56 RUKUNI, *supra* note 7; CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 14 and 28-29; TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881.

57 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 14 and at 28-29. “It was noted by Moyo (2016) that the A1 lease agreement is not explicit on the inheritance issues considering the challenges experienced within the SSCF. The lease insists on one farm per household and does not allow for group ownership or subdivision of farms by siblings. A key source of tension also relates to the deaths of parent landholders and how succession is handled in such a scenario.” TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881.

58 MOYO, *supra* note 6 at 34; TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881.

59 MOYO, *supra* note 6 at 34.

60 MOYO, *supra* note 6 at 34, noting that, because A2 farms are interspersed with A1 farms, traditional leaders often attempt to exercise authority over A2 farmers, leading to conflict between the parties.

61 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 14; TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881.

62 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 14 and 28-29; TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881; RUKUNI, *supra* note 7, further noting that an earlier resettlement program in the early 1990s also led to recipients holding land under permits and they continue to do so.

63 TSABORA, *supra* note 17 at 225-226.

64 TSABORA, *supra* note 17 at 226.

65 RUKUNI, *supra* note 7; TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1881, both noting that, even with A2 farmlands, many have not received the 99-year leases and hold land under the insecure tenure of offer letters.

66 MOYO, *supra* note 6 at 33.

67 O’FLAHERTY, *supra* note 20 at 537.

68 CHEATER, *supra* note 1 at 203 (fn 3).

69 CHEATER, *supra* note 1 at 203 (fn 3), 1990.

70 CHEATER, *supra* note 1 at 203 (fn 3), 1990.

71 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 3.

72 RUKUNI, *supra* note 7.

73 S. MIGOT-ADHOLLA, P. HAZELL, B. BLAREL, and F. PLACE, “Indigenous Land Rights Systems in Sub-Saharan Africa: A Constraint on Productivity?,” *The World Bank Economic Review*, Vol. 5, no. 1, 155-175, 156, (1991).

74 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 156.

75 T. CURTIN, *The Economic History of Land Tenure in Zimbabwe*, at 12, (2008). On line: <<https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=561411b2fbe6f16afbd99e264533f5eb5eadf342>>, consulted on 18/06/2023.

76 MOYO, *supra* note 6 at 7.

77 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 157.

78 CHEATER, *supra* note 1 at 191; TSHUMA, *supra* note 30 at 89, stating that “arable land and homestead plots are only transferable to other households after they have been abandoned for a couple of years.”

79 MOYO, *supra* note 6 at 7.

80 TSHUMA, *supra* note 30 at 89.

81 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 7.

82 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 5-6.

83 TSHUMA, *supra* note 30 at 92.

84 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 170.

85 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 170.

86 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 170-171.

87 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 171.

88 I. SCOONES, “Still Debating Land Tenure Reform in Zimbabwe,” *Zimbabweland*, (2020).

89 SCOONES, *supra* note 88.

90 SCOONES, *supra* note 88.

91 SCOONES, *supra* note 88.

92 MOYO, *supra* note 6 at 1.

93 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1877.

94 TSHUMA, *supra* note 30 at 88; MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 172.

- 95 TSHUMA, *supra* note 30 at 88.
- 96 TSHUMA, *supra* note 30 at 88.
- 97 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 156.
- 98 MOYO, *supra* note 6 at 7.
- 99 MOYO, *supra* note 6 at 7 & 28; CHEATER, *supra* note 1 at 194, highlighting traditional leaders' reported "refusal to allot land to women's village co-operatives."
- 100 CHEATER, *supra* note 1 at 190.
- 101 CHIMHOWU & Woodhouse, *supra* note 7 at 15 and 26.
- 102 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 159.
- 103 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1879.
- 104 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 156.
- 105 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1880.
- 106 CHEATER, *supra* note 1 at 191.
- 107 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 156.
- 108 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1883.
- 109 TSHUMA, *supra* note 30 at 92.
- 110 TSHUMA, *supra* note 30 at 77.
- 111 E. POSNER and E. WEYL, "Property is Only Another Name for Monopoly," 9 *Journal of Legal Analysis* 51, 51-52, (2017).
- 112 POSNER & WEYL, *supra* note 111 at 51-51; O. BAR-GILL, "Willingness to Pay: A Welfarist Reassessment," 38 *Yale Journal on Regulation* 503, 511-512, (2021).
- 113 MOYO, *supra* note 6 at 22.
- 114 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 6.
- 115 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 7.
- 116 CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 15 and 26.
- 117 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 7.
- 118 MOYO, *supra* note 6 at 7.
- 119 O'FLAHERTY, *supra* note 20 at 540.
- 120 TSHUMA, *supra* note 30 at 89.

- 121 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 8 and 9; CHEATER, *supra* note 1 at 192; CHIMHOWU & WOODHOUSE, *supra* note 7 at 23-24; TSHUMA, *supra* note 30 at 89.
- 122 MOYO, *supra* note 6 at 7, and at 21 noting that insecure tenure concerns in resettlement schemes have not stopped informal land markets through renting, subletting or sharing.
- 123 MUROMBEDZI, *supra* note 1 at 8; CHEATER, *supra* note 1 at 192.
- 124 TSHUMA, *supra* note 30 at 89.
- 125 TSHUMA, *supra* note 30 at 89 and 92.
- 126 TSHUMA, *supra* note 30 at 89.
- 127 TSHUMA, *supra* note 30 at 90.
- 128 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 157.
- 129 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 156-157.
- 130 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 157.
- 131 MOYO, *supra* note 6 at 7.
- 132 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 171.
- 133 HALLER, *supra* note 9 at 181.
- 134 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 171.
- 135 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 171.
- 136 MIGOT-ADHOLLA *et al.*, *supra* note 73 at 169-170.
- 137 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1880.
- 138 VERITAS, *supra* note 39 at 1.
- 139 W. MUKORI, "Zanu PF is Evicting Resettled Blacks, Operation Mavhotera Papi Mark 2023 in All but Name," February 13, 2024. On line: <<https://bulawayo24.com/index-id-opinion-sc-columnist-byo-240158.html>>, consulted on 30/02/2024.
- 140 F. VON BENDA-BECKMANN and K. VON BENDA-BECKMANN, "The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders," *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 38, Issue 53-54, pages 1-44, at 8-9 and 28, (2006).
- 141 VON BENDA-BECKMANN & VON BENDA-BECKMANN, *supra* note 140 at 28.
- 142 SCOONES, *supra* note 88.
- 143 SCOONES, *supra* note 88.

144 TATSVAREI *et al.*, *supra* note 3 at 1883, suggesting that “the country needs to consolidate these land tenure regimes in the agricultural sector, reduce them and provide a legal and administrative system that allows for efficient utilization of land through acceptance in market systems.”

145 VON BENDA-BECKMANN & VON BENDA-BECKMANN, *supra* note 140 at 7.

146 A. MAGAISA, “BSR: Chiefs – Perennial Puppets of Power?,” *Big Saturday Read: Cutting Edge Analysis and Critical Insights into Zimbabwean Law and Politics*, (2017).

RÉSUMÉS

Français

Cet article traite de la coexistence de plusieurs régimes juridiques concernant les terres communales au Zimbabwe. L'interaction entre les systèmes formels et les systèmes coutumiers de droits fonciers suscite des interrogations quant à la répartition des pouvoirs sur les terres communales entre ces systèmes et les institutions qui les gouvernent. Le statut des terres communales en tant que propriété publique sous la responsabilité du chef de l'État et propriété commune sous la supervision des chefs traditionnels, en vertu du droit coutumier, a engendré un dysfonctionnement politique, rendant les autorités traditionnelles complètement dépendantes du gouvernement central en place. Ce dysfonctionnement s'est encore intensifié après un programme de réinstallation foncière désorganisé, qui a accentué les incertitudes concernant la classification juridique des terres rurales ainsi que l'autorité des chefs sur ces terres. La démocratie locale s'est aussi retrouvée davantage soumise au contrôle politique central. Cet article examine également les défis liés à l'efficacité, l'équité et la durabilité que l'on associe souvent aux régimes de tenure foncière coutumière. Il met en avant que, dans le cadre des terres communales du Zimbabwe et des zones de réinstallation voisines, c'est le statut simultané de ces terres en tant que propriété publique et propriété commune – en particulier leur statut de propriété publique – qui crée des insécurités, des inefficacités et des inégalités en matière de droits fonciers. Les systèmes de droits fonciers coutumiers peuvent recourir à des méthodes d'allocation des terres qui augmentent l'intensité d'utilisation de manière souvent localement durable et équitable. Cependant, ces avantages potentiels risquent de ne pas être exploités en raison de l'insécurité plus générale liée à la subordination des autorités traditionnelles aux autorités du gouvernement central.

English

This paper addresses the coexistence of different legal systems on communal land in Zimbabwe. The interaction between formal legal systems

of land tenure and customary legal systems of land tenure creates questions as to the distribution of power over communal land between these legal systems and their respective governing institutions. Communal land's status as simultaneously public property under the national president and common property under traditional chiefs in a customary law system has created political dysfunction by leaving the traditional authorities wholly beholden to whatever central government executive holds power. The dysfunction has only increased in the wake of a chaotic land resettlement program that increased uncertainty in both the legal classification of rural land and the authority of chiefs with respect to such land. Local democracy has also been rendered more subservient to political control from the center. The paper also discusses the efficiency, equity and sustainability challenges commonly attributed to customary land tenure schemes. It highlights that, in the context of Zimbabwe's communal lands and the abutting resettlement areas, it is the land's simultaneous status as public property and common property—and especially the status as public property—which creates an array of land tenure insecurities, inefficiencies and inequities. Customary tenure systems can deploy land allocation methods that increase use intensity in what are often locally sustainable and equitable ways. But these potential gains may go untapped because of broader tenure insecurity due to the subservience of traditional authorities to central government authorities.

INDEX

Mots-clés

propriété publique, propriété commune, propriété privée, Zimbabwe, terrain communal, réinstallation, terre agricole, coloniale, postcolonial, tenure coutumière, chef traditionnel

Keywords

public property, common property, private property, Zimbabwe; communal land, resettlement, agricultural land, colonial, post-colonial, customary tenure, traditional chief

AUTEUR

Zvikomborero Chadambuka

Zvikomborero Chadambuka is an Assistant Professor of Law at Wayne State University Law School.

IDREF : <https://www.idref.fr/282158995>

Public and private legal regimes regarding access to water: juridical aspects of the renewed need for public intervention. An italian study

Francesco Paolo Grossi

DOI : 10.35562/droit-public-compare.496

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Premises and purpose of the paper
2. The problematic evolution of
“
public”

water
3. The Galli Law and a new scale of values: Water as a resource to be protected
4. Water as a modern public property and the suggestion of the commons
5. The application moment: The supply service
6. The new Consolidated Law on local public services. Brief considerations
7. Closing remarks

TEXTE

1. Premises and purpose of the paper

- 1 There have always been fierce clashes over water due to its inescapable relevance to human life and its many sources of supply. Thus, water has been a major concern of both jurists and social scientists¹ who more generally study the interdisciplinary nature of water policy. Two organizational systems have a hand in public access to water. Public property legal regimes are founded on

the requirement of state intervention in the ownership and governance of water resources. Private property regimes are based upon water's status as a source of profit and the consequent possibility of entrepreneurial management of it. This juxtaposition can concern different segments of water policies, notably the proprietary regime of the asset and the supply service. Indeed, what needs to be considered is that the evaluations and outcomes of juridical analysis vary depending on the section of water policies examined. It is worth noting that, on a theoretical level, the concept of ownership and the one of provision are two distinct and autonomous systems from each other in terms of regulation and discipline. However, the elaborations of the doctrine and the jurisprudence with regard to the legal framework pertaining the asset have constituted a true ideological vector at the moment when it became necessary to establish and govern the service that guarantees the use of the resource. In fact, on the assumption that water was a public good, or, according to different approaches, a common, subject to an autonomous fundamental right, it has been believed—sometimes dogmatically—that the service should be handled through entities exclusively held by the public administration. Thus, while public property of the resource is currently considered the only viable option, much greater contrasts are encountered regarding the possibility of entrusting service management activities to private entities.

- 2 This study delves into juridical aspects of water policy in the context of the Italian legal system.² It is divided into two parts. First, it analyses how water has come to be viewed as a public good. Then, it considers the availability of water as a public service and scrutinizes, from a juridical standpoint, the admissibility of private participation in the sector. Following separate analyses (inevitable due to the diversity of regulations), this paper aims to question whether ownership and provision are indeed two autonomous systems or, considering the necessary guarantee of access to the resource, their autonomy can be called into doubt.
- 3 In terms of the methodology used, the first part mainly considers older legislative sources and the interpretation provided by coeval or contemporaneous doctrine, in order to understand how and why the legal system arrived at the extensive declaration of the publicity of

water and the simultaneous disappearance—or at least the drastic reduction—of the category of private waters.

- 4 The second part, on the other hand, starts from more recent legislative sources, primarily of European origin. The study of the issue also involves analysing, interpreting and systematizing the numerous contributions from the scholarly literature and the European, constitutional and administrative case law, which have contributed to shaping the normative framework of reference. Before the closing remarks, some considerations on the newly approved Italian reform of local public services will be necessary, given that it significantly affects the governance of the water supply service.

2. The problematic evolution of “public” water

- 5 By now, conceiving of water as a public good may seem to be a given. However, in Italy, this assumption has been long in coming. The idea of the existence of private waters was inherited from the frequent coexistence of the legal-patrimonial private matrixes that were typical of the feudal age and nourished by common tolerance of individual and non-rivalrous uses of water. For a long time, these arrangements were not just accepted; they were considered dominant with respect to public use of water, which was limited to navigation until the end of the XIX century in accordance with the *Code Napoléon*, transposed in Italy by the Sardinian Code of 1837. This Code later strengthened the protection of property by imposing a generic duty of non-dispersion. Even so, this change in policy was incremental, corresponding to the liberal idea that only public use, i.e., non-excludable collective uses, justifies the public character of a good. Economic utilities that could be exclusive were left to private appropriation.³
- 6 The subsequent need to establish public control of the asset of water was also a consequence of the gradual acceptance of the idea of a *domaine public*, as opposed to a *domaine privé*. This distinction was progressively consolidated starting from French Revolution, albeit initially from a different perspective than the modern meaning of state property.⁴ It was then refined by the doctrine of public property

that developed in Germany at the end of the XIX century.⁵ Based on these various theoretical and historical influences, a dominant definition of public property has emerged in national legal systems around the world, including in Italy.⁶ In a preliminary approximation, public property is conceptualized as a complex of movable or immovable assets (in the legal sense) that belong to the state or to another public body, “identifiable on the basis of specific criteria established by law or because they are concretely destined to a public function or service”.⁷

- 7 During the XIX century, a strong contrast also emerged between two positions that were inspired, on the one hand, by Title V of the Public Works law of 20 March 1865 (no. 2248 all. F), which called for water to be regulated primarily for civil protection purposes, and on the other hand, the coeval first Italian Civil Code. The first corpus, as *acque pubbliche* (public waters), included rivers, streams and minor waterways, divided into ditches, rivulets and culverts usable by private individuals only with a concession. The Civil Code, on the other hand, which was inspired by liberal ideology, defined *acque demaniali* (state-owned waters) (Art. 543) rivers and streams only, expressly leaving minor waterways to be construed as private property. An intermediate solution, referred to as “distinguishing”⁸, assigned public status to smaller waterways (and therefore to lakes, springs and tributaries) whenever they served the public interest. This development marked the first concrete retreat of private interests in favour of a broader conceptualization of the public domain, which influenced subsequent legislation.

- 8 After some legislative interventions at the turn of the two centuries,⁹ the second stage of development was reached with the fundamental T.U. *Acque Pubbliche* (Consolidated Law on Public Waters), which is partially still in force today. This law addresses the procedures for granting derivation concessions. A rule posed in Article 1 holds that all inland waters, even in different natural forms (springs, lakes, rivers), origins (surface or underground) and locations are public if they had (at the time when the rule came into force) or subsequently acquired “aptitude for uses of general public interest”. The category of private waters remained (not all waters were deemed public), but basic assumptions were changing.¹⁰ The distinguishing criterion between public and private waters changed from a nominal

one to a teleological one, and the distinction became fluid in relation to circumstances that attain juridical relevance.¹¹ One well-known expression is “riserva in bianco” (blank reservation)¹² under public control in the field of waters. However, the change in the State’s attitude towards public goods corresponded in principle to the prioritization of Italy’s economic and industrial development, especially concerning water’s role in the production of electricity and the irrigation of fields. There was perfect overlap between the intensive exploitation of the utilities attainable from water and the public’s interest in obtaining them,¹³ while the ecosystem protection component was almost absent. When in 1942 it came to the discipline of Article 822 of the Civil Code, which is currently in force, most of the reconstructed developments had already taken place. Thus, the Code classified waters as “state property” (*acque demaniali*) based on mixed criteria: partly ontological (by expressly mentioning streams, rivers, lakes) and partly neutral, referring to relevant sectoral regulations. The Code also established the property statute, which specified exceptions to common rules. The first exception concerns non-commerciality, which includes both a public destination and inalienability by the administration¹⁴. This exception invalidates transfers of fractions of the water system, making the conduct of anyone who withdraws waters without having been previously granted a regular concession unlawful. The second exception allows public officials to undertake executive actions as self-defence and as an alternative to the generally used means of defending property and possession.

3. The Galli Law and a new scale of values: Water as a resource to be protected

- 9 Towards the end of the XX century, a changed awareness served as the basis for new legislation about water,¹⁵ most importantly a law passed on 5 January 1994 no. 36, known as the Galli Law. This law implemented an approach that was extremely innovative for the time. With developing awareness of the non-limitlessness and vulnerability of the good, it fundamentally changed public authorities’ approach to

water policy and inaugurated the third and final directive on the matter. Critics had charged that the old system had distorted the relationship between common use and exceptional use.¹⁶ That system had almost exclusively rewarded the concessionaire's withdrawal efficiency, concurring both with severe environmental externalities produced by a system based solely on the instrument of the concession.¹⁷ The innovative essence of the law is condensed in Article 1:

All surface and underground waters, even if not extracted from the subsoil, are public and constitute a resource that is safeguarded and used according to criteria of solidarity. Any use of water is carried out safeguarding the expectations and rights of future generations to benefit from an intact environmental heritage. The uses of water are aimed at saving and renewing resources so as not to jeopardise the water heritage, the livability of the environment, agriculture, aquatic fauna and flora, geomorphological processes and hydrological balances.

- 10 A literal interpretation of the normative text is that the State should control all bodies of water, as supported by the majority doctrine¹⁸ and the jurisprudence of the Constitutional Court.¹⁹ There were, however, some observers who argued that the result of the amendment was more limited. They disagreed with the assumption that all waters were automatically declared public²⁰ and so the possibility of identifying private waters would remain. However, as confirmed also by the recent case law²¹, the path the administration and specialized judges must take is the opposite of the past, operating under an inverse presumption of State ownership.
- 11 In any event, focusing on the issue of permanently private waters makes one lose sight of the real innovative impact of the Galli Law. Its main contribution is that it obligated present generations to protect the water needs of future generations, imbuing the asset with legal value. The passage of the law quoted above, though loaded with a clear meta-legal component, allows the matrix of solidarity to yield positive regulation when allocative choices are made. Three components—priority for human consumption²², environmental protection and safeguarding of the quality and quantity of the resource—are to be considered pre-eminent *vis-à-vis* economically

rational uses that had been preferred before the Galli Law. Water policy seemed to be moving towards “overcoming any residual individualistic conception”.²³ Moreover, as emphasized during the judgement of constitutional legitimacy on the law, “the centre of gravity has shifted towards the regime of use, rather than the regime of ownership, with a view to safeguarding a primary human good and the fundamental value of the integrity of the patrimony”²⁴. In short, the Galli Law marked a paradigm shift that was in some ways epochal and distinct from the way other assets in the public domain are treated. Water was no longer seen from an appropriative perspective as an expressive asset of an economic *utilitas* to be exploited, but rather as a resource²⁵ to be protected due to its scarcity and status as an essential human need. Water came to be viewed as “custodial” public property²⁶, an expression coined in the wake of the experience of the *État* expressly qualified as *gardien* by the “*Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*”, adopted on 11 June 2009 concerning the waters of the Canadian Province of Quebec²⁷.

- 12 The most recent regulatory interventions follow the same direction of the Galli Law, but under a completely changed values framework. The influence of European Union legislation has been strong; Directive 2000/60/EC (the so-called Framework Water Directive) “establishes a framework for Community action in the field of water” and differentiates water from common commercial products in Article 1.²⁸ Subsequent environmental codification (Legislative Decree 152/2006), in which the Galli Law converges, codifies European principles on environmental protection,²⁹ above all the principle of sustainable development.³⁰ Moreover, it imposes a rationalisation of water as a resource, aiming to avoid waste and favouring its renewal.³¹

4. Water as a modern public property and the suggestion of the commons

- 13 At this juncture, it is pertinent to inquire about the purpose of framing the public ownership of water in these terms and whether

this discipline differs in any manner from other forms of public property. It has been argued that public ownership of water is not the express aim of the regulatory regime. Instead, it is the instrument through which the State protects a plurality of interests that are considered fundamental, including those deriving from water³². In a general perspective, the regulation of water is inspired by the need to ensure sustainability, which unfolds on three levels: environmental, economic (as costs of use must be adequately accounted for and covered by users) and social (considering the ethical problem of access for every human being). That is the reason why some, even *de jure condito*, have argued for the qualification of water resources in terms of the commons:³³ a category often invoked by legal science³⁴ but presently lacking firm support in terms of positive law.³⁵ More realistically, public planning and control of water is undertaken primarily for the purpose of protecting a good whose over-consumption would lead to irreparable impoverishment,³⁶ resulting in the so-called “tragedy of the commons”.³⁷ Indeed, water seems to be the guiding star of an evolved and constitutionally oriented form of public property amid an ever-growing crisis. A public regime still configured in anthropomorphic terms, in the sense of a direct relationship between the public *dominus* and property (in homage to the already mentioned Franco-German tradition), is said to be increasingly inadequate to respond to new inherent needs and the social protection of fundamental rights rather than upholding the old sovereign-proprietary dimension.³⁸ Interpreted in this sense, public ownership of water should never be called into question.

5. The application moment: The supply service

- 14 Without delving into the debate about whether there is a new and distinct “right to water” of international, European or domestic juridical dimension and relevance,³⁹ which has sometimes led to the affirmation of the need to include it among core constitutional norms,⁴⁰ distribution efficiency of the service is what makes current water policy effective in practice and thus important to safeguard. In fact, at any given moment, water (as a resource) loses its static characterization and is projected into a dynamic dimension

destined to meet the needs of the community that has claims on its use; that is, a public service demand arises. The latter is characterized by the attribution and ownership of an activity, qualified as a duty by the legislature (whose purpose is to protect the essential interests of the community it serves), which takes a specific organizational form (not necessarily a public one, as the State can choose to confer it to a private contractor).⁴¹ The Galli Law, already so innovative in terms of the public property aspects of water policy, also created the Integrated Water Service (IWS), consisting of all the public services of intake and output of water for civil uses, sewerage and purification of wastewater.⁴² Moreover, by leveraging the principle of economies of scale, the Galli Law imposed criteria of efficiency and industrial administration of the IWS in conjunction with the principle of unified management. The latter implied the provision of the service according to the so-called optimal territorial division (OTD) and the necessary correspondence between each OTD and a single supplier.

- 15 Over time, the conflict between the public and the private has been decidedly more radical in the context of the IWS than anything that developed regarding the proprietary regime of the good. If public ownership of the good “water” is now a shared (and desired) fact in the legal system, on the service there is a dialectic fueled by two opposing theses. On the one hand, the public nature of the (common) good implies that the IWS should be run by entities that are owned or managed exclusively by the State⁴³. On the other hand (and this position is by far the majority one), there are those who believe that notwithstanding the public nature of the asset and the State’s functions of direction and control, nothing should prevent the IWS from being managed by private parties.⁴⁴ In addition to “in-sourcing management”⁴⁵ (which is entirely internal to the public authority) and “special undertakings”⁴⁶ (separate legal entities but subordinate to the direction and control powers of the public administration), what has attracted the attention of experts is primarily the so-called in-house providing, a term coined by the historic European ruling, Teckal.⁴⁷ For two decades, it has been considered the leading public management model: as is well known, the in-house company is regarded as an extension of the public entity, a phenomenon of self-organisation which, thus, exempts from

the conduct of competitive procedures. However, it remains at the center of the complex work of adjustment within the legal system, in Italy as in other countries.⁴⁸ As for the positive law, definitively clarified by Concessions Directive UE/2014/23,⁴⁹ the in-house approach is an alternative to outsourcing through public tender and the constitution of a joint company with a private partner (in the context of the so-called institutionalized public-private partnership).

- 16 As for the profiles of interest here, the most impactful recent event was the referendum of June 2011, which resulted in the repeal of two provisions of law by a large majority of Italian voters, on the (mistaken) assumption that the classification of water as a public good was under threat. The first legal provision to fall was Article 23 bis of Law No. 133 of 2008 as amended by Article 15 of Decree-Law No. 135/2009. It made recourse to the in-house option available only when circumstances did not permit an effective recourse to the market and prescribed both a reinforced motivation of entrustment by the local authority and a prior opinion of the Italian Antitrust Authority.
- 17 The second provision removed Article 154 of the environmental Code, which had allowed payment of a tariff to service providers that took into account “an adequate return of the capital invested”. At that time a fixed remuneration of 7 percent of invested capital was established, regardless of the legal status or the concrete efficiency of the operator (therefore, even the inefficient ones were rewarded).
- 18 The repeal of these provisions brought a “new fact”⁵⁰ into the legal system: an entire sector of the national public administration—and one of the most important ones—had come to be directly and immediately governed by a European source. The European Union, however, at least at an early stage, never favored or imposed a precise form of operational model for the so-called SGEIs, remaining neutral and safeguarding the principle of free choice for public administration.⁵¹ The national legislature, on the other hand, has taken a different tack. In the wake of what may be termed an all-embracing conception of the competition’s defence—which has also been endorsed by the Constitutional Court⁵²—It has continually disfavored in-house management. The regulatory technique has in principle always been the same: to impose reinforced motivational

obligations on authorities charged with the task of justifying not resorting to the market since the latter is assumed to be the maximum model of efficiency, so much so that the outsourcing of the service is preferable to internalization.

- 19 The order—first, the Article 192 of Legislative Decree No. 50 of 2016, implementing Directive 2014/23/EC and then Article 5 of Legislative Decree No. 175 of 2016 (the so-called Consolidated Law on Public Owned Entities Company)⁵³ expressly provided for motivational burdens on entities that choose to proceed with the in-house approach.⁵⁴ Finally, the entire institutional design of the Italian legislation was promoted first by the European Court of Justice,⁵⁵ then by the Constitutional Court,⁵⁶ on an argument constant in jurisprudential reflections that the national legislature has unquestioned political discretion in providing for the implementation of competition policies to an extent that goes well beyond the minimum ones to which it is obliged by European law.⁵⁷
- 20 These interventions were not applicable by express provision to the IWS, which therefore continued to maintain its preferred status; however, they did end up informing the in-house approach whenever chosen by the authority governing the OTD.⁵⁸

6. The new Consolidated Law on local public services.

Brief considerations

- 21 The Consolidation Law 201 of 23 December 2022 was approved as the annual law on competition. For the first time, a century after the Giolitti Law,⁵⁹ it organically regulates local public services of economic importance.⁶⁰ The unified text directly impacts the IWS and, therefore, it requires some considerations. Moreover, it allows for brief reflection on the impact of privatization policies for the relevant sector.
- 22 An overall analysis of the Consolidated Law reveals a clear inclination towards promoting competition concerning water, as requested by the European Union during the approval of the National Recovery and Resilience Plan.⁶¹ The assumption of neutrality on the part of EU

institutions thus seems rather remote. These principles should be balanced, or at least aspire to guarantee a high level of quality, safety and accessibility, equal treatment in universal access, and the rights of citizens and consumers. Article 4 is the keystone of the policy. In deference to European principles, it establishes a clause of prevalence of the Consolidated Law itself with respect to sectorial disciplines (and therefore also of the IWS) in the event of conflict.

- 23 Today, the three above-mentioned forms of management dominate: complete outsourcing, public-private partnership, in-house providing. “In-sourcing management” and “special undertakings” are no longer permitted, except in absolutely residual cases,⁶² and only for non-networked local public services. More specifically, when the amounts of in-house awards exceed European thresholds for public contracts, local authorities and other competent bodies are required to award the service on the basis of a:

qualified motivation that expressly accounts for the reasons for not having recourse to the market for the purposes of efficient management of the service as well as illustrating the benefits for the community of the chosen form of management [...] also in relation to the results achieved in any previous in-house management.⁶³

- 24 In addition, the entrusting entities are required to draw up a business plan, to be updated every three years, which accounts for both the efficiency of the choice and the reasons justifying the maintenance of their in-house choice. This obligation is justified by the rationalisation of public shareholdings, to which the entrusting entities are obliged by Article 20 of Legislative Decree 175/2016. In short, it is the legislature’s intention to promote the competition principle, which operates as a sieve criterion for efficient managements. Local authorities are therefore subject to an enhanced motivational obligation and must demonstrate efficiency in previous in-house operations. Once again, the in-house model is clearly viewed with concerns.
- 25 Moreover, one of the criteria included in Article 26(d) for determining the tariff is the parameter of the “adequacy of the remuneration of the invested capital, consistent with prevailing market conditions”. In practice, the same provision that had been expunged by the voters

re-enters the process. This provision, however, will have to be interpreted in the light of the new tariff methods prepared by the Italian Regulatory Authority for Energy, Networks and Environment (ARERA), which has enjoyed regulatory powers in this area since 2012.⁶⁴ These methods have passed the scrutiny of the administrative judges unscathed⁶⁵ and, despite providing for remuneration of both debt capital and invested equity capital, are based on the efficient-costs mechanism in a price cap regime, which is very different from the fixed remuneration provided for under the previous system.

- 26 On the other hand, the fundamental separation⁶⁶ between regulation, directive and control functions, on one side, and management functions, on the other side, has not been adequately emphasised. The specific rule (Art. 6, para. 2) which provides that the governing authorities cannot have any stake in the companies that manage the service by express provision does not apply to the IWS (Art. 33, para. 1).

7. Closing remarks

- 27 Leaving aside the question, entirely internal to Italian constitutional law, concerning the duration of referendum constraint on the legislature,⁶⁷ the referendum result has been substantially disregarded over the years by the Italian legislature, first in a more nuanced manner, and then, through the new consolidated law, in a decidedly more direct way.
- 28 However, in Italy, the atavistic problems of the water service are not about the legal nature of the company managing the service. The challenges lie elsewhere. First has been the failure to implement the Galli law across much of the country for two decades and the consequent obstacles to updating the tariffs, which have had significant effects on general taxation and quality of service. Additional challenges include the confusion between political and technical functions; the chronic insufficiency of investments which can hardly be fully borne by public finances;⁶⁸ the intolerable state of the network that, especially in the South of the country, registers heavy losses (the so-called water service divide); and pending infringement procedures for violation of European legislation on

urban wastewater.⁶⁹ Therefore, instead of emphasizing the debate about the legal nature of the operator, it would be better to focus on the managers' abilities to achieve the performance standards set by the public sphere, which, in this sense, necessitates maintaining the functions of direction, control, and regulation.

- 29 However, it is hard not to notice how water is, on the one hand, the beneficiary of one of the most advanced protective regulatory regimes that the legal system can offer. Nevertheless, water ends up being the subject of a market, albeit a regulated one. The friction between the discipline of the good and the discipline of the service is evident.
- 30 To overcome this immanent contrast, while at the same time seeking to shun any ideological stance, the current legal framework should be read from a constitutionally oriented perspective that takes into account core values including the right to life and the preservation of human health and the natural environment, all of which are directly connected to the availability of water and necessarily preclude the water service from being subject to full commodification within the market.
- 31 In other terms, it is certainly true that the regulation of the service is autonomous from that of the ownership, but it cannot be to the extent of nullifying the reasons for public ownership.
- 32 The aforementioned core values must not be ignored, nor should they succumb when weighed against the rules of competition. The principle of the "neutrality" of the manager must be verified in concrete terms, because water is inherently a matter of public interest. Thus, neutrality must guide the modalities through which the State can relate to the water system, identifying fundamental junctions of indispensable public governance of the asset.
- 33 As there are no specific "golden power" provisions, the role of the regulator seems destined to become increasingly central to future public interventions. The regulator's actions, for now, are not solely focused on liberalizing measures aimed at creating a competitive market through administrative decisions.⁷⁰ Instead, they account for the universal dimension that aims to guarantee equal access to water for everyone, especially members of vulnerable groups. This equity

may be achieved through tools such as tariff containment, water bonuses, and minimum vital quantities. Moreover, the regulator seems to have become the privileged interlocutor of both public and private players in the sector.

- 34 If private actors remain difficult to eliminate (nor would their exclusion necessarily be desirable), due to the principle of horizontal subsidiarity, now codified by Article 6 of the aforementioned Consolidated Law, and the direction the legislature has taken (which is ultimately linked to the funds of the National Recovery and Resilience Plan), the new legislation should not permit an uncontrolled, extensive privatization. The water service has always enjoyed a special regime thanks to the public law principles that inform ownership of the asset and regulation of it. In conclusion, the complete subjection of the water service to the rules of competition would risk undermining the regime of equality of access, which is essential, especially in a time characterized by the scarcity of the resource.

NOTES

1 See, among others, J.-L. GAZZANIGA, “Droit de l’eau et organisation sociale”, in *Histoire du droit social, Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, p. 267 sq.; V. SHIVA, *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*, Cambridge, South End Press, 2002.

2 Some comparative experiences are illustrated in V. PARISIO (ed.), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata. Una riflessione a più voci*, Milan, Giuffrè, 2011.

3 See B. TONOLETTI, “La disciplina del demanio idrico e l’acquisizione della risorsa per il consumo umano”, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (eds.), *Annuario di diritto dell’Energia 2017: Il regime dell’acqua e la regolazione dei servizi idrici*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 172.

4 During the *Ancien Régime*, assets of any kind belonging to the sovereign, the so-called *domaine de la Couronne*, were removed from the application of the *droit commun* and subject to a series of derogatory rules, not dissimilar to those known today. The French revolutionary legislature, on the other hand, was imbued with the bourgeois principles that urged the

commercialisation and privatisation of economic assets to gain profit from them. So, with the famous law of 22.11-1.12, 1790, these assets were returned to the *domaine de la Nation*. As for the profiles of interest here: “le fleuves et rivières navigables ou flottables”. For the French doctrine, without any claim of exhaustiveness, see J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, t. II, Dijon, Lagier, 1st ed., 1833; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnelle*, t. III, Paris, de Boccard, 2nd ed., 1923, p. 323 sq.; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12th ed., 1933, p. 779 sq.; M. LAGRANGE, “L’évolution du droit de la domanialité publique”, RDP, 1974, p. 5 sq. ; P. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997. This last Author writes (see p. 107): “The space reserved, within the state property, for certain goods considered insusceptible of private ownership, undoubtedly constitutes the germ of the distinction between *domaines*. But the synonyms used to designate public property on the one hand, and the lack of correspondence between the concepts of *domaine public*, of goods intended for public use, and of things out of commerce, on the other hand, prevent discussing *dualité domaniale* for the period covered by the *droit intermédiaire*”.

5 Fundamental remain the studies of F. EISELE, *Über das rechtsverhältniss der res publicae in publico uso*, Basel, Universitätsbuchdruckerei von C. Schultze, 1873 and O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, vol. III, Paris, V. Giard et E. Brière, 1905.

6 With regards to German and French influences on Italian legislation about public goods, see, extensively, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell’uso dei beni pubblici*, Naples, Jovene, 1979, *passim*, and V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della “proprietà” e dei “beni”*, Turin, Giappichelli, 2022, p. 105-109. As is known, Italian legislation, although inspired by the French one, did not embrace the duality of state properties present in that country. Currently, it distinguishes between assets belonging uniquely to the State and constituting the “public domain” (in Italian, *demanio pubblico*) and so-called patrimonial assets, which are further categorized into “unavailable” and “available” based on their allocation for public purposes (in Italian, *beni patrimoniali, indisponibili e disponibili*). In French doctrine (see C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, Paris, PUF, 2022, p. 46-47), it has been said that this legal system introduced a true “échelle de la domanialité italienne”, recalling L. DUGUIT’s well-known theory. More cautious the Italian scholars, but without denying the latter’s influences. In this regard, see V. CAPUTI JAMBRENGHI, *supra*, p. 67-69, in part. Fn 5.

7 Thus, *verbatim*, V. CERULLI IRELLI, “Beni pubblici”, in *Dig. disc. pubb.*, vol. II, Turin, Utet, 1988, p. 273. See, also, A.M. SANDULLI, “Beni pubblici”, in *Enc. dir.*, vol. V, Milan, Giuffrè, 1959, p. 277 sq.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milan, Giuffrè, 1969; V. CAPUTI JAMBRENGHI, “Beni pubblici (uso dei)”, in *Dig. disc. pubb.*, Turin, Utet, vol. II, 1987, p. 294 sq.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, “Beni pubblici”, in *Enc. giur.*, vol. V, Rome, Treccani, 1988, *ad vocem*. For a qualification of public property in terms of duty, see V. CAPUTI JAMBRENGHI, “Beni pubblici e d’interesse pubblico”, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (eds.), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 179 sq.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, “Proprietà-dovere dei beni in titolarità pubblica”, in *Annuario AIPDA* 2003, Milan, Giuffrè, 2004, p. 61. In the opinion of the Author, considering that legislative sources refer to “belonging” rather than “ownership”, it can be believed that public ownership is more of a bundle of duties, far from the classical notion of ownership, which is normally linked to the concept of rights (first and foremost, the right to exclude others from enjoyment).

8 For an analysis of the animated debate at the time, see F. CAPORALE, “Acque pubbliche ed acque private tra Otto e Novecento”, in M. GALTAROSSA, A. GENOVESE (eds.), *La città liquida/la città assetata: storia di un rapporto di lunga durata*, Rome, Palombi Editore, 2014, p. 254-272. There were three conflicting theses on this issue. In addition to the abovementioned “distinguishing system”, there were the “privatists” who tended to apply article 543 of the Civil Code to minor waterways, and the “demanialists” who favored the prevalence of the Law on Public Works. See, also, A. CROSETTI, “Il difficile percorso della nozione di acqua pubblica”, *Dir. e proc. amm.*, no. 2, 2018, p. 453-458.

9 The major work on Italian water legislation between the XV and XIX centuries remains L. MOSCATI, *In materia di acque. Tra diritto comune e codificazione albertina*, Rome, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 1993, which also emphasises the influence that Italian legislation had on national disciplines in Europe and even on other Continents (e.g. USA, India, Chile, etc.).

10 See, V. CERULLI IRELLI, “Acque Pubbliche”, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, Treccani, 1988, *ad vocem*; R. JANNOTTA, “Acque Pubbliche”, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Turin, Utet, p. 51 sq.

11 In the literature, however, it has been highlighted how the reform was tautological. It has been argued that this formula simply shifts the problem of identification from physical characteristics to the identification of the

characteristics of the notion of “public general interest”. Moreover, it would merely confer, tautologically precisely, a public character to waters that are suited for public use. See, U. POTOTSCHNIG, “Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque”, *Riv. trim. dir. pubb.*, no. 4, 1969, p. 1016.

¹² *Ibid.*

¹³ According to G. PASTORI, “Tutela e gestione delle acque: verso un nuovo modello di amministrazione”, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, Mucchi Editore, 1996, p. 1287 sq., water was considered by the legal system on par with a “means of production”.

¹⁴ In this sense, see, V. CERULLI IRELLI, “Beni pubblici”, *op. cit.*, p. 254 sq. On the principle of inalienability, born as a reaction to monarch’s prodigality in the 14th century, see A. ROUSSELET, *La règle de l’inaliénabilité du domaine de la couronne, Étude doctrinale de 1566 à la fin de l’ancien régime*, Paris, LGDJ, 1997.

¹⁵ The Galli Law was anticipated by the Law no. 319, 10 May 1976, “Rules for the protection of water from pollution”, also known as the Merli Law; the Law no. 183, 18 May 1989, on the protection of soil; and Legislative Decree no. 275 of July 12, 1993, “Reorganization of the concession of public water”.

¹⁶ See V. CERULLI IRELLI, “Acque pubbliche”, *op. cit.*, p. 2, who argues that: “exceptional uses are not such, given the repercussions they entail on collectivity”. On the inability of the concessionary instrument, by its nature based on a case-by-case evaluation, to guarantee an overall governance of the resource, the contribution of U. POTOTSCHNIG, “Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque”, *op. cit.*, p. 1021-1022 and C. DE BELLIS, *Acque e Interessi territoriali*, Bari, Cacucci, 1984, remain fundamental, in the wake of the reflections of F. BENVENUTI, “Il demanio fluviale”, now in *Scritti Giuridici*, vol. III, Milan, V&P, 2006, p. 2011 sq.

¹⁷ See E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità: la risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milan, Giuffrè, 2012, p. 219. The generalised declaration of public property as per Royal Decree 1775/1933, functional only to the assignment of withdrawal-derivation titles, would have been guilty, through “an unconscious heterogenesis of the ends”, of the dramatic impoverishment of the resource.

¹⁸ See, recently, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 277-290; A. CROSETTI, *op. cit.*, p. 478.

¹⁹ Constitutional Court, 19 July 1996, no. 259.

20 See F. CAPORALE, “Acque. Disciplina pubblicistica”, in *Enc. trecc. (online)*, 2014; F. CAZZAGON, “La demanialità idrica e la categoria residua delle acque private”, *Giur. merito*, no. 7-8, 2008, p. 2046; S. PALAZZOLO, “Acque pubbliche”, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milan, Giuffrè, 2000, p. 37-39 where the “abnormal” effects of an acquisition of all waters to state property are shown: “this not only (for the consequences) on small springs, country wells, irrelevant brooks and streams or isolated and precarious ponds, tanks and so on, including waters mobilized in artificial lakes and canals, but for the fact that it does not seem conceivable to own water without its container and... perhaps in the clouds or in the sea”! The Author, however, does not deny a “virtual publicity...referring to all waters and to none in particular”.

21 Italian Court of Cassation, Criminal Division, sec. III, 9 April 2012, no. 12998.

22 On this point, however, some concerns are expressed by B. TONOLETTI, *op. cit.*, *passim*, which argues that the permanent validity of Consolidated law on Public Water, which is inspired by different logic compared to the subsequent laws, might create some systematic uncertainties on the subject.

23 *Verbatim*, U. POTOTSCHNIG, “Commento all’art. 1”, in U. POTOTSCHNIG and E. FERRARI (eds.), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche (leggi 5 gennaio 1994, nn. 36 e 37)*, Padua, Cedam, 2000, p. 10.

24 See Constitutional Court, 19 July 1996, no. 219, as well as the subsequent sentence of the Constitutional Court, 27 December 1996, no. 419, on the issue of the absence of any provision for compensation to private entities, which is held not to be in conflict with article 24 of the Constitution (the right to take legal action), inasmuch as “in the regime of water publicity one is outside the scheme of expropriation, but falls within the hypothesis in which the law regulates in a general way dominical rights in relation to certain purposes in order to ensure the social function of property in relation to entire categories of goods”.

25 On the importance, not only in a symbolic sense, of using the term “resource” instead of the term “good”, see A. DI MAJO, “Le risorse idriche nel vigente ordinamento”, *Rass. giur. en. elettr.*, no. 1, 1996, p. 1 sq.

26 The lexical intuition is owed to E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 296, p. 328 sq., for whom the expression may be valid as an interpretative criterion rather than as a positive normative datum.

27 See chapter C-6.2 of the law mentioned in the text: “Considerant que l’État, en tant que gardien des intérêts de la nation dans la ressource eau, se doit d’être investi des pouvoirs nécessaires pour en assurer la protection et la gestion”. See, also, M. CANTIN CUYN, “Recent developments to the law applicable to Water in Quebec”, *Vermont law review*, vol. 34, 2010, p. 859 sq.

28 See P. URBANI, “Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque, (2000/60): i profili istituzionali di un nuovo governo delle acque”, *Riv. giur. amb.*, no. 2, 2004, p. 209 sq.

29 See M. RENNA, “I principî in materia di tutela dell’ambiente”, *RQDA*, no. 1, 2012, p. 70. A perspective on the relation between public goods and environmental law is shown in V. CAPUTI JAMBRENGHI, “Tutela dell’ambiente e beni pubblici. (Provocazioni per uno studio sul dominio ambientale eminente)”, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 311 sq.

30 In the report “Our Common Future”, widely known as the Brundtland Report, for the first time the concept of “sustainable development” was defined as “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”. On this general principle, see F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Naples, Editoriale scientifica, 2010.

31 See Art. 144 co. 4, Legislative Decree 152/2006. On the innovations introduced at the conceptual level and in terms of the legal regime by the Code, see A. PIOGGIA, “Acqua e Ambiente”, in G. ROSSI (ed.), *Diritto dell’ambiente*, Turin, Giappichelli, 5th ed., 2021, p. 277-294.

32 *Ibid.*, 281. For a substantive reconstruction of the concept of public ownership of certain categories of assets, see A. ANGIULI, “Diritto e processo nella tutela del paesaggio. Percorsi di una integrazione tra ordinamenti”, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 1016-1020.

33 See G. CARAPEZZA FIGLIA, “Tecniche e ideologie nella disciplina delle acque. Dagli ‘usi di pubblico generale interesse’ ai ‘beni comuni’”, in F. MACARIO, A. ADDANTE, D. COSTANTINO (eds.), *Studi in memoria di Michele Costantino*, vol. I, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2019, p. 194. See, also, N. IRTI, “L’acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle appartenenze)”, *Dir. soc.*, no. 3, 2013, p. 381 sq. where the Author demonstrates a plurality of ownerships of the common asset because it belongs to the authority, but at

the same time it also belongs to the individual *uti singuli*;

C. MICCICHÈ, “L’acqua e il problema della sua (ri)qualificazione giuridica ai tempi dei beni comuni”, in E. BALBONI, S. VACCARI (eds.), *Acqua. Bene e servizio pubblico*, Naples, Jovene, 2019, p. 119 sq.

34 About the topic of the commons, there is an extensive literature. To delve deeper into the topic in the Italian legal system, see, among others, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Rome/Bari, Laterza, 2011; M. T. BONETTI, “I beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano tra ‘mito’ e ‘realtà’”, *aedon.it*, 2013; V. CAPUTI JAMBRENGHI, “Bene comune (obblighi e utilità comuni) e tutela del patrimonio culturale”, *Giustamm.it*, no. 9, 2015; M. BOMBARDELLI (ed.), *La cura dei beni comuni come uscita dalla crisi*, Naples, Editoriale scientifica, 2016. Some foreign sources include E. OSTROM, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; E. A. CLANCY, “The tragedy of global commons”, *Indiana J. Glob. Leg. Stud.*, vol. 5, iss. 2, art. 12, 1998, p. 601 sq. More recently, see J. MEERSMAN, *Contribution à une théorie juridique des biens communs*, thèse, Université Côte d’Azur, 2022.

35 On the difficulties of legal science incorporating theories born in the field of economic science, see P. OTRANTO, *Internet nell’organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, Cacucci, 2015, p. 262-272.

36 See G. NAPOLITANO, “I beni pubblici e le tragedie dell’interesse commune”, in *Annuario AIPDA 2006*, Milan, Giuffrè, 2007, p. 134-140. In the text, a reconstruction of the economic analysis of law applied mainly by American scholars to public property offers insights of considerable interest in the direction of relations between public and private property. As far as relevant in this context, a school that the author defines as “neo-communitarian” has shown that the traditional arguments in favor of public ownership have solid bases not only in normative but also in economic terms. In a more general sense, see V. CAPUTI JAMBRENGHI, “Beni pubblici tra uso e interesse finanziario”, in A. POLICE (ed.), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milan, Giuffrè, 2008, p. 459 sq. The Author argues that: “the publicity of public goods has become the most natural regulatory framework, as its salient feature lies not in ownership but in the collective enjoyment of the thing and its utilities, even non-economic ones. This results in regulatory and policing powers over collective uses vested in the public entity” (see p. 489).

37 G. HARDIN, “The tragedy of the commons”, *Science*, 162, no. 3856, 1968, p. 1244 sq.

38 See, among the others, M. DUGATO, “Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine”, in A. POLICE (ed.), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, op. cit., p. 18 sq., who argues for the “impossibility of addressing the study of public goods by placing the classificatory theme at the center”; M. RENNA, “Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici”, in G. COLOMBINI (ed.), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Naples, Jovene, 2017, p. 27 sq. ; A. LUCARELLI, “Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni”, *DPERonline*, no. 1, 2016, p. 131 sq.

39 Valid reasons are put forward by supporters of both positions. For a reconstruction of the issue, see, extensively, N. LUGARESI, “Esiste un diritto fondamentale all'acqua?”, in L. CARBONE et al. (eds.) *Annuario di diritto dell'Energia - 2017*, op. cit., p. 318-320, 325; and F. R. DE MARTINO, “L'acqua come diritto fondamentale e la sua gestione pubblica”, *Munus*, no. 1, 2017, p. 163 sq. For a configuration of a precise obligation incumbent on states towards their citizens through international sources, see D. BONETTO, “Property, sovereignty and exclusion in national and international water law”, *Federalismi.it*, no. 2, 2020, p. 6.

40 See D. ZOLO, “Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese”, *Dir. Pubbl.*, no. 1, 2005, p. 133-134.

41 See G. CAIA, “I servizi pubblici”, in L. MAZZAROLLI et al. (eds.), *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 923 sq., in part. 954-956. This definition has been chosen for the sake of convenience in exposition. In fact, the notion of public service, for which there is no definition in positive law, is one of the most debated concepts in the Italian legal system. Among others, see M. CAMMELLI, “I servizi pubblici nell'amministrazione locale”, *Le Regioni*, no. 1, 1992, p. 7; V. CAPUTI JAMBRENGHI, “I servizi pubblici: Dal monopolio alla concorrenza”, in M. R. SPASIANO (ed.), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Naples, Editoriale scientifica, 2012, p. 123 sq. On the local public services, see M. DUGATO, “I servizi pubblici locali”, in S. CASSESE (ed.), *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, vol. III, Milan, Giuffrè, 2nd ed., 2003, p. 2581 sq.; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milan, Giuffrè, 2005; A. POLICE, “Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale”, *Dir. amm.*, no. 1, 2007, p. 79 sq.; A. ROMANO TASSONE, “I servizi pubblici locali: aspetti problematici”, *Dir. e proc. amm.*, no. 5, 2013, p. 855 sq.

42 On the IWS, see M. A. SANDULLI, “Il servizio idrico integrato”, *Federalismi.it*, no. 4, 2011.

43 See, A. LUCARELLI, “Il governo pubblico dell’acqua tra l’eterodossa nozione di interesse economico generale ed il regime delle competenze Stato-Regioni”, *Giur. cost.*, no. 2, 2012, p. 867 sq. In order to reject the overextended dimension of competition, the Author uses the arguments of social cohesion as outlined in Article 14 of the TFEU and the needs of users as addressed in Protocol 26 on service of general interest; see, also, A. LUCARELLI and L. LONGHI, “La gestione del servizio idrico e la determinazione delle tariffe tra riparto delle competenze legislative e incertezze normative”, *Giur. Cost.*, no. 3, 2015, p. 911 sq. In the sense of overcoming the anthropocentric perspective, see M. PENNASILICO, “L’uso sostenibile delle risorse idriche: ripensare l’acqua come ‘bene commune’”, *Persona e Mercato*, no. 2, 2023, p. 198 sq.

44 See, among the others, C. MICCICHÈ, “L’acqua e il problema della sua (ri)qualificazione giuridica ai tempi dei beni comuni”, *op. cit.*, p. 137-138 who emphasizes the principle of horizontal subsidiarity codified in Article 118 paragraph 4 of the Constitution, even before it was provided for by the new Consolidated law on local public services; S. STAIANO, “Note sul diritto fondamentale all’acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione”, *Federalismi.it*, no. 5, 2011, p. 1 et. sq., in part. 18, notes that the only trend that emerges unequivocally is towards the irreversible publicization of water, with its inclusion in the public domain. Therefore, referring to “water privatization”, in the strict sense, with regards to the resource, can be considered improper; F. CAPORALE, “Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici”, in *Munus*, no. 1, 2013, p. 1 sq., in part. p. 24-31, highlights the risks of maladministration by public parties, especially in the case of confusion between management and control functions (a situation often observed in practice before the establishment of the independent regulator); G. NAPOLITANO, “Acqua e cibo tra diritti e sistemi amministrativi”, in *Gior. dir. amm.*, no. 3, 2015, p. 302-303, underscores the circumstance that, in the absence of prudent political guidance, even public companies may engage in opportunistic behaviors. In fact, the author speaks of a debate pervaded by “bucolic romanticism”; G. CAIA, “I modelli di gestione del servizio idrico integrato”, in L. CARBONE et. al. (eds.), *Annuario di diritto dell’Energia - 2017*, *op. cit.*, p. 166, points out how in-house companies, following the enactment of the Consolidated law on Public Owned Entities

Company (see, *infra*, no. 53), maintain a public law profile only on the passive side due to the controls they are subjected to. However, when they enter the legal traffic, they are effectively capital companies.

45 In Italian, “gestioni in economia”.

46 In Italian, “aziende speciali”.

47 CJUE, 18 November 1999, case C-107/98. Later, the characteristics of in-house companies have been specified by European case law. See, among others, CJUE, 11 January 2005, *Stadt Halle*, C-26/03; CJUE, 11 May 2006, *Carbotermo* C-340/04; CJUE, 13 October 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03.

48 The public law academic literature on in-house companies is vast. Without any claim of exhaustiveness, including some critical perspectives, see G. GRECO, “L’influence du droit communautaire sur le droit administrative”, *Riv. dir. pubbl. com.*, no. 3-4, 2007, p. 849 sq.; M. COMBA, S TREUMER. (eds.), *The In-House Providing in European Law*, Copenhagen, DJØF Pub., 2010; F. L. HAUSMANN, G. QUEISNER, “In-House contracts and inter-municipal cooperation - Exceptions from the European Union Procurement Law should be applied with caution”, in *European procurement & public private partnership law*, vol. 8, iss. 3, 2013, p. 231 sq.; D. U. GALETTA, G. CARULLI, “Gestione dei servizi pubblici locali e *in house providing*: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, no. 1, 2016, p. 371 sq.; G. CAIA, “Le società ‘in house’: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa”, *Giur. comm.*, no. 3, 2020, p. 457 sq.; M. KARPENSCHIF, C. ROUX (eds.), *L’exception in house, 20 ans après l’arrêt Teckal - Actes du colloque EDPL/EDIEC du 12 février 2020*, Lyon, JCP A, no. 28, 2020, vol. études 2197 to 2208; L. RICHER, “Transparence et opération in house”, *AJDA*, no. 2, 2020, p. 118 sq. For a more general discussion of public companies, see A. ANGIULI, “Le società in mano pubblica come organizzazione”, in A. CONTIERI, F. CAFAGNO, M. IMMORDINO (eds.), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Naples, Editoriale scientifica, 2010, p. 157 sq.

49 Directive of the European Parliament and of the Council 26 February 2014, no. 23.

50 *Verbatim*, V. CERULLI IRELLI, “Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea”, *Giur. Cost.*, no. 4, 2012, p. 2910.

51 For an examination of this principle regarding its influences on the IWS, see V. PARISIO, “Service of general economic interest, integrated water

service ‘in house’ management in light of directive 2014/23/EU: a general overview”, *Munus*, no. 3, 2018, p. 1135 sq. See, also, A. VERHOEVEN, “Privatization and EC law: Is the European Commission neutral with respect to public versus private ownership of companies”?, *Int. Comp. L.Q.*, 1996, vol. 45, iss. 4, p. 861 sq.; J. D. DREYFUS, “Externalisation et liberté d’organisation du service”, *AJDA*, no. 28, 2009, p. 1529 sq.; M. CAFAGNO, “Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Coordinate generali”, *Munus*, no. 3, 2016, p. 565 sq. In Italian case law, the principle of equal ordination of management models is appropriately emphasised in, among others, Council of State, Sez. V, 8 April 2019, no. 2275.

52 Absolutely central, even more than a decade later, is Constitutional Court ruling no. 325/2010, which considered the notions of “SGEI” and “local public services of economic importance” to be homologous and included the IWS in the latter. The relationship between SGEI and services of economic importance, also because of their different names, similar but not identical, has been quite controversial. On this point, see D. SORACE, “I servizi pubblici economici nell’ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo”, *Dir. amm.*, no. 1, 2010, p. 1 sq. Anyway, the contrast can be said to have been resolved with the approval of the new Consolidated law since it refers to “services of general economic interest provided at a local level” (see Art. 1, para. 1).

53 See, G. A. PRIMERANO, “Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica”, *Il diritto dell’economia*, no. 3, 2018, 3, *passim*, in part. 772, who frames the intervention in a path of “progressive rationalisation and reduction of public expenditure”, from the perspective of “a progressive downsizing of direct public intervention in the market”. See, also, M. ALLENA, F. GOISIS, “The 2016 Italian Consolidated Law on Public Entities Owned Companies: towards a more consistent private law approach”, *The Italian law journal*, no. 2, 2017, p. 533 sq. This was similar to the (never enacted) Consolidated Law on Public Services of General Economic Interest. See, in this regard, F. FRACCHIA, “Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione”, *Federalismi*, no. 14, 2016, p. 1 sq.

54 For an understanding of how pervasive judicial control over the motivational framework can be, see Council of State, sec. III, 12 March 2021, sent. no. 2102 as well as on the IWS, Tar Lombardia, Milan, sec. III, 3 October 2016, sent. no. 1781.

55 CJEU Order, 6 February 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19, to which the question had been referred for a preliminary ruling by the Council of State, sec. V, Orders, 7 January 2019, no. 138 and 14 January 2019, nos. 293 and 296.

56 Constitutional Court, 20 May 2020, sent. no. 100.

57 However, it should be highlighted that there is a different provision in the new public procurement code (see art. 7, Legislative Decree 31 March 2023, no. 36, entitled Principle of Administrative Self-Organization), which appears to align with more neutral positions. However, for local public services, the special regulation contained in the new Consolidated Law applies.

58 In addition, case law has sometimes safeguarded the special status of the IWS. See Council of State, Sec. I, 7 May 2019, opinion no. 1389, which resolved a contrast between EU law and national administrative law in the sense that the first did not allow private capitals to enter into in-house companies as long as a national legislation had not prescribed it.

59 Law no. 103/1903, known with the name of the Ministry of the Interior of that epoch which for the first time established the direct assumption of public services by municipalities.

60 See, *supra*, no. 52.

61 On how the principle of competition as applied to modern administrative law is potentially anti-democratic and anti-liberal, see T. PERROUD, “Essai sur les caractères néolibéraux du droit administratif contemporain”, in *Culture société territoires: Mélanges en l'honneur du professeur Serge Regourd*, Lextenso, Paris, Institut universitaire Varenne, coll. “Colloques et Essais”, 2019.

62 See Art. 33 para. 3 of Legislative Decree 201/2022, which refers to the sectorial disciplines set forth in Art. 147 para. 2 bis (lett. a and b) and para. 2 ter.

63 Art. 17 of the mentioned Consolidated Law.

64 See F. FRACCHIA, P. PANTALONE, “The governance and independent regulation of the integrated water service in Italy: Commons, ideology and future generations”, *Federalismi.it*, no. 2, 2018.

65 Council of State, sec. VI, 26 May 2017, no. 2481; with a comment by S. VACCARI, “La regolazione tariffaria del servizio idrico integrato tra ideologie e vincoli normative”, *Munus*, no. 3, 2018, p. 1262 sq. Herein, the reconstruction of the contentious, highly complex especially from a

technical standpoint. The author provides a demonstration of the paradoxical effects of differentiating between equity and debt capital. In fact, without differentiation, economic agents would use equity capital for other activities and debt capital, which inherently more expensive, for IWS. Therefore, this choice would transfer the higher cost onto the users, who would bear an increase in tariffs. In critical terms with respect to the ruling and the failure to respect the referendum's outcome, see M. DELLA MORTE, "Il servizio idrico integrato al consiglio di stato: modulazione o svilimento dell'esito referendario", *Quaderni cost.*, no. 2, 2017, p. 639 sq. who argues about: "minimization of the political, symbolic and social significance of the referendum"; S. MAROTTA, "Dalla 'adeguatezza della remunerazione del capitale investito' al 'full cost recovery': Il settore dell'acqua diventa un mercato regolato", *Munus*, no. 3, 2017, p. 751 sq.

66 See, among the others, T. PROSSER, "Theorising utility regulation", *Modern l. review*, vol. 62, no. 2, 1999, p. 196 sq.

67 This issue is, in fact, much debated in constitutionalist doctrine. For a reconstruction, see S. ARU, "La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, regioni e volontà popolare", *Federalismi.it*, no. 6, 2019, p. 51-53. On the inadequacy of the referendum instrument with respect to the goal pursued, see A. TRAVI, "La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato", *Riv. reg. merc.*, no. 1, 2014, p. 135-138.

68 The total investment needs of the sector have even been estimated at €65 billions until 2043. See "ARERA Consultation Document", no. 339/2013/R/IDR of 25 July 13.

69 At present, see procedures 2004/2034; 2009/2034; 2014/2059; 2017/2181.

70 Not coincidentally, the Decree of the Prime Minister of 20 July 2012, which conferred the regulatory functions to ARERA, does not refer at all to the issue of competition or to functions pre-determining the establishment of an open market for water services.

RÉSUMÉS

Français

Les régimes de propriété publique et privée se sont toujours opposés sur le statut de propriété de l'eau. Dans le système juridique italien, ce contraste a été particulièrement marqué tant du côté des biens que du côté des

services d'approvisionnement. En effet, bien qu'il s'agisse de deux systèmes de régulation autonomes qui doivent être analysés séparément, la régulation du bien finit par irradier de tensions la régulation du service, à tel point que leur autonomie complète peut être remise en question.

English

Public and private ownership regimes have always clashed over the proprietary status of water. In the Italian juridical system, this contrast has been particularly harsh on both the asset side and the supply service side. Although these are two autonomous regulatory systems that need to be analyzed separately, the regulation of the good causes tensions for the regulation of the service, so much so that the two systems' autonomy is in doubt.

INDEX

Mots-clés

eau, droit public italien, droit administratif, domaine public, biens communs, service public local de l'eau potable et de l'assainissement, contrats in house

Keywords

water, Italian public law, administrative law, public property, commons, local supply service, in-house providing

AUTEUR

Francesco Paolo Grossi

PhD student in administrative law at the University of Bari Aldo Moro, department of Law. Co-supervision with Jean Moulin Lyon 3 University, Public Law Team.

IDREF : <https://www.idref.fr/282159177>

Swedish State Property at the King's Disposal: The Historical Development of the Legal Arrangements Concerning the Swedish Royal Palaces and the Financing of the Swedish Royal Family

Martin Sunnqvist

DOI : 10.35562/droit-public-compare.571

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Introduction
2. Crown estates and King's estates in medieval Sweden and the early modern period
3. The 1809-10 agreement between Parliament and King
4. Continued application of the agreement
5. Concluding remarks

TEXTE

1. Introduction

- 1 How to distinguish between state property on the one hand, and the inherited and personal property of a King on the other, has been a much-discussed problem in many old monarchies. Immovable property connected to the King has been divided into crown estates (*bona regalia*) and the King's dynastic or patrimonial property (*bona patrimonialia*).¹ The Crown estates were the state-owned lands, the income of which was used for the King's and other government expenses. Patrimonial estates were the land that belonged to the royal family.
- 2 The development of these concepts was different in different countries, although a distinction was generally, since the Middle

Ages, made between estates that belonged to the office of the King (the Crown) and the King's private estates.² In medieval England, *fiscus regius* or *ancient demesne* seem to have meant the same thing, namely the estates which belonged to the office of the King and which could not be divested.³ In the German-Roman Empire, the *Königspfalzen* existed as a concept for castles and farms that were built and used by the King.⁴

- 3 In the case of royal marriages, marriage contracts were entered into between the heads of state which were at the same time the heads of the royal houses. In these contracts, the dowry and the provision for the bride in the case she would become a widow were regulated.⁵ This type of contracts seem to have been fairly standardized in form and content.⁶ Dowager queens were provided with sustenance and housing through morning gifts, bequests and dowagers' residences. A morning gift included, among other things, a fixed amount with a certain interest that was paid out yearly, and the income from certain castles and lands served as security for the morning gift and as widow support.⁷
- 4 A *fundus instructus* (literally: endowed landed property) was in Roman law one kind of bequest that included all accessories to a landed property such as food, storage, furniture etc.⁸ A *fundus instructus* was more extensive than other similar rights and included also things that were not necessary for the use of the property but had been used by previous holders of the same.⁹ In the current context, the term has been used to describe things such as furniture and carriages that have belonged to a palace, especially when the palace has been claimed as a dowager residence for a future widow.
- 5 The Swedish monarchy has developed from the Medieval elective monarchy, through the Union of Kalmar 1397-1523 and thereafter, since 1544, as a hereditary monarchy. The constitutional position of the King has varied, from more absolutistic Kings around 1700 (Charles XI, r. 1660-97, and Charles XII, r. 1697-1718) and around 1800 (Gustavus III, r. 1771-92, and Gustavus IV Adolphus, r. 1792-1809) to Kings with almost no political power during the Age of Liberty 1719-72. In 1809, a new Instrument of Government (*regeringsform*) was adopted, and the aim was to restore a balance between King and

Parliament. At this time, 1809-10, a still valid agreement was reached between King and Parliament about the financing of the expenses of the Royal Family and the Royal Household and of the right of the King and the Royal Family to use and govern the Royal Palaces. In the early 20th century, parliamentarianism developed and the Kings refrained from using their political powers. This was then confirmed in Sweden's present Instrument of Government (*regeringsform*), adopted in 1974. The King has now only a few formal powers (opening the parliamentary year, overseeing a change of government, receiving ambassadors, and granting orders of knighthood). In comparison with other modern European monarchies, the formal tasks of the Swedish monarch are very few. In 1980, an important change took place, as the oldest child of the monarch is heir apparent, irrespectively whether that child is a boy or a girl.

- 6 In this article, I will focus on the historical development and the current status as regards the funding of the Royal family and the King's right to have state property at his disposal. I do so with the purpose of facilitating further comparisons between monarchies in this regard. In section 2, I discuss the distinction between crown estates and the King's personal estates in the Middle Ages and the early modern period, which forms the background to what is in focus: the agreement between King and Parliament in 1809-10. This agreement and its implications are discussed in detail in section 3. In section 4, I discuss the continued application of the agreement from 1809 until today. I conclude with some final reflections.
- 7 Recently, some major books about the history and functions of modern monarchies have been published.¹⁰ However, the financing of royal families and royal households, and the right of Kings and members of royal families to use royal palaces and other crown estates, have not been discussed extensively. There is only one brief discussion about the financing of the royal houses in Belgium, Denmark, the Netherlands, Norway, Spain, Sweden and the United Kingdom.¹¹ It would be of interest to compare the British development of the "Privy Purse", that is the British monarch's private income, primarily from the Duchy of Lancaster, and the right to use royal residences owned by the Crown, with the development in other monarchies. However, in this article, I have space enough to deal with the Swedish development only.

- 8 The state of research regarding the Swedish development was unsatisfactory for a long time. Professor of public law Gunnar Bramstång worked in the mid-1970s with a manuscript on the topic but it was never printed as a book.¹² Copies of the manuscript have been used for reference anyway. It was based on an earlier printed memorandum¹³ and later formed the basis for some published articles.¹⁴ The importance of an agreement made between King and Parliament in 1809-10 about the King's right to use the royal palaces has been discussed in recent literature; in an article by advocate Jan-Mikael Bexhed in 2000¹⁵ and extensively but with a number of misunderstandings by former state secretary Thomas Lyrevik in 2018 and 2020.¹⁶
- 9 In 2018, the Swedish parliament took the initiative to review the design of the grant to the royal family and the court. This matter was connected to the question about the size of the royal family, the resumption of granting orders of knighthood, and the number of public flag flying days.¹⁷ A committee¹⁸ was appointed to penetrate these questions. The chair of the committee was the former Speaker of Parliament Björn von Sydow, who before his political career was a researcher in political science and has maintained his research interests also during his political career. He and the Ministry of Justice realised the importance of making a thorough legal historical inquiry, and I was appointed to assist the committee with this. My report¹⁹ was published as an annex to the committee's report,²⁰ and I have also published an article with an overview of the 1809-10 agreement about the King's disposal of the royal palaces and its constitutional status.²¹

2. Crown estates and King's estates in medieval Sweden and the early modern period

- 10 In the Kingdom of Sweden, the oldest concept for land that belonged to the crown and whose income was used to support the King is *Uppsala öd*. The word "öd" comes from "auðr" or "öper" which means property or wealth.²² "Uppsala" is in the genitive case; a modern translation would thus be "Uppsala's riches" or "the riches belonging

to Uppsala".²³ The concept first appeared in some of the XIII century Nordic sagas,²⁴ but it is difficult to know what conclusions can be drawn from this in terms of actual historical conditions.²⁵

- 11 It is clear, however, that as early as in the XII century, a distinction between the crown's estates and the King's personal estates was actually made in Sweden. In a letter from the 1190s, King Canute Eriksson (r. 1167-1195/96) made a distinction between property that he held due to paternal inheritance (*ex paterna successionem*) and property that he disposed of due to royal right (*ex regio iure*).²⁶ On his coronation day in 1276, King Magnus Ladulås (r. 1275-1290) donated one of the crown estates (*de bonis regalibus*) to Uppsala Cathedral and then announced that he had transferred an equal amount of his patrimonial estates (*de patrimonio nostro*) to the Crown.²⁷ This suggests that the property of the crown at that time was protected to its value, but not to its exact composition.²⁸
- 12 At the time when the provincial law books were written down in the XIII century, there can be no doubt that the Kings of Sweden were chosen by the three groups of people in the province of Uppland. When the election had been done, the lawman (*lagman*) of Uppland and then the lawmen of the provinces Södermanland, Östergötland, Tiohärad (Småland), Västergötland, Närke and Västmanland would approve the chosen King. He was then consecrated to the crown in Uppsala Cathedral and received a legal right to *Uppsala öd*. This is clear from *Upplandslagen*, the law book for Uppland, approved by the regency during King Birger Magnusson's (r. 1290-1318) minority in 1296.²⁹
- 13 In the province Västergötland, in a law book written (according to the most recent research)³⁰ in the 1310s, estates belonging to *Uppsala öd* were enumerated.³¹ They should always belong to the King.³² In the law of the province Östergötland, there was no similar enumeration, but there was a sentence referring to the representatives of the King in a similar context.³³ In the law book for northern Sweden, *Hälsingelagen* from the 1320s, there was a list of estates that belonged to *Uppsala öd*, six farms that were located along *Norrstigen*, the medieval road along the coast of Norrland.³⁴
- 14 In summary, *Uppsala öd* appeared as a concept in *Upplandslagen*, approved in 1296, but it is only in the 1310s that it can be proven that

Uppsala öd was a concept of relevance in Västergötland, and the corresponding time for Norrland's part is the 1320s. Thus, it can be concluded that a concept corresponding to *bona regalia* was established in Sweden around 1300. This was in the law books for the various provinces, but in the early decades of the XIV century, the law was increasingly unified for the realm as a whole.

- 15 This development starts with a charter regarding the election of Kings, drafted by King Magnus Eriksson (r. 1319–64) around 1335.³⁵ The charter was made part of one of the provincial law books, *Södermannalagen* (the law of Södermanland), and it was then brought into the first law book of the land (*landslagen*), which started to be applied around 1350. According to these rules, one of the King's tasks was to govern "castles and land, Uppsala öd, the King's estates and all royal revenue" ("*borgar och land, Uppsala öd, konungens gods och alla kungliga ingälder*").³⁶ One King was not allowed to reduce these rights to the detriment of the next King. As a consequence, the phrase "the King's estates" in the charter was replaced by "the crown's estates" in the law of the land.³⁷ This indicates that the idea of the "crown" as a legal entity had taken hold during the period 1335–1350. In his Latin translation from about 1500 of the law of the land, the archdeacon of Uppsala Ragvald Ingemundsson translated *Uppsala öd* as *fiscus regius*. Even though Ragvald Ingemundsson's translations are not always reliable,³⁸ he connected *Uppsala öd* to an internationally known concept.³⁹ In the revised version of the law of the land, confirmed by King Christopher (r. 1441–48) in 1442, the provisions on *Uppsala öd* and the crown's estate were retained.⁴⁰
- 16 The history of these crown estates is difficult to follow in the XVI, XVII and XVIII centuries. There are some estates that were crown estates from the Middle Ages throughout many centuries. One example is the estate Svartsjö near Stockholm. King Magnus Eriksson exchanged three farms in Uppland against Svartsjö in 1345,⁴¹ and Svartsjö is still state property and was until the 1880s at the King's personal disposal. Another example is Djurgården in Stockholm. King Karl Knutsson Bonde (r. 1448–1457, 1464–1465 and 1467–1470) exchanged farms in Uppland against the southern part of Djurgården in 1452.⁴² King Charles XI (r. 1660–1697) made clear in 1676 that Djurgården was to be at his personal disposal,⁴³ and Djurgården is still state property and at the personal disposal of the King. The Royal

Palace in Stockholm has always been state property and at the King's disposal. Besides these examples, crown property and the Kings' personal property were intermingled from the XVI century onwards. When the Kings granted land to noblemen and others in the XVI and XVII centuries, it could be the land owned by the crown or by the King's family. There was a power struggle between the King and Parliament over the rights to these estates,⁴⁴ But there were, in the early XIX century, crown estates that remained under the King's personal disposal. Thus, the King, the rest of the Royal family and the Royal household lived off these estates and the revenue from the farming and forestry activities there. It is difficult to define the exact value of this revenue.⁴⁵

- 17 Some of the crown estates were under the disposal of dowager queens and princesses. One example is the palace Ulriksdal, which in 1808 was granted to dowager queen Sofia Magdalena (princess of Denmark) in exchange for another palace, Strömsholm,⁴⁶ which she had the right to according to the marriage contract from 1766 when she married the later King Gustavus III (r. 1771-1792). Strömsholm as dowager palace was to include furniture, household utensils, wagon and "such more, that can belong to a fundum instructum" ("dylikt mera, som till en fundum instructum höra kan").⁴⁷ An inventory was to be made, and Sofia Magdalena was not allowed to impair or embezzle anything. Another example is the palace Gripsholm, which according to the marriage contract from 1744 when Lovisa Ulrika (princess of Prussia) married Adolf Fredrik (r. 1751-1771) was to be at her disposal as dowager queen. The palace was to be furnished with stately furniture and household utensils and there should be a wagon and what else belongs to a *fundus instructus* ("und was sonst noch mehr zu einem fundo instructo gehört").⁴⁸ In 1772, Gripsholm was exchanged for Svartsjö palace and could then be at the disposal for Fredrika of Baden as future dowager queen in the marriage contract when she married King Gustavus IV Adolphus (r. 1792-1809) in 1797.⁴⁹

3. The 1809-10 agreement between Parliament and King

- 18 As a result of the catastrophic war 1808-09 in which Sweden lost Finland to Russia, the 1809-10 parliamentary session had to deal with

a constitutional crisis.⁵⁰ King Gustavus IV Adolphus was deposed, a new constitution was adopted, and the state financial crisis required emergency measures. King Gustavus IV Adolphus's uncle, Duke Charles, became regent. The new Instrument of Government was drawn up in a short time. After it had been adopted by the nobility, the clergy and the burghers (whilst the fourth estate, the peasants, hesitated), Duke Charles could become King Charles XIII (r. 1809-1818) and place his name and seal under the document. The peasants were then persuaded to accept the Instrument of Government.

- 19 The 1809 Instrument of Government was based on a balance of power between King and Parliament. To legislate within general civil and criminal law, the approval of three of the four estates and the consent of the King were required. To change the constitution, the approval of all four estates and the King's consent were required, but a decision had to be made only at the next parliamentary session after the one where the parliamentary constitutional committee had supported the proposal. Administrative regulation was within the King's power, exercised by the King in the Council of State. In this capacity, the King was also the central executive authority.
- 20 Hence, the two constituent powers of state, King and Parliament, distributed the functions of state further to five different constituted powers: the legislative power shared by King and Parliament, the executive power with the King, the adjudicative power with the King through the courts of law, the power of taxation with the Parliament and the power of controlling the government and the executive authorities with the Parliament. As regards the King's and the members' of the royal family disposal of the palaces and their right to financing, an agreement between King and Parliament was made. Although successive changes have taken place since then, the fundamentals of this agreement still apply. Hence, the agreement will be discussed in some detail.
- 21 According to Section 48 of the 1809 Instrument of Government, the King's household was to be under his "private control" ("enskilda styrelse"), and he could regulate his household "as he sees fit" ("som honom gott synes"). This means that the Royal Household was not part of the state administration in general, that household matters were not government matters and thus were not dealt with in the

Council of State, and that the household was not part of the state as a legal entity. In Section 77 of the 1809 Instrument of Government, it was stipulated that crown property was not to be disposed of by the King without the consent of Parliament, which would also prescribe how these properties were to be managed.

- 22 After the adoption of the 1809 Instrument of Government on 6 June 1809, it was time to decide on the state budget. A first budget bill was presented as early as 9 June 1809,⁵¹ but it was soon followed by a more comprehensive bill.⁵² In this latter bill, King Charles XIII declared that he and the government were prepared to accept necessary reductions in the State expenses. He therefore asked what savings the parliamentary budget committee could propose. Savings were needed especially in order to fund the rearmament of the armed forces.
- 23 By 25 August 1809, the budget committee drew up a plan for which part of the state budget would first be subjected to savings, namely the appropriation for the Royal Household and the Royal Mews.⁵³ In its report, the committee stated that it had “presumed that some savings in the hitherto granted annual budgetary sum for the maintenance of the Royal Household and the Royal Mews could possibly take place” (“förmodat någon besparing i den hittills årligen bestådde Stats-Summa til underhållande af Kongl. Maj:ts Hof- och Hof-Stall-Stater möjligen kunna äga rum”).⁵⁴ However, such savings must take place “so that the Royal Majesty on the one hand must not be embarrassed about necessary and sufficient funds for the maintenance of a Royal Household that is pertinent for the high dignity and the reputation of the Kingdom, and on the other, that the State is burdened with the smallest possible expenses” (“så, at Kongl. Maj:t å ena sidan ej må sättas i förlägenhet om nödige och tilräckelige Medel til underhållande af en emot Dess höga wärdighet och Rikets anseende swarande Hof-Stat, och å den andra, Staten med de möjligen minsta utgifter betungas”).⁵⁵ This dilemma had, in the budget committee, caused “an extraordinary consideration and careful deliberation” (“en särdeles omtanka och granlaga öfwerläggning”).⁵⁶
- 24 The solution was, according to the proposal of the budget committee, that the maintenance of the Royal Household was not to be financed

through leases and returns from Crown estates and other landed properties, but that these revenues would accrue to the state treasury. In return, the King would receive “a certain annual sum for the maintenance of his household to be distributed according to his Royal Majesty’s own high disposal and pleasure” (“en viss årlig Summa til underhållande af dess Hof-Stat at fördelas efter Kongl. Maj:ts Egen höga disposition och wälbehag”).⁵⁷ This would agree well with Section 48 of the 1809 form of government, where it was stated that the King’s Household would be under his private control.

- 25 In return, the King would hand over to Parliament the disposal of farms, barns, meadows, and other land that had until then been under the immediate administration of the King. The budget committee believed that “a not insignificant gain in the State’s income” (“en icke obetydelig vinst uti Statens inkomster”)⁵⁸ would arise through improved housekeeping at these properties, and the King would then, in addition to an annual allocation of money, not have to take care of the management of them.
- 26 The budget committee further stated that the court grant according to the 1809 state budget had corresponded to 329,549 *riksdaler*, of which 24,892 *riksdaler* constituted feeding in kind for 202 horses in the Royal Mews. The budget committee wanted to lower the grant to 266,666 *riksdaler*, exclusive of feeding for 150 horses. Hence, it was a cut of 12 percent in the budget and 25 percent in the number of horses. In addition, however, the crown prince—at this time the newly elected but soon deceased crown prince Charles August—would receive an allowance of 24,000 *riksdaler* annually as unmarried or 48,000 *riksdaler* when he married.
- 27 The farms, barns, meadows, and other land that had until then been under the immediate administration of the King, were to be handed over to the “Free Disposal and Management of the Estates of the Kingdom” (“Riksens Ständers fria Disposition och Förvaltning”).⁵⁹ However, the palaces as such and the gardens and parks were to be used by the Royal Family and maintenance was to be funded by the state budget. This applied to the Royal Palaces of Drottningholm, Svartsjö, Gripsholm and Strömsholm.⁶⁰ Hence, a division was to be made between the palaces as such with gardens and parks used for pleasure, whilst the income-bringing farming activities went under

the decision-making power of Parliament. The palaces Ulriksdal and Tullgarn were to remain under the free disposal of Dowager Queen Sofia Magdalena and Princess Sofia Albertina respectively during their lifetimes, but thereafter they would follow the same arrangement as the other palaces. The palace Rosersberg was mentioned more briefly, and the management thereof would not change during the lifetime of King Charles XIII and Queen Hedvig Elisabeth Charlotta. All these palaces are located in the provinces surrounding Stockholm. Djurgården would remain under the disposal of the King, but the budget committee considered that the separate purse of Djurgården (*Djurgårdskassan*) “must only be used for the improvement and embellishment of Djurgården, as well as the maintenance of the roads and bridges there and not be used for any separate payments or gratuities to certain persons” (“Djurgårdskassan måtte endast få användas til Djurgårdens förbättring och Embellissement, samt de derwarande vägars och broars underhåll och icke graveras med några serskilde Aflöningar eller Gratificationer til någre wissa personer”).⁶¹

- 28 All four estates approved the budget committee’s proposal with only some minor adjustments.⁶² The parliamentary committee for drafting the session’s decisions tightened some parts of the text,⁶³ most importantly that Parliament would receive the disposal of the Crown estates “as a right reserved for them for all future” (“såsom en i ewärdeliga tider åt dem förbehållen rättighet”).⁶⁴ Thereafter, Parliament sent the petition to the King. He gave a rather short answer to the petition. After summarizing some parts of it, he replied: “So I want, in furtherance of your wish, hereby to accept the aforesaid humble offer, in the manner and under the conditions, which your above mentioned document contains” (“Så vill Jag, till befrämjande af Eder önskan, härmedelst antaga förenämnde underdåniga anbud, på sätt och med vilkor, som Eder berörde skrifvelse i öfrigt innehåller”).⁶⁵ The Riksdag then ratified the agreement in § 13 of the Riksdag decision.⁶⁶ The palace Haga close to Stockholm became state owned after the deposition of King Gustavus IV Adolphus, but it was handed over, just like the other palaces but through a separate decision, to the King’s disposal.⁶⁷

4. Continued application of the agreement

- 29 The agreement regarding the right for the Royal Family and the Royal Household to have palaces at their disposal, as well as the right to an annual allowance, is fundamentally still valid, but it has been subject to changes during the two centuries that have lapsed. From 1809, the annual allowance formed the first section of the state budget. Before the 1809 reform, this section comprised as much as 15 percent of the cost side of the state budget, but this share fell after the agreement to 14 percent and then during the 1810s to first 13 and then 11 percent. In absolute terms, both the court grant and the state budget's total increased. In the 1820s, the share of the royal grant fell below 10 percent of the state budget, around 1910 below 1 percent and in the 1970s below 1 per thousand.⁶⁸ The proportion must of course be seen in the light of the fact that during the same time period the state undertook significantly increased overhead costs in other areas.
- 30 A very important reform took place at the 1840-41 parliamentary session.⁶⁹ The budget committee considered that it was appropriate to distribute the grants under the section of the state budget for the royal allowance into two sub-sections, one for the allowances to the King and other members of the Royal Family, and another for grants to be used for the maintenance of State property. A novelty was that the state auditors would review these latter grants. The allowances to the King and other members of the Royal Family would continue to be paid to these individuals against a receipt and without review by the state auditors. This forms the basis for the division of the Royal Household in *Kungl. Hovstaterna* (the households of the King and the members of the Royal Family) and *Kungl. Slottsstaten* (the administration and maintenance of Djurgården and the palaces). Both these parts of the Royal Household are under the supervision of the Marshal of the Realm (*Riksmarskalken*). Regarding the grant for the maintenance of state-owned furniture, the budget committee mentioned that it was inconsistent that that grant remained part of the allowance to the King and not became part of the grant for maintenance of palaces. The committee nevertheless considered that the grant should be

exempt from audit.⁷⁰ On suggestion from the budget committee, Parliament asked the King to let a state office keep an inventory of state-owned property kept in the Royal palaces.⁷¹ This was approved by the King, and a lasting result in this regard is that the Royal Household still maintains such an inventory, which is kept at the *Kammarkollegiet* (a central administrative state office) and is updated annually.⁷²

- 31 The inconsistency regarding the grant for the care of the state-owned furniture was not corrected until the 1980s, when the grant to the *Kungl. Husgerådskammaren* (the section of the Royal Household that cares for furniture, etc.) was moved from the King's household to the part of the household that works with administration and maintenance of Djurgården and the palaces (*Kungl. Slottsstaten*). The reason for this was that, according to the opinion of the Royal Household itself, the expenses for the representative functions of the head of state should be separated from the expenses for museums, maintenance of buildings and scientific activities.⁷³ In connection with this, it was clarified that no disruption of the current basic constitutional conditions for the division of the budgetary section regarding the Royal Household into two subsections was intended.⁷⁴
- 32 As regards the palaces, the right of the King and the Royal Family to use them is commonly labelled "the Royal Right to Disposal" (*kunglig dispositionsrätt*). In this context, it means that the King has the right to decide how and by whom the palaces are to be used, but they are still state property, and the King has no right to sell or mortgage them.⁷⁵ According to the 1809-10 agreement, the palaces Drottningholm, Svartsjö, Gripsholm, Strömsholm and Haga were under a perpetual right to have them at royal disposal. However, the King waived the right of disposal of Svartsjö in 1888 and the palace was turned into a forced labour facility and then a prison.⁷⁶ Strömsholm was during the period 1868-1968 used for military purposes, with the permission of the King, who retained his right to have the palace at his disposal.⁷⁷ Haga was during the period 1966-2009 used as a representative residence for the government's guests, but the King retained his right to have the palace at his disposal, and the palace is now used as the residence of Crown Princess Victoria and her family.⁷⁸

- 33 Ulriksdal and Tullgarn were, according to the 1809-10 agreement, to remain under the disposal of Dowager Queen Sofia Magdalena and Princess Sofia Albertina respectively during their lifetimes, but thereafter, these properties would fall under the disposal of Parliament in the same way as the other palaces. This means that the same type of division was to be made between the palaces as such with gardens and parks used for pleasure on the one hand, and the income-bringing farming activities on the other; these latter parts went under the decision-making power of Parliament. This was carried out regarding Ulriksdal after Sofia Magdalena's death in 1813,⁷⁹ and Ulriksdal was then appointed as dowager palaces for Lovisa, Sofia and Margareta⁸⁰ (Queens of Charles XV [r. 1859-72], Oscar II [r. 1872-1907] and Gustavus VI Adolphus [r. 1950-73] respectively).
- 34 According to the 1809-10 agreement, the palace Tullgarn was to be managed in the same way as Ulriksdal, but that did not happen. Instead, after Princess Sofia Albertina's death, Parliament handed Tullgarn over to Crown Prince Oscar (later King Oscar I, r. 1844-59) on the same terms. This happened with the King's consent.⁸¹ Tullgarn was then expressly treated as a *fundus instructus*. According to a decision of the 1823 parliamentary session, Tullgarn, in accordance with the marriage contract, was to be the widow's seat for the Crown Princess, later Queen Josefina.⁸² In 1877, Tullgarn was placed at King Oscar II's disposal on the condition that the palace could be maintained with the help of rental income.⁸³ Hence, the division that was to be made according to the 1809-10 agreement was not carried out. Tullgarn was designated as the dowager residence for Crown Princess Victoria,⁸⁴ and Crown Prince Gustaf (later King Gustaf V, r. 1907-50) received the right to use the palace from his father Oscar II. In 1938, however, it could be established that the financing of the maintenance was not resolved in a sustainable way, and the administration of the palace was arranged similarly to the other palaces, however, the right of disposal only applies for the King's lifetime.⁸⁵
- 35 The right to Rosersberg was formulated differently, compared to the other palaces, in the parliamentary documents of 1809-10.⁸⁶ Parliament must from time to time decide on the disposal of Rosersberg. After the death of Queen Hedvig Elisabeth Charlotta,

Parliament granted the right of disposal to King Charles XIV John (r. 1818-44). The palace then became the dowager residence for Queen Desideria, but after that, in connection with royal succession, the palace has come under the disposal of every King.⁸⁷ However, they in turn have entrusted Rosersberg to first the Infantry Shooting School, then the Civil Defence Agency and finally, until 2006, to the National Rescue Service.⁸⁸

- 36 In 1944, it was established that according to the “still essentially valid parliamentary decision” (“alltjämt i huvudsak gällande riksdagsbeslut”)⁸⁹ of 1809-10, the palaces with parks and gardens would be at the disposal of the King. At this time, a change was made so that the responsibility for maintenance of the palaces was moved to the National Building Board (*Byggnadsstyrelsen*), which would carry out the maintenance in consultation with the Office of the Marshal of the Realm as head of the Royal Household (*Riksmarskalksämberet*), which would be responsible for “the immediate care and maintenance of the palace buildings and what pertains thereto” (“den omedelbara vården och skötseln av slottsbyggnaderna med vad därtill hör”).⁹⁰ The King could decide on letting apartments and other accommodation in the palaces and in houses nearby.⁹¹ In the 1990s, the National Building Board was replaced by the new National Property Board (*Statens Fastighetsverk*), but that did not change the agreement.⁹² Hence, the changes during the XX century have explicitly been made with respect for the King’s rights according to what was decided in 1809-10. The agreement between King and Parliament is not only a technical budgetary arrangement but a constitutional relationship; a kind of agreement under public law between Parliament and King that cannot be unilaterally revoked.⁹³ In recent decades, the basic agreement between King and Parliament has been filled out in details through agreements between the Royal Household and the National Property Board representing the state’s ownership rights.⁹⁴
- 37 A palace that was not mentioned in the 1809-10 agreement was the Royal Palace in Stockholm, probably partly because it was obvious that it would be the King’s residence, and partly because the palace did not generate any income (apart from certain rental of cellar storage)⁹⁵ that Parliament was interested in. At the 1844-45 parliamentary session, the costs for maintenance of the palace

became part of the grant under the budgetary section for the Royal Household. It was also clarified that some other buildings in Stockholm were under the King's disposal, such as the Royal Mews.⁹⁶

38 As mentioned, Djurgården has been under the King's disposal at least since the XVII century, and the right can even be traced to the Middle Ages. This was not to be changed by the 1809-10 agreement, but the purse pertaining to Djurgården (*Djurgårdskassan*)—in modern terms a kind of legal entity for Djurgården's finances—was only to be used for Djurgården's maintenance. Other types of use need permission from Parliament, and such permissions have also been issued from time to time, for example have certain repairs of palaces been paid for with funds from Djurgården.⁹⁷ In 1882, when the city of Stockholm adopted a plan for the regulation of part of Djurgården, the parliamentary budget committee took an initiative that the compensation for sold land should constitute a special fund, *Djurgårdsfonden*, the return of which would accrue to *Djurgårdskassan*.⁹⁸ More transactions of this type have occurred, and the King has then personally declared in the minutes of cabinet meetings that he has waived his right of disposal.⁹⁹ If the King has waived his right of disposal to an area of land for a certain purpose, he regains the right if the purpose ceases.¹⁰⁰ There is, most recently, an example of such a transaction from the parliamentary session 2005-06.¹⁰¹

39 To sum up: The King retains the right of disposal of the Royal Palace in Stockholm and other buildings connected to the palace, such as the Royal Mews. He also has the right of disposal of Djurgården. As regards palaces outside of central Stockholm, the palaces Drottningholm, Gripsholm, Strömsholm, Haga and Ulriksdal are perpetually at the King's disposal, and Tullgarn and Rosersberg are under the disposal of King Carl XVI Gustaf (r. 1973-) for life.¹⁰² All these palaces are owned by the state.¹⁰³

40 By 1 January 1975, the 1809 Instrument of Government was replaced by a new Instrument of Government, adopted in 1974. The formal role of the King in governing the state was very much reduced, leaving only a few ceremonial responsibilities left as part of the formal power of the Head of State. The most important of these is that King opens the parliamentary session once a year and chairs the Council of State

meeting when a new government accedes.¹⁰⁴ In other, more representation-related respects, the King and the other members of the Royal Family function as holders of the highest dignities of the realm; it is then the function as “head of nation” rather than “head of state” that comes to the fore.¹⁰⁵

- 41 Perhaps surprisingly, there were in the 1970s no significant changes as regards the right to disposal of the palaces and Djurgården and of the right of the King to govern the Royal Household. The Royal Household was only mentioned quite briefly in the government bill proposing the new Instrument of Government. The Minister of Justice, Lennart Geijer, wrote: “Finally, I would like to mention that I [...] believe that the Royal Household should remain outside the state administrative organisation. No change in the current order is intended. No constitutional provision on the subject is needed.” (“Slutligen vill jag nämna att jag [...] anser att hovet bör stå utanför den statliga förvaltningsorganisationen. Någon ändring i nuvarande ordning åsyftas inte. Någon grundlagsbestämmelse i ämnet behövs inte”).¹⁰⁶ The disposal of state property by the King and the Royal Family was not mentioned at all, despite the fact that there are provisions in chapter 9 of the 1974 Instrument of Government providing that the government disposes of state property but is thereby bound by what Parliament has decided, something which confirms that a renegotiation of the 1809-10 agreement ultimately would require the involvement of Parliament.

5. Concluding remarks

- 42 Since the Middle Ages, there has been a distinction between crown estates (*bona regalia*) and the King’s dynastic or patrimonial property (*bona patrimonialia*). Crown estates have been used by the King and the Royal Family but have been owned by the state. In 1809-10, an agreement was made to the effect that the properties that had been under the King’s disposal and that yielded returns were handed over to the disposal of Parliament, whilst palaces, parks and gardens remained under the disposal of the King. The state would pay for maintenance of these palaces, parks and gardens and would also pay a yearly allowance to the King and the Royal Household. This agreement remains in force, although some changes have been made;

especially in 1840–41 when the grants for maintenance of palaces was to be subject of state audit and in 1944 when the distribution of responsibilities between the National Board of Buildings and the Office of the Marshal of the Realm was changed. The 1974 Instrument of Government provided many changes as regards the formal involvement in government of the Head of State, but the King's power as regards the Royal Household and his right to disposal of the Royal Palaces and Djurgården was left unchanged. In the most recent inquiry, no changes were made as regards this system, except that the Office of the Marshal of the Realm undertook to give an account of how the allowance for the Royal Household was spent for the members of the Royal Family carrying out official duties.¹⁰⁷ This followed a decision by the King about the use of the title Royal Highness and about which members of the Royal Family that were expected to carry out such duties.¹⁰⁸

- 43 The arrangement as regards the King's and the Royal Family's right to have state-owned palaces at their disposal and other buildings is unique; there are almost no general legal rules applicable to it except the rules valid for all property owners—it is an arrangement *sui generis*. It goes together with the fact that the Royal Household is not part of the state as a legal entity; the two are separate and agreements can be made between the King (through the Marshal of the Realm), and the Government or Parliament on behalf of the state as a legal entity.
- 44 The agreement is complex and could—as is seen from the more detailed agreements made between the Royal Household and the National Property Board¹⁰⁹—cause problems as regards which of these entities has the right and duty to act in a certain way. The arrangement is also difficult to explain to journalists and the general public.¹¹⁰ However, the double rights, by the state and the King, to the palaces and cultural heritage in the form of furniture etc. make the property very unlikely, almost impossible, to be sold. The pieces of furniture are registered both by the Royal Household and the *Kammarkollegiet*. The preservation of cultural heritage has in recent decades been mentioned increasingly as an important task of the Royal Household.¹¹¹ This gives reason to believe that the arrangement helps preserving the cultural heritage for future generations.

NOTES

- 1 F. IVERSEN, “The Beauty of Bona Regalia and the Growth of Supra-regional Powers in Scandinavia” in S. SIGMUNDSSON *et al.* (eds.), *Viking Settlements and Viking Society: Papers from the Proceedings of the Sixteenth Viking Congress*, Reykjavík, Hið íslenska fornleifafélag, 2011, p. 225-244.
- 2 F. IVERSEN, *art. cit.*; J. ROSÉN, *Kronoavsöndringar under äldre medeltid*, Lund, Gleerup, 1949, p. 64-69.
- 3 E. H. KANTOROWICZ, *The King’s Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 2016 (1957), p. 164-192.
- 4 A. GAUERT, “Königspfalzen” in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. II, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1978, p. 1044-1055.
- 5 L. RANGSTRÖM, *En brud för kung och fosterland. Kungliga svenska bröllop från Gustav Vasa till Carl XVI Gustaf*, Stockholm, Livrustkammaren/Atlantis, 2010, p. 16-17.
- 6 M. HILLENBRAND, *Fürstliche Eheverträge. Gottorfer Hausrecht 1544-1773*, Rechtshistorische Reihe, vol. 141, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, p. 49-50.
- 7 M. HILLENBRAND, *op. cit.*, p. 128-151. See also E. HILDEBRAND, *Svenska statsförfattningens historiska utveckling från äldsta tid till våra dagar*, Stockholm, Norstedts, 1896, p. 261, cf. p. 74-75, and S. GISSEL, “Om medgift, morgengave og livgeding i de nordiske kongehuse i middelalderen” in K. HAARSTAD (ed.), *Innsikt og utsyn. Festskrift til Jørn Sandnes*, Trondheim, Historisk institutt, 1996, p. 79-93.
- 8 A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, reprint 1991, p. 505 and 540. See Dig. 33.7, in P. KRUEGER and T. MOMMSEN (eds.), *Corpus Iuris Civilis*, vol. 1, Berlin, Weidmann, 1872, p. 468-473.
- 9 D. P. KEHOE, “Approaches to Profit and Management in Roman Agriculture: The Evidence of the Digest” in J. CARLSEN *et al.* (eds.), *Landuse in the Roman Empire*, Rom, Accademia di Danimarca, 1994, p. 51. See also M. HILLENBRAND, *op. cit.*, p. 165-170.

- 10 E. WOODACRE *et al.*, *The Routledge History of Monarchy*, Abingdon, Routledge, 2019; R. HAZELL and B. MORRIS, *The Role of Monarchy in Modern Democracy*, Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford, Hart, 2020.
- 11 B. MORRIS *et al.*, "Regulation of the Monarchy: Regulating the Size of the Royal Family, the Line of Succession, and Royal Finances" in R. HAZELL and B. MORRIS, *op. cit.*, p. 159-191.
- 12 G. BRAMSTÅNG, *Konungens hov och slott. Några stats- och förvaltningsrättsliga synpunkter*, unprinted manuscript.
- 13 G. BRAMSTÅNG, "Preliminärt utlåtande angående Konungens rätt att disponera vissa slott och parker m.m.", Konstitutionsutskottets betänkande, no. 1969:51, annex no. 10.
- 14 G. BRAMSTÅNG, "Konungens dispositionsrätt till Kungl. Djurgården. Några anteckningar med anledning av en hovrättsdom" in *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 1991; G. BRAMSTÅNG, "Kungl. Maj:ts Ordens rättsliga status. Ett blygsamt bidrag till diskussionen kring bl.a. myndighetsbegreppet i relation till konungen underställda organ" in L. MARCUSSON (ed.), *Festskrift till Fredrik Sterzel*, Uppsala, Iustus, 1999.
- 15 J.-M. BEXHED, "Den kungliga dispositionsrätten till fast egendom", in *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2020, p. 227-242.
- 16 T. LYREVIK, *Den kungliga kleptokratin. Makt, manipulation, berikning*, Göteborg, Bokförlaget Korpen, 2018; T. LYREVIK, *Den kungliga korruptionen. Kort om svensk kleptokrati*, Göteborg, Bokförlaget Korpen, 2020.
- 17 Konstitutionsutskottets betänkande, no. 2017/18:KU28; Riksdagsskrivelse, no. 2017/18:337.
- 18 Utredningsdirektiv, no. 2019:76.
- 19 M. SUNNQVIST, "'Under konungens enskilda styrelse' Statschefen, kungahuset, hovet och ordensväsendet i konstitutionellt och rättshistoriskt perspektiv", annex to *Ett modernt belöningssystem, de allmänna flaggdagarna och redovisningen av anslaget till hovet*, SOU 2021:74.
- 20 *Ett modernt belöningssystem, de allmänna flaggdagarna och redovisningen av anslaget till hovet*, SOU 2021:74.
- 21 M. SUNNQVIST, "'Så vill Jag, till befrämjande af Eder önskan, härmedelst antaga förenämnde underdåniga anbud'. Avtal mellan konung och riksdag

om hovets finansiering och dispositionen av slotten” in D. MÖLLER (ed.), *Årsbok 2021*, Lund, Vetenskapssocieteten i Lund, 20021, p. 111-127.

22 K. F. SÖDERWALL, *Ordbok öfver svenska medeltidsspråket*, vol. 2, part. 2, þ(TH)—Ö, Lund, Berlingska, 1900-1918, p. 1161 and 1163; J. ROSÉN, “Krongods”, in *Kulturhistoriskt lexikon för nordisk medeltid*, vol. 9, 1964, col. 434; J. PETTERSSON, *Det medeltida krongodset. Om fiscus regius, husbyar och Uppsala öd*, Master thesis at the economic-historical institute at Stockholm University, autumn semester, 1998, p. 21-26.

23 J. PETTERSSON, *op. cit.*, p. 26.

24 S. STURLUSON, *Nordiska kungasagor. Från Ynglingasagan till Olav Tryggvasons saga*, Stockholm, Fabel, 1991; S. STURLUSON, *Nordiska kungasagor. Olav den heliges saga*, Stockholm, Fabel, 1992.

25 J. PETTERSSON, “Husabyarna—en kritisk forskningsöversikt”, in M. OLAUSSON (ed.), *En bok om Husbyar*, Stockholm, Riksantikvarieämbetet, 2000, p. 52; M. G. LARSSON, *Färder till Sveriges födelse. En samlingsutgåva av Svitjod. Resor till Sveriges ursprung, och Götarnas riken. Upptäcktsfärder till Sveriges enande*, Stockholm, Atlantis, 2004, part. 1, p. 71-81; A. STEINNES, *Husebyar* (separate issue of *Norsk Historisk Tidsskrift* 1955:4), Oslo, Universitetsforlaget, 1955, p. 4-5.

26 *Diplomatarium Suecanum* (DS), no. 67; *Svenskt Diplomatariums huvudkartotek* (SDHK), no. 218. See J. ROSÉN, *art. cit.*, col. 435 and J. ROSÉN, *op. cit.*, p. 57 and 136.

27 *Diplomatarium Suecanum* (DS), no. 612; *Svenskt Diplomatariums huvudkartotek* (SDHK), no. 1001. See J. ROSÉN, *art. cit.*, col. 435 and J. ROSÉN, *op. cit.*, p. 144.

28 J. ROSÉN, *art. cit.*, col. 435; see also J. ROSÉN, *op. cit.*, p. 8, 34, 44, 61-62, 72-73 and 79.

29 Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *Svenska landskapslagar. Tolkade och förklarade för nutidens svenskar*, ser. 1, *Östgötalagen and Upplandslagen*, Stockholm, Hugo Gebers, 1933, (*Upplandslagen*), p. 43-44 and 53-54.

30 P.-A. WIKTORSSON (ed.), *Äldre Västgötalagen och des bilagor i Cod. Holm. B 59*, vols. 1-2, Skara, Föreningen för Västgötalitteratur, 2011, vol. 1, p. 29; G. B. NILSSON, “Handskriften B 59 och Yngre Västgötalagen”, in P.-A. WIKTORSSON, *op. cit.*, vol. 1, p. 45-59; G. B. NILSSON, *Nytt ljus över Yngre Västgötalagen. Den bestickande teorin om en medeltida lagstiftningsprocess*, *Rättshistoriskt bibliotek*, vol. 69, Stockholm, Institutet för Rättshistorisk

Forskning, 2012; S. BRINK, "The Origins of the Swedish Medieval Laws— a State of the Art, from My Perspective", in P. ANDERSEN *et al.* (eds.), *How Nordic are the Nordic Medieval Laws?—Ten Years After*, Copenhagen, DJØF, 2014, p. 143-144; cf. Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *Svenska landskapslagar. Tolkade och förklarade för nutidens avant-quart*, ser. 5, *Äldre Västgöotalagen, Yngre Västgöotalagen, Smålandslagens kyrkobalk and Bjärköarätten*, Stockholm, Hugo Gebers, 1946, p. XXXVIII-XLV.

31 Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *op. cit.*, ser. 5, p. 346; H. S. COLLIN and C. J. SCHLYTER, *Samling af Sweriges Gamla Lagar*, vol. 1, Stockholm, Z. Haeggström 1827, p. 194.

32 J. ROSÉN, *op. cit.*, p. 72-73.

33 Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *Svenska landskapslagar. Tolkade och förklarade för nutidens svenskar*, ser. 1, *Östgöotalagen and Upplandslagen*, *op. cit.*, (*Östgöotalagen*), p. 62 and 71; J. ROSÉN, *op. cit.*, p. 71-72; H. SCHÜCK, "Upsala Öd" in *Uppsala universitets årsskrift*, Uppsala, Uppsala universitet, 1914 p. 22-23.

34 Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *Svenska landskapslagar. Tolkade och förklarade för nutidens svenskar*, ser. 3, *Södermannalagen and Hälsingelagen*, Stockholm, Hugo Gebers, 1940, p. XLVII and 293; L. GRUNDBERG, "Husabyar i Norrland? Undersökningar kring Hälsingelagens Uppsala öd", in M. OLAUSSON (ed.), *En bok om Husbyar*, Stockholm, Riksantikvarieämbetet, 2000.

35 Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *op. cit.*, ser. 3, p. 236-241 and 245-256.

36 Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *op. cit.*, ser. 3, p. 236.

37 Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *Magnus Erikssons landslag i nusvensk tolkning*, *Rättshistoriskt bibliotek* bd 6, Stockholm, Institutet för Rättshistorisk Forskning, 1962, p. 3 and 22; cf. Å. HOLMBÄCK and E. WESSÉN, *Svenska landskapslagar. Tolkade och förklarade för nutidens avant-quart*, ser. 3, *Södermannalagen and Hälsingelagen*, *op. cit.*, p. 247 and J. ROSÉN, *op. cit.*, p. 119-121.

38 J. PETTERSSON, *Det medeltida krongodset. Om fiscus regius, husbyar och Uppsala öd*, *op. cit.*, p. 26.

39 E. H. KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 164-192.

40 P. ABRAHAMSSON (ed.), *Swerikes Rikes Lands-Lag*, Stockholm, Werner, 1726, p. 2, 86 and 95.

41 *Diplomatarium Suecanum* (DS), no. 3975; *Svenskt Diplomatariums huvudkartotek* (SDHK), no. 5202. See K. F. SÖDERWALL, *op. cit.*, p. 1163; J. ROSÉN,

op. cit., p. 72 and 168; J. PETTERSSON, op. cit., p. 29; J. PETTERSSON, art. cit., p. 52.

42 C. TOLLIN, *Stockholm, Klara kloster och Kungsladugården*, Stockholm, Kungl. Vitterhets Historie och Antikvitets Akademien, 2017, p. 51.

43 Royal letter to the forester on 17 March 1676, Riksarkivet (Swedish National Archives), Riksregistraturet (copies of letters from the Royal Chancellery), 1676, B:422, p. 100.

44 S. CLASON, *Till reduktionens förhistoria, gods- och ränteafsöndingarna och de förbudna orterna*, Upsala, Akademiska bokhandeln, 1895; J. ROSÉN, *Skånska privilegie- och reduktionsfrågor 1658-1686. Studier rörande Karl XI:s skånska räfstepolitik och Skånes försvenskning*, Lund, Gleerup, 1944, p. 243-258; N. NILSSON-STJERNQUIST, *Riksdagen och kronans fasta egendom. Tolknningen och tillämpningen av § 77 regeringsformen*, Lund, Fahlbeckska stiftelsen, 1950.

45 C. NAUMANN, *Sveriges Statsförfattningsrätt*, vol. 2, Stockholm, Norstedt, 1880, p. 322-328; N. NILSSON-STJERNQUIST, op. cit., p. 168-182.

46 G. BRAMSTÅNG, op. cit., p. 225.

47 Art. 7 in marriage contract 29 September 1766, Riksarkivet (Swedish National Archives), Konungahusens urkunder 1562-1958, vol. 48 c.

48 Art. 8 in marriage contract 30 June/11 July 1744, Riksarkivet (Swedish National Archives), Konungahusens urkunder, vol. 46 a.

49 Art. 8 in marriage contract 6 October 1797, Riksarkivet (Swedish National Archives), Konungahusens urkunder, vol. 68 b.

50 For a brief but clarifying overview of the debate on the background and sources of inspiration for the 1809 Instrument of Government see E. RÖNSTRÖM, "Forskardebatten kring 1809 års regeringsform—Till frågan om grundlagens härkomst" in *Statsvetenskaplig tidskrift*, Lund, Fahlbeckska stiftelsen, 1997, p. 448-467, and for an analysis of the rhetoric in the 1809 constitutional discussions, A. SUNDIN, *Statskuppen och regeringsformens tillkomst som tolkningsprocess*, *Studia historica Upsaliensia* 227, Uppsala, Historiska institutionen, 2006.

51 Kongl. Maj:ts allmänna nådiga proposition til riksens ständers statsutskott, angående banquen, stats-werket och riksgälds-contoiret, 9 juni 1809 (printed separately).

52 Kongl. Maj:ts nådiga proposition til Riksens Ständers Stats-Utskott om Stats-Werkets tilstånd, inkomster, utgifter, skulder och fordringar samt hwad til des uprätthållande erfordras, 5 juli 1809 (printed separately).

53 Statsutskottets memorial den 25 augusti 1809, 1809-10 års riksdag, ridderskapet och adelns protokoll (1809-10 parliamentary session, minutes of the House of Nobility), vol. 2, August 1809, p. 1401-1417.

54 *Ibid.*, p. 1402-1403.

55 *Ibid.*, p. 1403.

56 *Ibid.*, p. 1403.

57 *Ibid.*, p. 1403.

58 *Ibid.*, p. 1404.

59 *Ibid.*, p. 1412.

60 *Ibid.*, p. 1412.

61 *Ibid.*, p. 1413.

62 Expeditionsutskottets memorial den 29 september 1809, 1809-10 års riksdag, ridderskapet och adelns protokoll (1809-10 parliamentary session, minutes of the House of Nobility), vol. 3:1, September 1809, p. 1076-1077; Statsutskottets yttrande den 23 oktober 1809, 1809-10 års riksdag, ridderskapet och adelns protokoll, (1809-10 parliamentary session, minutes of the House of Nobility), vol. 3:2, October 1809, p. 4644-4646.

63 Justerad skrivelse till Kungl. Maj:t den 18 november 1809, 1809-10 års riksdag, ridderskapet och adelns protokoll (1809-10 parliamentary session, minutes of the House of Nobility), vol. 4:1, November 1809, p. 732-743.

64 *Ibid.*, p. 738

65 Riksarkivet (Swedish National Archives), Riksdagsacta R 5035, annex.

66 1809-10 års riksdag (1809-10 parliamentary session), riksdagsbeslutet, 13 §.

67 Skrivelse till Kungl. Maj:t godkänd den 14 mars 1810, 1809-10 års riksdag, ridderskapet och adelns protokoll (1809-10 parliamentary session, minutes of the House of Nobility), vol. 6, March 1810, p. 574-575.

68 See M. SUNNQVIST, *op. cit.*, p. 234-282 for details.

69 Statsutskottets utlåtande, no. 31, 1840-41 års riksdag, bihang (1840-41 parliamentary session, annex to the minutes), coll. 4, part. 1, vol. 1, p. 1-4; Riksdagsskrivelse, no. 162, 1840-41 års riksdag, bihang (1840-41 parliamentary session, annex to the minutes), coll. 10, part. 1, p. 298.

70 Statsutskottets utlåtande, no. 31, *op. cit.*, p. 2.

71 *Ibid.*

72 Kungl. brev den 20 september 1841 till Kammarkollegium, see P. E. BERGFALK, *Sammandrag af gällande författningar angående finansverket*, part. 1, *Författningarna rörande rikets finansverk*, issue 1, Stockholm, Norstedts, 1866, p. 49; Instruktion för Kungl. Husgerådskammaren med Bernadottebiblioteket, protokoll 2018-10-03 hållet inför H.E. Riksmarskalken, annex 3, p. 2.

73 Regeringens proposition, no. 1980/81:100, annex 4, p. 4; Utskottsbetänkande, no. 1980/81:FiU18; Riksdagsskrivelse, no. 1980/81:202.

74 Regeringens proposition, no. 1980/81:100, annex 4, p. 4.

75 Cf. M. SUNNQVIST, *op. cit.*, p. 233-234.

76 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1888:32-33; Statsutskottets betänkande, no. 1888:2, p. 2, och 1888:52; Riksdagsskrivelse, no. 1888:57-58.

77 J.-M. BEXHED, *art. cit.*, p. 237.

78 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1966:105, p. 33-34; Kungl. Maj:ts proposition, no. 1967:1, p. 4; Regeringens proposition, no. 2009/10:1, annex, Rikets styrelse, p. 17. Cf. J.-M. BEXHED, *art. cit.*, p. 236.

79 Riksdagsskrivelse, no. 85, 1817-18 års riksdag, bihang (1817-18 parliamentary session, annex to the minutes), vol. 10, p. 181-186.

80 1859-60 års riksdag, bihang (1869-60 parliamentary session, annex to the minutes), proposition, no. 1, coll. 1, part. 1, vol. 1, p. 11-12; coll. 4, vol 1, Statsutskottets betänkande, no. 47, p. 1-7; Riksdagsskrivelse, no. 122, coll. 10, part. 1, vol. 1, p. 336-339, bd 3; Kungl. Maj:ts proposition, no. 1885:9; Statsutskottets betänkande, no. 1885:7; Riksdagsskrivelse, no. 1885:53; Kungl. Maj:ts proposition, no. 1916:180; Jordbruksutskottets betänkande, no. 1916:84; Riksdagsskrivelse, no. 1916:225.

81 Riksdagsskrivelse, no. 29, 1817-18 års riksdag, bihang (1817-18 parliamentary session, annex to the minutes), vol. 10, p. 73.

82 1823 års riksdag, bihang (1823 parliamentary session, annex to the minutes), Riksdagsskrivelse, no. 157, coll. 10, vol. 1, p. 396-397.

83 Statsutskottets betänkande, no. 1877:14; Riksdagsskrivelse, no. 1877:43; Kungl. Maj:ts proposition, no. 1878:29; Statsutskottets betänkande, no. 1878:53; Riksdagsskrivelse, no. 1878:30. Cf. G. BRAMSTÅNG, *op. cit.*, p. 194-203.

- 84 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1885:9; Statsutskottets betänkande, no. 1885:7; Riksdagsskrivelse, no. 1885:53. Cf. G. BRAMSTÅNG, *op. cit.*, p. 205-206 and 247.
- 85 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1938:257; Statsutskottets betänkande, no. 1938:121; Riksdagsskrivelse, no. 1938:244. Cf. G. BRAMSTÅNG, *op. cit.*, p. 208-212.
- 86 Statsutskottets memorial den 25 augusti 1809, 1809-10 års riksdag, ridderskapet och adelns protokoll (1809-10 parliamentary session, minutes of the House of Nobility), vol. 2, August 1809, p. 1413.
- 87 1817-18 års riksdag, bihang (1817-18 parliamentary session, annex), vol. 10; Riksdagsskrivelse, no. 245, p. 253; 1862-63 års riksdag, bihang (1862-63 parliamentary session, annex), coll. 4, part. 1, vol. 1; Statsutskottets betänkande, no. 38, p. 8-10, coll. 10, part. 1, vol. 1; Riksdagsskrivelse, no. 67, p. 8; Kungl. Maj:ts proposition, no. 1873:1, p. 9; Statsutskottets betänkande, no. 1873:3, p. 5; Riksdagsskrivelse, no. 1873:45; Kungl. Maj:ts proposition, no. 1908:1, p. 4; Statsutskottets betänkande, no. 1908:2; Riksdagsskrivelse, no. 1908:1, p. 3; Kungl. Maj:ts proposition, no. 1951:1; Första huvudtiteln, p. 5-6; Statsutskottets betänkande, no. 1951:1, p. 3-4; Riksdagsskrivelse, no. 1951:1; Regeringens proposition, no. 1975:1, annex 3, Kungl. hov- och slottsstaterna, p. 4-5; Finansutskottets betänkande, no. 1975:FiU4; Riksdagsskrivelse, no. 1975:33.
- 88 J.-M. BEXHED, *art. cit.*, p. 236-237.
- 89 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1944:228, p. 2.
- 90 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1945:1, annex, Första huvudtiteln, p. 2.
- 91 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1945:1, annex, Första huvudtiteln, p. 3.
- 92 Regeringens proposition, no. 1991/92:44, p. 22-23; Finansutskottets betänkande, no. 1991/92:FiU8, p. 12-14 and 17-18; Riksdagsskrivelse, no. 1991/92:107; Regeringens proposition, no. 1992/93:37, p. 15-16; Finansutskottets betänkande, no. 1992/93:FiU8; Riksdagsskrivelse, no. 1992/93:123.
- 93 For a more detailed analysis, see M. SUNNQVIST, *op. cit.*, p. 282-291.
- 94 Överenskommelse 2000-03-01, Statens fastighetsverk dnr 220-89/99; Överenskommelse 2007-06-27, Statens fastighetsverk dnr 220-1859/07.
- 95 G. BRAMSTÅNG, *op. cit.*, p. 258-261.

96 1844-45 års riksdag, bihang (1844-45 parliamentary session, annex); Kungl. Maj:ts proposition, no. 1, p. 6-9, coll. 1, part. 1; Statsutskottets betänkande, no. 34, p. 1-5, coll. 4, part. 1, vol. 1; Riksdagsskrivelse, no. 30, p. 50-52, coll. 10, part. 1, vol. 1. See also Kungl. brev den 19 november 1844 till Riksmarskalksämberet, P. E. BERGFALK, *op. cit.*, p. 45-46.

97 See in detail M. SUNNQVIST, *op. cit.*, p. 254-257.

98 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1884:23; Statsutskottets betänkande, no. 1884:29; Riksdagsskrivelse, no. 1884:22.

99 See e.g. Kungl. Maj:ts proposition, no. 1926:173; cf. also Kungl. Maj:ts proposition, no. 1947:248.

100 Regeringens proposition, no. 1991/92:44, p. 23; Regeringens proposition, no. 1992/93:37, p. 15.

101 Regeringens proposition, no. 2005/06:100, p. 165; Finansutskottets betänkande, no. 2005/06:FiU21, p. 24-25; Riksdagsskrivelse, no. 2005/06:370.

102 To these eight palaces, further three can be added, and sometimes it is mentioned that there are eleven royal palaces in Sweden (e.g. Regeringens proposition, no. 2021/22:1; Utgiftsområde 1, p. 12). Then *Gustav III:s paviljong*, *Kina slott* and *Rosendals slott* are added, but from a legal historical point of view, they belong to Haga, Drottningholm and Djurgården respectively.

103 There are also buildings owned privately by the King, such as the summer residence Solliden. The King also leases the property Stenhammar from the state; it was bequeathed to the state under the condition that it would be leased to a member of the Royal family. I leave these properties outside the discussion in this article.

104 Chap. 3, § 6, § riksdagsordningen (The *Riksdag* Act; and act concerning the work procedures of Parliament); chap. 6, § 6 regeringsformen (Instrument of Government). See Kungl. Maj:ts proposition, no. 1973:90, p. 171 and as regards the political background M. SVANBERG, *Partierna och demokratin under författningsdebatten 1965-1980*, Göteborg, Daidalos, 2020.

105 This distinction is a recurring theme in R. HAZELL and B. MORRIS (eds.), *op. cit.*

106 Kungl. Maj:ts proposition, no. 1973:90, p. 176.

107 Ett modernt belöningssystem, *de allmänna flaggdagarna och redovisningen av anslaget till hovet*, SOU 2021:74, p. 149-150; Regeringens proposition, no. 2021/22:232, p. 4; Regeringens proposition, no. 2022/23:1; Utgiftsområde 1, p. 12.

108 Decision by H.M. The King 7 October 2019, Protokoll i hovärenden, no. 13/2019 H.D., with annexe, <<https://www.kungahuset.se/arkiv/nyheter/2019-10-07-forandringar-inom-kungl.-huset>> , last accessed 15 June 2023.

109 See footnote 94.

110 See, most recently, SVT Uppdrag granskning, “Kungens bostäder”, broadcast 16 Maj 2023.

111 E.g. Konstitutionsutskottets betänkande, no. 1996/97:KU1, p. 8-9; Regeringens proposition, no. 2001/02:190, p. 73; Regeringens proposition, no. 2006/07:1, Utgiftsområde 1, Rikets styrelse, p. 76.

RÉSUMÉS

English

Since the Middle Ages, there have been Crown estates in Sweden that were to be used by the King. In 1809-10, an agreement was reached between King and Parliament about the financing of the expenses of the Royal Family and the Royal Household and of the right of the King and the Royal Family to use and govern the Royal Palaces. This agreement is still in force, although it has been amended as regards details over the last two centuries. In the article, the historical development and current status of the King's right to have state property at his disposal is discussed.

Français

Depuis le Moyen Âge, il y a eu des domaines de la Couronne en Suède dont l'usage a été réservé au Roi. En 1809-10, un accord a été conclu entre le Roi et le Parlement sur le financement des dépenses de la famille royale et de la maison royale, et aussi sur le droit du Roi et de la famille royale d'utiliser et de gouverner les palais royaux. Cet accord est toujours en vigueur, bien qu'il ait été modifié dans les détails au cours des deux derniers siècles. Dans l'article, l'évolution historique et l'état actuel du droit du Roi de disposer des biens de l'État sont discutés.

INDEX

Mots-clés

Suède, chef d'État, palais royaux, bona regalia, le droit du Roi de disposer des biens de l'État

Keywords

Sweden, Head of State, Royal Palaces, bona regalia, Property at the King's Disposal

AUTEUR

Martin Sunnqvist

Professor of Legal History, Lund University, Sweden

IDREF : <https://www.idref.fr/282159266>

Vers une propriété inclusive en droit public ? Approche comparative

Yaëll Emerich

DOI : 10.35562/droit-public-compare.512

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

Introduction

I. Du modèle de la propriété exclusive du droit privé au modèle de la propriété exclusive en droit public : l'analogie propriétaire

A. Le modèle de la propriété exclusive du droit privé

1. Modèle fort d'une propriété exclusive en droit civil
2. Modèle modéré d'une propriété exclusive en *common law*

B. L'analogie de la propriété publique avec le modèle propriétaire du droit privé

1. Analogie forte de la propriété publique avec la propriété privée en droit civil
 - a) La reconnaissance de droits subjectifs de l'État sur les biens du domaine public
 - b) L'assimilation de la propriété publique à la propriété privée
2. Analogie modérée de la propriété publique avec la propriété privée en *common law*
 - a) L'absence d'une catégorie nette de propriété publique en *common law*
 - b) La présence de l'analogie propriétaire en *common law*

II. Du concept de la propriété exclusive du droit privé à un modèle de propriété inclusive en droit public : l'analogie du gardien-fiduciaire

A. Le droit de garde comme modèle alternatif de la propriété publique en droit civil

1. Analyse historique
2. Analyse théorique

B. Le modèle fiduciaire comme modèle alternatif à la propriété publique en *common law*

1. La propriété publique comme droit d'inclusion
2. La propriété publique et les communs

Conclusion

TEXTE

Introduction

- 1 L'étude de l'intersection entre le droit privé des biens et le droit régissant la propriété publique est déterminante pour approcher le phénomène juridique des biens publics. L'expression de « propriété publique » est polysémique en droit civil, en ce qu'elle peut désigner « à la fois l'appropriation de biens par la puissance publique, les biens objets de cette appropriation et le régime juridique qui s'y attache¹ ». Si le public est étymologiquement lié au peuple², le discours actuel tend pourtant à assimiler le public à l'État³. En *common law*, l'expression propriété publique comporte également une certaine ambiguïté, illustrée par l'utilisation d'une double terminologie. Alors que la propriété publique/*public [or state] ownership* désigne les biens de l'État, du Gouvernement ou de la Couronne⁴, la terminologie biens public/*public property* est parfois employée comme synonyme de « public ownership », mais le plus souvent utilisée pour référer à des ressources collectivement appropriées, avec des privilèges d'accès et d'usage partagés par le public au sens large⁵.
- 2 La propriété publique doit-elle s'entendre d'un droit de propriété ordinaire, assimilable à la propriété privative, ou plutôt d'un droit de garde de type fiduciaire reconnu au souverain et issu du mandat populaire par lequel des biens lui ont été confiés ? Si l'idée de droit de garde et de surintendance, distincte de la propriété privative, a prévalu historiquement en droit civil, le régime actuel de la propriété publique en droit civil français l'assimile volontiers à la propriété privée. Cela est particulièrement net dans le Code général de la propriété des personnes publiques. La théorie de l'État, désormais conçue sur le principe de la reconnaissance de droits subjectifs, fait en sorte que la propriété étatique est possible sur les biens du domaine public. Dans un tel cadre, les biens publics sont clairement opposés aux biens communs⁶, dont l'usage appartient à tous⁷.
- 3 Si cette assimilation de la propriété publique à la propriété privée est aujourd'hui contestée par une partie de la doctrine civiliste qui prend

au sérieux l'ancienne idée du droit de garde⁸, l'étude des fondements de la propriété privée en *common law* peut mettre sur la voie d'une vision plus nuancée de la propriété publique, laquelle n'est pas complètement autonome de la propriété collective. C'est ainsi que la conception de la propriété publique en *common law*, qui ne connaît pas de distinction nette entre propriété privée et propriété publique, offre le contraste entre un « État propriétaire » et un « État fiduciaire⁹ ». Cette dernière analogie permet de mettre l'accent sur le fait que les biens publics sont plutôt tenus en fiducie par le Gouvernement, pour le bénéfice de la population. Dès lors, l'opposition entre biens publics et biens communs s'amenuise et ouvre la voie sur l'idée d'une propriété publique moins centrée sur les droits du propriétaire public que sur les droits du public sur les biens publics.

- 4 Cet article adopte une méthodologie comparative afin de comprendre la conception de la propriété publique dans deux systèmes juridiques majeurs : les traditions romano-germaniques ou civilistes et les traditions de *common law*. L'objectif de cet article est de mettre en regard la conception de la propriété publique en droit civil et en *common law*, pour tenter de montrer que l'assimilation civiliste traditionnelle de la propriété publique à la propriété privée peut être mitigée, tant par un retour historique à l'ancienne idée du droit de garde et de surintendance, que par une analogie avec la propriété publique fiduciaire de la *common law*. Comme la distinction entre propriété publique et propriété privée est vague en *common law*, il convient d'examiner plus d'une juridiction afin d'obtenir une image plus complète. Ainsi, dans le cadre de la *common law*, nous avons sélectionné deux prototypes principaux, la *common law* anglaise et américaine¹⁰, complétés par la *common law* canadienne – le Canada étant connu pour son système mixte de traditions de la *common law* et de droit civil¹¹. S'agissant du choix des juridictions civilistes, notre prototype sélectionné est le droit civil français¹², complété par le droit civil québécois, pertinent à analyser en raison de son contact étroit avec les traditions de *common law*¹³. Finalement, quelques exemples issus de l'expérience italienne sont ajoutés à la marge, en raison de leur pertinence pour le sujet étudié.

- 5 La flexibilité de la *common law* s'agissant du concept de propriété, qui facilite le développement d'arrangements inclusifs tels que le *public trust*, nuance ainsi la conception civiliste classique d'une nature absolue et unitaire de la propriété. En se fondant sur une perspective comparative, la thèse de cet article est que la propriété publique ne doit pas être conceptualisée à l'image du paradigme classique de la propriété privée exclusive, mais devrait plutôt intégrer certains éléments de la propriété collective ou commune¹⁴, pour être analysée comme un droit d'inclusion¹⁵. Une discussion sur le lien entre les biens publics et les biens communs¹⁶ est donc nécessaire. Après avoir envisagé l'assimilation actuellement dominante de la propriété publique avec le modèle de la propriété privée exclusive (I), on rendra compte des liens possibles de la propriété publique avec un modèle plus inclusif de propriété de type fiduciaire, empruntant certains éléments à la propriété collective et aux biens communs (II).

I. Du modèle de la propriété exclusive du droit privé au modèle de la propriété exclusive en droit public : l'analogie propriétaire

- 6 La propriété publique est rarement associée aux communs, en raison de son affiliation courante avec la propriété privée. Il importe toutefois de revenir aux fondements de la conceptualisation de la propriété privée en droit civil et en *common law*, afin d'éclairer la manière dont on comprend la propriété publique dans un contexte d'assimilation entre propriété publique et propriété privée. On envisagera d'abord le modèle de la propriété exclusive du droit privé (A), puis l'analogie de la propriété publique avec le modèle propriétaire du droit privé (B).

A. Le modèle de la propriété exclusive du droit privé

- 7 On opposera ici un modèle fort de propriété exclusive en droit civil (1) à un modèle plus modéré de propriété exclusive en *common law* (2).

1. Modèle fort d'une propriété exclusive en droit civil

- 8 En droit civil, le modèle traditionnel est celui d'une propriété absolue et exclusive. En droit français, l'article 544 du Code civil est généralement interprété comme conférant au propriétaire un droit absolu et/ou un pouvoir exclusif sur une chose corporelle¹⁷.
- 9 En droit québécois, le fait que le Code civil du Québec (ci-après « C.c.Q. ») ait remplacé l'ancienne définition de la propriété comme droit le plus absolu par une formulation plus modeste de droit libre et complet¹⁸ n'empêche toutefois pas la qualification traditionnelle de la propriété privée comme un droit exclusif¹⁹. C'est ainsi que le propriétaire est décrit comme étant « seul à prétendre à l'ensemble des attributs sur l'objet de son droit²⁰ ». Si d'un point de vue interne, l'exclusivité permet à une personne d'exercer une prérogative sur la chose d'une manière particulièrement forte, d'un point de vue externe, elle permet au propriétaire d'assurer l'exclusivité de son droit sur la chose vis-à-vis des tiers²¹. Dans tous les cas cependant, l'exclusivité de la propriété, y compris en droit civil, doit être nuancée²². Or, dès lors qu'on rectifie cette idée de base, les arrangements plus inclusifs, relationnels et sociaux peuvent se transposer dans la conceptualisation de la propriété publique.

2. Modèle modéré d'une propriété exclusive en *common law*

- 10 En *common law*, si le modèle d'une propriété exclusive existe, il s'agit toutefois d'une version atténuée ou faible de propriété exclusive. Bien que la vision traditionnelle de la propriété en *common law* référerait à une puissance absolue sur la chose permettant l'exclusion du droit de toute autre personne²³, la définition actuellement dominante de la propriété en *common law* est issue des travaux de Honoré et Hohfeld

et renvoie plutôt à un *bundle of rights*²⁴. La définition moderne de la propriété en *common law* y voit un ensemble ou un fagot de droits sur la chose et plus précisément, un ensemble de droits, d'obligations, de privilèges, de pouvoirs et d'immunités susceptibles d'affecter un bien²⁵. Une telle vision de la propriété propose donc une version atténuée d'une propriété absolue et exclusive, dans laquelle plusieurs droits se chevauchent. L'importance du trust en *common law* privé des biens²⁶ peut être liée à une conception plus modérée de la propriété privée. Par exemple, la doctrine de la fiducie publique/*public trust doctrine*, dont on peut tracer une origine dans la Magna Carta anglaise²⁷, donne un titre limité de propriété aux pouvoirs publics permettant d'établir des relations fiduciaires à usage public pour certaines ressources naturelles et culturelles²⁸. Cela explique notamment l'influence de cette doctrine en droit américain²⁹, qui est davantage marqué par un modèle fiduciaire de propriété, dans lequel le public est bénéficiaire.

B. L'analogie de la propriété publique avec le modèle propriétaire du droit privé

- 11 Si le modèle propriétaire n'est pas identique en droit civil et en *common law*, on retrouve toutefois une analogie plus ou moins forte de la propriété publique avec la propriété privée en droit civil (1) et en *common law* (2).

1. Analogie forte de la propriété publique avec la propriété privée en droit civil

- 12 Après avoir rendu compte de la reconnaissance de droits subjectifs de l'État sur les biens du domaine public (a), on se penchera sur l'assimilation de la propriété publique à la propriété privée (b).

a) La reconnaissance de droits subjectifs de l'État sur les biens du domaine public

- 13 En droit civil, les biens des personnes publiques sont traditionnellement répartis en biens du domaine privé et biens du

domaine public. Si le droit de propriété des personnes publiques sur les biens du domaine privé n'a jamais été contesté³⁰, la possibilité que l'État ait un droit de propriété sur les biens du domaine public a davantage interrogé la doctrine³¹. C'est au Doyen Maurice Hauriou qu'est généralement attribuée la thèse de la propriété de l'État sur les biens du domaine public³². Selon cette théorie, les éléments classiques de la propriété ne sont pas totalement exclus du domaine public : l'*usus* existe pour le domaine affecté aux services publics, le *fructus* apparaît dans les revenus et utilités que l'administration retire du domaine public et quant à l'*abusus*, l'inaliénabilité prouverait la propriété, puisque l'interdiction d'aliéner n'aurait pas d'objet si l'État n'était pas propriétaire³³.

- 14 Comme cela a été montré en doctrine, chez Hauriou, le projet d'unir le droit administratif autour de la notion de droits subjectifs de l'État³⁴ est largement politique : dès lors que des droits subjectifs sont reconnus à l'État, il devient possible de penser les droits de l'État sur les biens du domaine public comme un droit de propriété³⁵. L'idée de la personnalisation de l'État se retrouve également chez Raymond Saleilles. C'est d'ailleurs de sa pensée qu'Hauriou se serait inspiré sur la question de savoir si un droit peut exister sans un sujet déterminé auquel il se rapporte et sur l'idée selon laquelle les seuls titulaires de droit sont des individus singuliers ou collectifs dotés de personnalité morale³⁶. Cette idée amène plusieurs conséquences, dont celle qui veut que les droits du public soient directement attribués à l'État et que l'intérêt général se confonde avec l'intérêt de l'État en tant que personne³⁷. Dès lors, l'inclusion du public par des droits d'accès et de jouissance sur le domaine public est mitigée.

b) L'assimilation de la propriété publique à la propriété privée

- 15 Selon plusieurs auteurs, la propriété publique n'a pas une nature juridique différente de celle de la propriété privée ; il y a simplement des différences de régime juridique, liées au fait qu'il s'agit de biens appropriés par des personnes publiques³⁸. Il n'y aurait donc pas de « propriété administrative³⁹ ». C'est ainsi que selon Hauriou, « si le droit de domaine public est un droit de propriété, ce n'est pas la propriété ordinaire, c'est une propriété qui mérite le nom de public,

qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose⁴⁰ ». Il s'agit cependant pour cet auteur d'une propriété qui prend la propriété privée comme modèle, même si la propriété publique « se caractérise par un ensemble de modifications apportées à la propriété ordinaire par le fait de l'affectation et détruite par le fait de la désaffectation⁴¹ ».

- 16 Si la thèse « propriétaire » se développe à partir de la fin du XIX^e siècle⁴², le récent Code de la propriété des personnes publiques lui donne une nouvelle assise. Bien que l'on ait pu nuancer la portée de ce code qui résulte d'une simple ordonnance⁴³, le Code général de la propriété des personnes publiques de 2006 reconnaît désormais clairement que les biens publics sont la propriété des personnes publiques, qu'il s'agisse de l'État, des collectivités locales ou des établissements publics⁴⁴. Certains auteurs considèrent que, devant la clarté de ces textes récents, les personnes publiques sont des propriétaires (ordinaires) et qu'il ne serait plus possible de confondre la propriété publique et la domanialité publique⁴⁵. Il existerait donc une notion de propriété publique dans laquelle on retrouverait les éléments de la propriété privée, le régime de la domanialité publique désignant plutôt un régime d'affectation⁴⁶. Dès lors que la référence à la propriété est faite s'agissant des biens de l'État, cela va dans le sens de l'assimilation de la propriété publique à la propriété privée, qui lui emprunte alors ses caractéristiques, y compris son caractère traditionnellement exclusif.
- 17 En droit québécois, la propriété publique est en principe soumise aux règles de droit privé⁴⁷. On a pu souligner que le *Code civil du Québec* a eu pour effet de privatiser – au moins partiellement – le droit public, car il est devenu une source directe de droit, notamment pour les personnes morales de droit public comme les organismes municipaux⁴⁸. Aux termes de l'article 918 C.c.Q., « Les parties du territoire qui ne sont pas la propriété de personnes physiques ou morales, ou qui ne sont pas transférées à un patrimoine fiduciaire, appartiennent à l'État et font partie de son domaine. » Cet article est généralement interprété comme référant à l'idée de l'État comme un propriétaire résiduaire, même si cette idée doit être nuancée pour tenir compte des droits des Autochtones sur des parties importantes du territoire⁴⁹. Font partie du domaine public les

biens qui appartiennent à l'État fédéral ou provincial⁵⁰, de même que les biens des personnes morales de droit public affectés à l'utilité publique⁵¹.

- 18 La doctrine québécoise considère que la théorie de la dualité domaniale, autrement dit la séparation entre le domaine privé et le domaine public de l'État, est en principe inopérante. En effet, contrairement au droit français, où les deux domaines obéissent à des régimes juridiques distincts, cette théorie n'a pas d'effet concret au Québec, sauf en matière municipale⁵². En matière municipale, la dualité domaniale qui résulte de l'article 916 du Code civil du Québec⁵³, fait en sorte que les biens municipaux affectés à l'utilité publique sont en principe inaliénables, insaisissables et non taxables⁵⁴. Comme l'expliquent René Dussault et Louis Borgeat, si l'expression domaine public est utilisée dans le contexte municipal pour désigner les biens des municipalités affectés à l'usage général et public, « [c]ela ne signifie pas que les biens du domaine public municipal appartiennent à la Couronne, mais simplement que les municipalités jouissent à leur égard de certains privilèges et immunités⁵⁵ ». En cela, le droit québécois se rapproche davantage que le droit français de l'analogie modérée de la propriété publique avec la propriété privée caractéristique de la *common law*, puisque la dualité entre la propriété publique et la propriété privée est moins absolue qu'en droit français. En outre, le droit québécois peut mettre ici sur la piste d'un droit public où l'autorité publique jouit moins de droits subjectifs que de privilèges et où les biens du domaine public n'appartiennent pas à la Couronne à proprement parler. Le droit québécois s'éloigne ainsi de l'analogie avec la propriété privée.

2. Analogie modérée de la propriété publique avec la propriété privée en *common law*

- 19 Si la *common law* ne connaît pas de catégorie claire de propriété publique (a), la présence de l'analogie propriétaire se retrouve également dans cette tradition (b).

a) L'absence d'une catégorie nette de propriété publique en *common law*

- 20 En *common law*, la « propriété publique » n'est pas une catégorie autonome et il est dès lors difficile d'articuler une distinction générale entre la propriété privée et la propriété publique⁵⁶. Le fait même de considérer l'État comme une personne morale est largement étrangère à la tradition de *common law*⁵⁷. C'est ainsi que les biens du Gouvernement sont analysés comme assujettis à la propriété privée dans la tradition de la *common law*⁵⁸.
- 21 Si la propriété de la Couronne ne diffère pas fondamentalement de la propriété individuelle, la *common law* anglaise reconnaît toutefois des règles particulières qui se distinguent des règles de la propriété ordinaire, notamment l'imprescriptibilité, l'immunité fiscale et l'insaisissabilité⁵⁹. Comme l'a montré Giorgio Resta, l'idée traditionnelle selon laquelle il n'y a pas de droit de la propriété publique distinct en *common law* peut être nuancée. En effet, même si la tradition étatique est faible en *common law*, la Couronne a longtemps joué un rôle équivalent⁶⁰. De plus, si les règles applicables aux biens de la Couronne sont en principe les mêmes que pour les biens privés, plusieurs catégories de choses (comme les forêts ou les autoroutes⁶¹) sont soumises à des réglementations spécifiques, en raison de l'utilité publique qui caractérise leur usage⁶². Dès lors que l'absence de propriété publique peut être nuancée, il est possible d'articuler une certaine distinction entre propriété privée et propriété publique, y compris en *common law*.
- 22 Si on suit la thèse traditionnelle de l'absence d'une catégorie autonome d'une propriété publique, l'idée d'une assimilation entre propriété privée et publique n'a que peu de sens. Toutefois, pour les auteurs qui admettent la présence d'une forme de propriété publique en *common law*, il est possible de considérer que ce type de propriété est assimilé au modèle propriétaire de la propriété privée.

b) La présence de l'analogie propriétaire en *common law*

- 23 L'émergence de l'analogie du Gouvernement-propriétaire fait écho aux développements jurisprudentiels. Dans l'affaire *Commonwealth*

of Canada, la Cour suprême du Canada a été appelée à se prononcer sur l'accès du public à un terminal d'aéroport appartenant au Gouvernement, dans le contexte du droit à la liberté d'expression protégé par la Charte. Dans cette affaire, des membres de l'organisation politique du « Comité pour la République du Canada » voulaient informer le public présent de l'existence de leur organisation et de son idéologie. Bien que le juge en chef Lamer ait reconnu « la nature particulière de la propriété gouvernementale » et sa « nature quasi-fiduciaire ⁶³ », le juge La Forest a été amené à convenir que le droit de propriété du Gouvernement n'était en rien différent de celui d'un propriétaire privé ⁶⁴.

- 24 Depuis cette affaire, l'analogie du Gouvernement comme propriétaire est devenue dominante en *common law* ⁶⁵. C'est ainsi que dans l'affaire *Batty v. Toronto* ⁶⁶, le mouvement « Occupy Toronto » avait établi une tente dans le parc Saint-James pendant plusieurs semaines. La ville de Toronto avait initié un avis de *trespass* (*trespass notice*) fondé sur la Loi pour atteinte à la propriété/*Trespass to Property Act*. Le mouvement « occupy Toronto » avait répliqué en argumentant que cela allait à l'encontre des droits des manifestants protégés par la Charte canadienne des droits et libertés ⁶⁷. Or, la Cour ontarienne rejette leur requête dans cette affaire, en appliquant un modèle de propriété privée exclusive à des biens qui auraient pourtant pu être qualifiés de communs ⁶⁸.
- 25 Même si la propriété publique est peu discutée en *common law*, les cas canadiens étudiés résonnent avec l'analogie de la propriété privée, qui est plus évidente dans les traditions civilistes. En contredisant ce modèle de propriété exclusive, les développements qui suivent envisagent le modèle d'une propriété plus inclusive et prometteuse pour l'accès du public aux biens.

II. Du concept de la propriété exclusive du droit privé à un modèle de propriété inclusive en droit public : l'analogie du gardien-fiduciaire

- 26 Tant en droit civil qu'en *common law*, il est possible de conceptualiser la propriété publique dans le sens d'une analogie avec le modèle fiduciaire. Dans une telle perspective, c'est un modèle de propriété inclusive – qui comprend des droits d'accès, de jouissance et d'utilisation pour le public ou la population en général – qui est proposé pour la propriété publique, distinct d'une propriété exclusiviste qui limite les modalités de l'inclusion à la volonté gouvernementale et aux impératifs de protection constitutionnelle. En ce sens, la propriété publique se rapproche des communs, reconnus pour leurs caractéristiques inclusives et collectives⁶⁹. Après avoir envisagé le droit de garde comme modèle alternatif de la propriété publique en droit civil sur le modèle de l'État fiduciaire (A), on rendra compte du modèle fiduciaire comme alternative pour la propriété publique en *common law* (B).

A. Le droit de garde comme modèle alternatif de la propriété publique en droit civil

- 27 On rappellera le contexte historique de l'analyse du droit de garde (1), avant de se pencher sur une analyse théorique du modèle fiduciaire de l'État gardien comme modèle alternatif pour la propriété publique, qui emprunte certains éléments à la propriété commune (2).

1. Analyse historique

- 28 En droit romain, à la fin de la République et au début de l'Empire, le régime de la propriété ne s'étend pas à toutes les choses : les choses sacrées (*res sacrae*), les choses religieuses (*res religiosae*) et les choses

saintes (*res sanctae*) échappent au *dominium*. Il en va de même des biens du peuple romain et notamment des terres confisquées aux peuples vaincus (*ager publicus*), dont Gaius écrit qu'ils sont « en dehors de notre patrimoine » (*extra nostrum patrimonium*)⁷⁰. Dans le droit de Justinien, plusieurs biens continuent d'échapper à la propriété privée, incluant les choses publiques (*res publicae*), telles que les voies publiques, les rivières et les ports, qui s'étaient ajoutées à l'*ager publicus*. Tant les *Institutes* de Gaius que les *Institutes* de Justinien classent ces choses non susceptibles d'appropriation privée en choses de droit divin (*res divini juris*, qui sont subdivisées entre *res sacrae*, *res religiosae* et *res sanctae*) et choses droit humain (regroupant *res communes*, *res publicae* et *res universitatis*)⁷¹.

29 Comme l'historien du droit Yan Thomas l'a bien montré, en droit romain, le statut des biens publics n'était pas fondé sur la nature de ces biens, mais étaient institués tels pour les soustraire au commerce et les affecter à l'usage du public⁷². En droit romain, les choses publiques (*res publicae*), de même que les choses sacrées et religieuses, étaient conçues comme des choses extérieures à la sphère de la propriété individuelle⁷³. De plus, le public référait non pas à l'État, mais à un public « non organisé », à savoir tous les membres de la Cité en leur qualité de membre de la communauté politique ou citoyenne⁷⁴.

30 Selon Yann Thomas, il existait donc en droit romain une distinction entre une « zone de domanialité, dont l'État disposait librement » et une « zone d'usage public » (places, théâtres, marchés, portiques, routes, rivières, conduites d'eau, etc.) », dont l'indisponibilité s'imposait d'une manière absolue⁷⁵. Les choses publiques « n'étaient pas inappropriables en raison d'une quelconque titularité étatique, mais à cause de leur affectation [...]. Ces choses dites "publiques" étaient librement accessibles à tous [...] »⁷⁶. Alors que les choses (*res*) étaient essentiellement patrimoniales en droit romain, le droit sacré et le droit public les frappaient exceptionnellement d'indisponibilité et d'une destination perpétuelle⁷⁷.

31 Il reviendrait toutefois aux auteurs de l'Ancien droit d'avoir construit une véritable théorie du domaine de la Couronne⁷⁸. Une majorité de ces auteurs semble avoir délaissé l'approche propriétaire, pour reconnaître l'idée d'un droit de garde du Souverain : « le prince,

dont la *potestas* dérive d'un mandat populaire et divin, ne saurait librement disposer des droits qui lui sont conférés et des biens à lui confier⁷⁹ ». L'idée du droit de garde a donc certainement une assise historique.

2. Analyse théorique

- 32 La thèse propriétaire et le droit de garde désignent deux grandes théories que les juristes ont utilisées pour expliquer la propriété publique. Selon Hauriou, l'affectation des biens à l'usage du public modifie les effets de la propriété ordinaire sans pour autant changer sa nature⁸⁰. Or, si l'on admet que la propriété publique est de même nature que la propriété privée, il devient logique de lui attribuer par analogie les mêmes caractères, y compris son caractère exclusif. Pourtant, comme l'a souligné une partie de la doctrine, on peut s'étonner d'une propriété « ordinaire », pourtant dépourvue d'*usus* et de pratiquement tout *fructus* et *abusus*⁸¹. En outre, la propriété publique ne se caractérise pas par l'exclusivité d'utilisation, ce qui est particulièrement net en droit canadien dans le contexte des droits autochtones qui se superposent à ceux de l'État⁸².
- 33 À l'opposé de la thèse propriétaire formulée par Hauriou et Saleille, l'idée de l'État gardien a été articulée par Jean-Baptiste Proudhon⁸³. Proudhon est généralement considéré comme étant à l'origine de la théorie de la division entre domaine privé et domaine public de l'État, le domaine public étant constitué de biens affectés à l'usage du public ou au service public⁸⁴. Proudhon a critiqué l'affirmation selon laquelle les choses du domaine public appartiennent à l'État et il est clair dans sa conception que le public n'est pas assimilé à l'État⁸⁵. En effet, alors que la propriété (sous entendue privée) se caractérise par le droit d'exclure, le domaine public est au contraire inclusif de façon inhérente, puisque personne ne peut exclure les autres de la jouissance des biens affectés à l'usage public⁸⁶. L'État devrait ainsi être davantage regardé comme un gardien ou un administrateur⁸⁷.
- 34 Mikhaïl Xifaras a montré que la thèse « propriétaire », qui se développe à partir de la fin du XIX^e siècle, a eu pour effet de substituer l'État au public⁸⁸. En effet, le public chez Proudhon est vu comme « un être moral et collectif », qui réfère à « tous ceux qui ont la liberté de jouir du domaine affecté à leur usage », autrement dit « tout le

monde » ou « n'importe qui ⁸⁹ ». Or, dès lors que l'on recourt à l'idée de personnalité juridique de l'État, le public étant un collectif sans personnalité juridique, seul l'État peut agir pour le représenter. C'est ainsi que s'opère le glissement entre ce qui appartient au public et ce qui est la propriété de l'État ⁹⁰. Or, le droit de garde ne fait pas référence à l'exercice des droits des personnes administratives, mais à « l'exercice des droits du *public*, en son nom et pour son compte ⁹¹ ». Même s'il n'y a pas de définition précise du droit de garde ou de surintendance, les auteurs ont bien présenté ses caractéristiques ⁹². Qu'il s'agisse du roi, du seigneur ou de l'État, il n'exerce « que des prérogatives de conservation, ou des pouvoirs de police, mais non des actes de disposition » et il ne réunit « pas entre ses mains les composantes classiques de la propriété que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ⁹³ ». On voit donc se profiler un changement de perspective important et un passage des droits d'un propriétaire privé exercé par des personnes publiques, à un droit *collectif* du public exercé par l'État dans sa fonction étatique.

35 En droit civil français, les biens possédés par les personnes publiques sont divisés en biens du domaine privé, soumis à la domanialité privée, et biens du domaine public, soumis à la domanialité publique ⁹⁴. Or, il est courant d'admettre que la différence entre les deux résulte de l'affectation ⁹⁵. L'affectation peut être définie comme « la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé ⁹⁶ ». Si à l'origine, l'utilité publique désignait l'affectation à l'usage de tous, ce critère a par la suite été concurrencé par celui de l'affectation à un service ⁹⁷.

36 La distinction entre ce qui appartient au domaine public et les autres biens a longtemps été ambiguë. Jusqu'à la fin du ^{xix}^e siècle, la distinction entre ces domaines est fondée sur la nature des biens, avant de reposer à partir du début du ^{xx}^e siècle sur l'utilité publique des biens et sur leur affectation ⁹⁸. Aujourd'hui, la doctrine française contemporaine majoritaire « reconnaît que la propriété des personnes publiques sur leur domaine public est distincte de la propriété privée, dans la mesure où elle se caractérise par l'existence de l'affectation du bien à l'utilité publique, qui a pour effet de paralyser les conséquences du droit de propriété ⁹⁹ ». Dès lors, c'est avant tout le critère de l'affectation qui sert de fondement à l'application de règles particulières ¹⁰⁰.

- 37 Certains auteurs ont pu noter que le débat devrait se déplacer non plus sur la question de savoir si la propriété publique doit être assimilée à la propriété privée, mais sur les justifications de la coexistence des deux régimes et sur le point de savoir « comment utiliser le bien et dans quel but », incluant la question de l'affectation à l'utilité publique¹⁰¹. Or, si l'on admet que la propriété publique ne doit pas être analysée sur le modèle de la propriété privée (exclusive), d'autres modèles surgissent, y compris le modèle du droit de garde et le modèle fiduciaire, ce qui permet d'ouvrir la porte à un modèle propriétaire plus inclusif, en lien avec les communs.
- 38 Fabienne Orsi a souligné que mouvement des communs permet d'apporter un nouvel éclairage sur les voies possibles d'une reconquête démocratique des biens publics¹⁰². En Italie, un projet relatif aux biens communs confirme ce point de vue. Le projet de loi de la commission Rodota a saisi l'occasion d'une proposition de réforme du Code civil relativement à la propriété publique pour proposer d'introduire la catégorie juridique des biens communs. L'objectif était d'empêcher la privatisation des services publics locaux, incluant la gestion de l'eau potable et la vente du patrimoine public à des entreprises privées ou semi-privées¹⁰³. Ceci devait être réalisé par le biais de la création de la catégorie juridique des biens d'appartenance collective. Si cette réforme n'a pas vu le jour, le retour des communs se manifeste toutefois dans la pratique. En France, un projet récent sur la reconnaissance des communs a été déposé¹⁰⁴, qui pourrait aller dans le sens d'un rapprochement des biens publics et des biens communs¹⁰⁵.
- 39 Personne ne pouvant exclure les autres de la jouissance des biens réservés à l'usage public, le droit de garde peut ainsi être vu comme empruntant des éléments de la propriété collective, puisque la propriété collective et les biens communs comportent des éléments d'inclusion qui ne sont pas présents dans le modèle propriétaire traditionnel. En effet, contrairement aux biens traditionnels qui désignent des choses susceptibles d'appropriation¹⁰⁶ et sont marqués par l'exclusivisme de la propriété privée¹⁰⁷, les biens communs font référence à des biens non rivaux¹⁰⁸, ouverts en accès partagé à une communauté, qui peut être plus ou moins large et plus ou moins précise ou diffuse¹⁰⁹. En cela, le droit de garde – forme possible d'équivalent civiliste au modèle fiduciaire – se rapproche

davantage des biens communs et de la propriété collective que du modèle exclusiviste de la propriété issue du droit privé : les biens appartiennent au public en commun, bien qu'administrés par le Gouvernement.

B. Le modèle fiduciaire comme modèle alternatif à la propriété publique en *common law*

- 40 Si l'analogie avec la propriété s'est récemment imposée avec l'affaire *Commonwealth of Canada*, traditionnellement c'est l'analogie avec le trust ou la fiducie qui constituait le paradigme dominant au Canada, tout comme ailleurs dans les pays de tradition de *common law*¹¹⁰. On envisagera la propriété publique comme droit d'inclusion (1), avant de faire le lien entre la propriété publique et les communs (2).

1. La propriété publique comme droit d'inclusion

- 41 De façon traditionnelle, l'analogie de la propriété publique avec le modèle fiduciaire a été adoptée par la *common law* anglaise¹¹¹ et fait essentiellement référence aux droits publics de navigation, de commerce et de pêche, ainsi qu'à l'accès aux autoroutes et à certaines parties de la côte¹¹². Dans un modèle de type fiduciaire, le Gouvernement ne peut aliéner ces ressources pour en faire des biens privés ni permettre des dommages à ces biens ou leur destruction, mais implique plutôt un devoir positif de sauvegarder ces ressources à long terme¹¹³ et de faire en sorte qu'elles restent disponibles et accessibles pour le public¹¹⁴.
- 42 La principale affaire de la Cour suprême des États-Unis en la matière est *Illinois Central Railroad Co v Illinois*. Dans cette affaire, la haute cour a jugé attentatoire aux principes fiduciaires la tentative de vente de terres submergées en front de mer de Chicago par le Gouvernement de l'Illinois à une corporation privée¹¹⁵. Cette affaire reste toujours la plus influente dans le contexte du Gouvernement fiduciaire.

- 43 En *common law* américaine, l'affaire *Hague v Committee for Industrial Organisation* décrit en outre les biens publics (*common property*) de la façon suivante :

Quel que soit le titre sur qui repose les rues et les parcs, ils ont été tenus en trust de façon immémoriale pour l'usage du public et [...] ont été utilisés pour des fins d'assemblée, de communication entre citoyens et de discussions de questions publiques. Cet usage des rues et des places publiques fait partie, depuis des temps anciens, des privilèges, immunités, droits et libertés des citoyens. Ce privilège [...] peut être régulé dans l'intérêt de tous ; il n'est pas absolu, mais relatif [...], mais il ne peut en guise de régulation être [...] nié¹¹⁶.
(Notre traduction.)

- 44 Ultimement, on peut donc considérer que ce qui se trouve au cœur de la doctrine « public trust » est le devoir pour l'État de s'occuper des ressources publiques pour que celles-ci restent disponibles pour le public¹¹⁷.
- 45 Si l'analogie fiduciaire n'a jamais eu la même force en droit canadien qu'en droit américain¹¹⁸, cela n'empêche pas la jurisprudence de s'y référer parfois¹¹⁹, ni la doctrine de souhaiter une utilisation plus importante de ce modèle comme théorie générale de droit public¹²⁰.

2. La propriété publique et les communs

- 46 Depuis plusieurs années, le mouvement des communs gagne en importance¹²¹ et il semble opportun de mettre en relation ce mouvement de réflexion¹²² avec les conceptions en cours de la propriété publique. Selon Dardot et Laval, l'origine lexicale de « commun » remonte à l'époque aristotélicienne, où « [l']institution du commun » est l'effet d'« une réciprocité entre ceux qui prennent part à une activité ou partagent un mode d'existence [...] »¹²³. À l'époque moderne, même s'il est difficile d'arriver à un consensus sur la définition des communs, les auteurs constatent la caractéristique inclusive des communs¹²⁴.
- 47 Dans le modèle d'Ostrom et Cole, les biens se répartissent selon une classification quadripartite : biens privés, biens communs, biens publics et non-biens. Dans cette typologie conventionnelle, la propriété privée est la propriété des individus qui ont le droit

d'exclure autrui de leur bien ; la propriété commune est une propriété collective dont les *outsiders*/tiers peuvent être exclus ; et la propriété publique est « une forme spéciale de propriété commune censée appartenir à l'ensemble des citoyens, mais typiquement contrôlée par les élus officiels ou les bureaucrates¹²⁵ ». Au contraire, Macpherson propose une classification des biens tripartite entre biens communs, biens privés et biens étatiques. Pour cet auteur, les biens communs sont ceux que la société ou l'État déclarent d'usage commun et incluent le droit de ne pas en être exclu. Il s'agit notamment des rues, des parcs, ou des autoroutes. Les biens privés désignent au contraire le droit d'un individu d'exclure les autres de l'usage et des bénéfices de ce bien. Quant aux biens publics, il s'agit des biens tenus par l'État agissant comme corporation¹²⁶, ou dit autrement, des biens tenus par l'État-personne morale.

- 48 Ces deux conceptions entrent en tension puisque la qualification « conventionnelle » voit plutôt les biens communs comme des espèces de biens privés, alors que Macpherson assimile plutôt la propriété commune à la propriété publique. En effet, pour Macpherson, la propriété commune pourrait aussi être appelée publique (public-commun), alors que la typologie conventionnelle voit plutôt les biens communs comme des espèces de biens privés (privé-commun)¹²⁷.
- 49 Comme le souligne Sarah Hamil, l'accent mis sur la propriété fait en sorte que l'analyse des biens commence par le propriétaire et son usage du bien. Or, cela est problématique pour les biens communs/publics qui sont partagés par la population et confiés au Gouvernement. Cela explique que dans la théorie du *bundle of rights*, la propriété apparaît souvent détachée de son contexte social¹²⁸. Toutefois, les théories qui sont fondées sur une conception de la propriété individuelle semblent encore plus étanches au contexte social de la propriété. En définitive, ce que l'analogie avec la propriété garde dans l'ombre, c'est que ce qui importe est moins qui est propriétaire, que la relation du public avec le bien¹²⁹. Or, ce qui est caractéristique de la propriété publique/commune ne réside pas dans le droit d'exclure les tiers, mais plutôt dans le droit de ne pas être exclu de certains biens, tels que les parcs publics¹³⁰. L'analogie avec le trust reconnaît donc mieux que l'analogie propriétaire l'idée selon laquelle le bénéfice est celui de tous.

- 50 Cela pointe donc dans une double direction : celle qui souligne la tension entre public/commun d'une part, et d'autre part, celle qui montre que les biens publics ne sauraient être limités aux biens de l'État, mais doivent plutôt être compris comme désignant les biens du public, lesquels sont en partie communs.

Conclusion

- 51 Cette étude a permis de montrer que la *common law* permet de mettre sur la piste d'un modèle fiduciaire de la propriété publique, qui fait écho à l'ancienne idée du droit de garde, que plusieurs auteurs civilistes souhaiteraient remettre d'actualité comme modèle de la propriété publique. Si la *common law* n'a pas de conception normative claire de la propriété publique, il est pourtant avéré qu'un certain nombre de règles distinctes s'appliquent lorsque la Couronne exerce des prérogatives de puissance publique sur les biens affectés à l'usage du public et que dès lors, la tension public/privé est présente au moins en partie tant en droit civil qu'en *common law*.
- 52 Le modèle de la propriété publique vue comme un équivalent de la propriété privée exclusive atteint ses limites et la conception sociale de la propriété aiguille vers une conception de la propriété publique qui tienne davantage compte du public et de la collectivité, plutôt que du propriétaire.
- 53 Le modèle fiduciaire propose une conception plus inclusive, axée non pas sur la capacité pour l'État d'exclure, comme on le retrouve pour la propriété privée, mais plutôt sur la charge ou le devoir reposant sur l'État de ne pas exclure le public d'un certain nombre de biens, qui en raison de leur affectation, doivent non seulement être protégés mais également demeurer accessible à tous.
- 54 Dès lors, la propriété publique ne devrait donc pas être envisagée à l'image du paradigme classique de la propriété privée exclusive, mais devrait plutôt intégrer certains éléments de la propriété commune ou collective, pour être conceptualisée comme un droit d'inclusion.

NOTES

- 1 N. KADA et M. MARTIAL, *Dictionnaire d'administration publique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. « Droit et Action publique », 2014, p. 401.
- 2 *Ibid.*
- 3 F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », in N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN (dir.), *Vers une république des biens communs*, Paris, Les liens qui libèrent, 2018, p. 2.
- 4 Sur l'ambiguïté de l'utilisation de ces différentes expressions : C. CHAMARD, *La distinction des biens public et des biens privés*, Paris, Dalloz, 2004, p. 160-163. En common law anglaise, l'État (State) n'a pas d'unité ni de personnalité juridique et le Gouvernement réfère aux autorités administratives, mais ne sont pas non plus dotés de la personnalité morale. Quant à la Couronne, elle est « la seule personne morale faisant partie des autorités publiques qui est soumise à des règles dérogatoires au droit commun ».
- 5 G. RESTA, « Systems of public ownership », in M. GRAZIADEI et L. SMITH (dir.), *Comparative Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 218.
- 6 Si la notion de communs et de bien commun est ancienne, elle a été renouvelée depuis une vingtaine d'années, principalement sous l'impulsion des travaux d'Elinor Ostrom : E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. Dans un sens large, les communs renvoient à un « agir commun » (P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun : essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 22). Voir aussi : M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd., Paris, PUF, 2021, p. XVIII. Voir aussi : M. HARDT et A. NEGRI, *Commonwealth*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2009 ; B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015.
- 7 M. CORNU, « V^o Biens communs (approche juridique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 114 : « Le terme de bien commun se prête difficilement à une définition synthétique [...]. Il s'agit [...] de réfléchir au régime de biens dont la caractéristique est qu'ils sont supposés satisfaire un usage commun [...]. » (Nos italiques.)

8 Voir : F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », *loc. cit.*, p. 4.

9 Sur l'opposition entre l'analogie du Gouvernement-propriétaire et l'analogie du Gouvernement-fiduciaire, voir S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », (2012) 58:2 McGill Law Journal 365.

10 Lorsqu'il s'agit de juridictions représentatives de la *common law*, la *common law* anglaise, à l'origine des traditions de *common law*, et sa descendante la plus influente, la *common law* américaine, sont généralement identifiés par les comparatistes. Voir notamment : H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford/New York, Oxford University Press, 5^e éd., 2014, p. 260-267.

11 Pour les caractéristiques mixtes du droit québécois, voir : A. POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54:2 McGill Law Journal 223. Voir aussi : M. SAMSON, « Le droit civil québécois : exemple d'un droit porosité variable », (2019) 50:2 Revue de droit d'Ottawa, p. 257-260.

12 Dans la tradition civiliste, la France est le premier pays à avoir publié une série d'ordonnances nationales de manière centralisée au XVII^e siècle, et plus tard, elle a promulgué la première codification nationale, systémique et rationnelle du droit : Voir : H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford/New York, Oxford University Press, 5^e éd., 2014, p. 142-143. Ainsi, le droit civil français est souvent considéré comme le représentant de la tradition juridique du droit civil. Voir par exemple : B. NICHOLAS, « Rules and Terms-Civil Law and Common Law », (1973-1974) 48:4 Tul L Rev 946 ; P. J. HAMILTON, « Civil Law and the Common Law », (1922-1923) 36:2 Harvard Law Review 180.

13 Ainsi le droit civil québécois a-t-il déjà été qualifié de « modèle vivant de droit comparé » : L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec : modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953. Quant à l'influence des sources de droit étranger au droit civil québécois, voir : D. JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 La revue du barreau canadien 247.

14 Dans cet article, nous entendons propriété collective (ou commune) dans un sens large, comme une propriété tenue en commun par une pluralité de personnes. Voir notamment en ce sens : P. SIMLER, *Les biens*, 4^e éd., Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2018, p. 208, qui définit la propriété

collective au sens d'une propriété à plusieurs personnes incluant « toutes les institutions juridiques ayant pour fonction d'assurer une appropriation en commun ». Voir aussi : F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, LGDJ, 2021, p. 4-6.

15 On entendra ici le droit d'inclusion comme référant au fait que des droits d'accès, de jouissance et de détermination de la destination des biens publics soient dévolus à la communauté de la société civile, plutôt qu'uniquement à l'État comme entité politique et décisionnelle. Sur l'inclusivité au sens de l'inclusion d'autrui dans les usages de la chose : S. DUSSOLIER, « Du gratuit au non exclusif, les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 29-48.

16 Les communs, qu'ils soient pris dans le sens de choses communes (*res communes*) ou de biens communs, doivent être inappropriables et réservés à l'usage de tous. Voir : M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 238.

17 Sur l'assimilation doctrinale de la propriété absolue à un droit exclusif : M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », *Droits*, n° 42, Paris, PUF, 2006, p. 56.

18 Art. 947 C.c.Q., qui succède à l'ancien article 406 du Code civil du Bas Canada, qui reprenait la formulation de l'article 544 Code civil français.

19 S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2020, p. 113.

20 *Ibid.*

21 Y. EMERICH, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 160.

22 Voir *ibid.*, p. 161.

23 W. MORRISON (éd.), *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, vol 2, Londres, Routledge-Cavendish, 2001, p. 3 ; T. W. MERRILL et H. E. SMITH, *Property: Principles and Policies*, 1^{re} éd., New York, Foundation Press, 2007, p. 393.

24 W. N. HOHFELD, « Some Fundamental legal Conceptions As Applied in Juricial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1, 1913, p. 16-59. A. M. HONORÉ, « Ownership », dans A. G. GUEST (éd.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Londres, Oxford University Press, 1961, p. 107-147.

- 25 W. N. HOHFELD, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol. 26, n° 8, 1917, p. 710-770.
- 26 D. WATERS, M. GILLEN et L. SMITH, *Waters' law of Trusts in Canada*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2012, p. 3.
- 27 Sur l'origine de la doctrine en Angleterre, voir T. PERROUD, « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust », dans *Mélanges à la mémoire de Gérard Marcou*, Paris, IRJS éditions, 2017, p. 889-895 ; E. RYAN, « A Short History of the Public Trust Doctrine and Its Intersection with Private Water Law », (2020) 38:2 *Va Env'tl LJ* 135, p. 142-145. Voir aussi sur la question de cette origine : J. L. HOFFMAN, « Speaking of Inconvenient Truths – A History of the Public Trust Doctrine », (2007) 18 *Duke Env'tl. L. & Pol'y F.* 1, p. 18-27.
- 28 À l'égard de la définition de cette doctrine, voir une affaire ancienne, *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*, Ill. Cent. R.R. Co. V. Illinois, (1892) 146 U.S. 387, p. 452 : « It is a title held in trust for the people of the state, that they may enjoy the navigation of the waters, carry on commerce over them, and have liberty of fishing therein, freed from the obstruction or interference of private parties. » Sur le rôle du pouvoir public dans cette doctrine, voir une décision connue, *Mono Lake*, rendue par la Cour suprême de Californie : *National Audubon Society v. Superior Court* (Supreme Court of California, 1983, 33 Cal.3d 419), p. 425 : « the core of the public trust doctrine is the state's authority as sovereign to exercise a continuous supervision and control over the navigable waters of the state and the lands underlying those waters ».
- 29 J. L. SAX, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention », (1969) 68 *Mich L Rev* 471.
- 30 Il est usuellement reconnu en droit français que les biens du domaine privé de l'État et des personnes morales de droit public leur sont attribués sans affectation à l'usage ou au service du public et ne sont pas soumis au régime dérogatoire de la domanialité publique : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, PUF, 2008, § 40, p. 84 ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Paris, LGDJ, 2016, § 85, p. 119.
- 31 Voir Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, t. 2, 14^e éd., Paris, LGDJ, 2011, p. 9.
- 32 Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, op. cit., p. 14. Voir aussi C. Grimaldi, *Droit des biens*, op. cit., § 87, p. 123.

- 33 Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, op. cit., p. 14-15.
- 34 M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », *Droits*, n° 42, Paris, PUF, 2005, p. 58.
- 35 F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », loc. cit., p. 5.
- 36 R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910, reprint Paris, *Mémoire du droit*, 2003.
- 37 M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », loc. cit., p. 60.
- 38 F. TARLET, « De la propriété publique aux biens publics (l'exemple mobilier) », *Les Cahiers Portalis*, n° 5, 2018/1, p. 51-52.
- 39 Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, op. cit., p. 23.
- 40 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^e éd., Paris, Larose, 1900, p. 629.
- 41 *Ibid.*, p. 631.
- 42 M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », loc. cit., p. 53.
- 43 Voir F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », loc. cit., p. 6.
- 44 Code général de la propriété des personnes publiques, art. L 2111-1 : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un management indispensable à l'exécution des missions de ce service public. » Voir en ce sens : Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 20^e éd., Paris, Lextenso, 2012, p. 500.
- 45 *Ibid.*, n° 1013, p. 501-502.
- 46 *Ibid.*
- 47 R. GODIN, « The Relationship Between Public and Private Property. Canada and Quebec », (2005) *Research Centre for Private Law of the Office of the President of the Russian Federation*, p. 6.
- 48 J. HÉTU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal : le Code civil et les contrats », (2020) 122 R du N 225, p. 229-232.

49 S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 476. De façon générale, l'expression « domaine public » englobe tous les biens de l'État, qu'il s'agisse des biens publics naturels ou artificiels : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, vol. 2, 2^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1986, p. 9.

50 La Constitution canadienne opère un partage entre la propriété publique provinciale, qui est le principe (art. 109 et 117 de la Constitution) et la propriété fédérale l'exception (art. 108 de la Constitution) : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.). Voir : F. CHEVRETTE, « *Dominium et imperium* : l'État propriétaire et l'État puissance publique en droit constitutionnel canadien », in B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 665, p. 668.

51 S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 476.

52 R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 16.

53 Art. 916 C.c.Q. : « Les biens s'acquièrent par contrat, par succession, par occupation, par prescription ou accession ou par tout autre mode prévu par la loi./ Cependant, nul ne peut s'approprier par occupation, prescription ou accession les biens de l'État, sauf ceux que ce dernier a acquis par succession, vacance ou confiscation, tant qu'ils n'ont pas été confondus avec ses autres biens. Nul ne peut non plus s'approprier les biens des personnes morales de droit public qui sont affectés à l'utilité publique. » [Nos italiques.] Voir aussi : J. HÉTU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal : le Code civil et les contrats », loc. cit., p. 240.

54 J. HÉTU, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit municipal : le Code civil et les contrats », loc. cit., p. 241.

55 R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 16.

56 G. RESTA, « Systems of public ownership », loc. cit., p. 218 ; K. GRAY et S. F. GRAY, « Private Property and Public Propriety », in J. MCLEAN (éd.), *Property and the Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 12-13.

57 O. BEAUD, « Conceptions of the State » in M. ROSENFELD et A. SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 270.

58 K. GRAY et S. F. GRAY, « Private Property and Public Propriety », loc. cit., p. 113.

59 R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 18.

- 60 F. W. MAITLAND, « The Crown as Corporation », in D. RUNCIMAN et M. RYAN, *State, Trust and Corporation*, Cambridge, Cambridge University Press., 2013, p. 32 sq.
- 61 Voir D. R. COQUILLETTE, « Mosses from an Old Manse: Another Look at Some Historic Property Cases about the Environment », (1979) 64 *Cornell L. Rev.* 761, p. 804-805.
- 62 G. RESTA, « Systems of public ownership », *loc. cit.*, p. 234.
- 63 *Comité pour la République du Canada c. Canada*, (1991) 1 RCS 139, p. 154.
- 64 *Comité pour la République du Canada c. Canada*, (1991) 1 RCS 139, p. 165.
- 65 Voir S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », *loc. cit.*, p. 369.
- 66 *Batty v. City of Toronto*, (2011) ONSC 6862.
- 67 *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c 11 [Charte canadienne des droits et libertés].
- 68 S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », *loc. cit.*, p. 384.
- 69 La caractéristique inclusive ou universelle est bien décrite dans l'extrait suivant « Ce n'est donc pas parce que certains biens sont en eux-mêmes communs qu'ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne, mais c'est parce qu'ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne qu'ils doivent être considérés comme des biens "communs" au sens de biens "universels" » : M. CORNU *et al.*, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e édition, Paris, PUF, 2021, p. 239. Voir également sur cet aspect : B. CORIAT, « Commons fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », in B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, *op. cit.*, p. 30-39.
- 70 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008, p. 28.
- 71 *Ibid.*, p. 34.
- 72 F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », *loc. cit.*, p. 2.
- 73 Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2002/6, 57^e année, p. 1435 ; *Institutes de Gaius*, II, § 9 et 11.

74 A. DI PORTO, *Res in usu publico e « beni comuni »*. *Il nodo della tutela*, Turin, Giappichelli, 2013, p. 40-41 ; G. RESTA, « Systems of public ownership », *loc. cit.*, p. 226-227.

75 Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *loc. cit.*, p. 1435.

76 *Ibid.*

77 Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *loc. cit.*, p. 1435.

78 Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 9-10.

79 P. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 63 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 10.

80 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9^e éd, Paris, Sirey, 1919, p. 737.

81 M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », *loc. cit.*, p. 69.

82 S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 494.

83 J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, Dijon, Lagier, 1833-1834, t. 1, n° 202, p. 266-268. Voir aussi : M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », *loc. cit.*, p. 51-52 sur l'idée selon laquelle en distinguant les expressions « domaine de l'État » et « domaine public », Proudhon implique que « l'État n'exerce qu'un simple droit de garde ».

84 J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, Dijon, Lagier, 1833-1834, t. 1, n° 201, p. 265-266.

85 F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », *loc. cit.*, p. 5.

86 J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, Bruxelles, Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1835, p. 85-86.

87 N. KARADGÉ-ISKROW, « Nature juridique des choses publiques. Étude de droit comparé », (1930) *Revue droit public*, p. 675.

88 M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », *loc. cit.*, p. 54 ; F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », *loc. cit.*, p. 5.

- 89 M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », *loc. cit.*, p. 54.
- 90 F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », *loc. cit.*, p. 5.
- 91 M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », *loc. cit.*, p. 58-59.
- 92 Voir O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *Droit administratif des biens*, 6^e éd., Paris, Gualino, Lextenso, 2010, p. 31-32.
- 93 F. TARLET, « De la propriété publique aux biens publics », *loc. cit.*, p. 48.
- 94 G. RENARD, « Propriété privée et domanialité publique », (1929) 18:2 *Revue des Sciences philosophiques et théoriques*, p. 263.
- 95 H. SAUGEZ, *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, thèse de doctorat en droit, Université d'Orléans, 2012, p. 7.
- 96 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, PUF, 2022.
- 97 H. SAUGEZ, *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, *op. cit.*, p. 9.
- 98 *Ibid.*, p. 14.
- 99 H. SAUGEZ, *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, *op. cit.*, p. 15.
- 100 *Ibid.*, p. 23.
- 101 F. TARLET, « De la propriété publique aux biens publics », *loc. cit.*, p. 58, 60-61.
- 102 F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », *loc. cit.*, p. 2.
- 103 *Ibid.*, p. 7.
- 104 J. ROCHFELD et al., *Rapport sur l'échelle de communalité : Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport n° 17-34, avril 2021.
- 105 J. ROCHFELD et al., *Rapport sur l'échelle de communalité : Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *op. cit.*, p. 275. Voir aussi : G. ALLAIRE, « Les communs comme infrastructure institutionnelle de l'économie marchande », *Revue de la régulation*, vol. 14, 2013, § 8.

106 F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 49 sq. ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 76 sq.

107 S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 113 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 315 sq.

108 J.-B. CORIAT, « Biens communs. Approche économique », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.

109 Voir J. ROCHFELD et al., *Rapport sur l'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 78. Voir aussi : B. PARENCE et J. de SAINT VICTOR, « Introduction : « Commons, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire », in B. PARENCE et J. de SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 29.

110 S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », loc. cit., p. 390.

111 Le modèle fiduciaire est généralement considéré comme ayant ses origines dans l'ancien droit romain (voir : S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », loc. cit., p. 390.), si bien que ce modèle pourrait tout aussi bien décrire un modèle civiliste de type fiduciaire, lequel est toutefois plus couramment décrit aujourd'hui en droit civil sous la terminologie droit de garde. Les idées de droit de garde (ou de gardien) et de fiduciaire sont toutefois des idées connexes.

112 S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », loc. cit., p. 390-391 ; R. M. FRANK, « The Public Trust Doctrine: Assessing Its Recent Past and Charting Its Future », (2012) 45 U.C. Davis L Rev, p. 678.

113 R. M. FRANK, « The Public Trust Doctrine: Assessing Its Recent Past and Charting Its Future », loc. cit., p. 678.

114 S. KIDD, « Keeping Public Resources in Public Hands; Advancing the Public Trust Doctrine in Canada », (2006) 16:2 J Env'tl L and Prac, p. 200.

115 *Illinois Central R. Co. v. Illinois*, (1892) 146 U.S. 387.

116 *Hague v. Committee for Industrial Organization*, (1939) 307 U.S. 496, p. 515-516, cité par le juge en chef Lamer dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, (1991) 1 RCS 139, p. 154.

- 117 S. KIDD, « Keeping Public Resources in Public Hands; Advancing the Public Trust Doctrine in Canada », *loc. cit.*, p. 200-201.
- 118 R. M. FRANK, « The Public Trust Doctrine: Assessing Its Recent Past and Charting Its Future », *loc. cit.*, p. 667.
- 119 Voir notamment l'affaire *Comité pour la République du Canada c. Canada*, (1991) 1 RCS 139, p. 154, où le juge en chef Lamer cite le cas américain *Hague v Committee for Industrial Organization*.
- 120 E. FOX-DECENT, *Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 121 Le début de ce mouvement est marqué par l'ouvrage d'Elinor Ostrom *Governing the Commons*, Cambridge University Press, 1990.
- 122 Voir notamment sur le mouvement des communs : P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun : Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2015.
- 123 P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun : Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, *op. cit.*, p. 26.
- 124 Voir P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun : Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, *op. cit.*, p. 181. Voir aussi : B. CORIAT, *Le retour des communs : La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2016, p. 23 : « [...] il n'est de commun que si autour d'une ressource donnée sont établis un système de répartition des droits (accès, prélèvement, addition, aliénation...) et une structure de gouvernance veillant au respect des droits et obligations de chacun des participants au commun ».
- 125 D. H. COLE et E. OSTROM, « The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources », in D. H. COLE et E. OSTROM (dir.), *Property in Land and Other Resources*, Cambridge, MA : Lincoln Institute of Land Policy, 2012, p. 42-43.
- 126 C. B. MACPHERSON, « The Meaning of Property », in C. B. MACPHERSON (dir.), *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1999 [1978], p. 6.
- 127 *Ibid.*
- 128 S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », *loc. cit.*, p. 379.
- 129 S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », *loc. cit.*, p. 400 ; Alexandra CARLETON, « The

“Other” Relationship to Land: Property, Belonging, and Alternative Ontology », (2021) 1 Canadian Journal of Law & Jurisprudence, p. 30.

130 S. E. HAMILL, « Private Rights to Common Property: The Evolution of Common Property in Canada », *loc. cit.*, p. 401.

RÉSUMÉS

Français

L'étude de l'intersection entre le droit privé des biens et le droit régissant la propriété publique est déterminante pour approcher le phénomène juridique des biens publics. Entre le droit civil et la *common law*, les conceptualisations de la propriété privée varient selon l'histoire et les particularités de ces traditions. De manière analogue, les différentes conceptions de la propriété et des biens publics sont façonnées par l'histoire et les tendances théoriques, à la fois distinctes et familières, de ces traditions juridiques. La propriété publique doit-elle s'entendre d'un droit de propriété ordinaire assimilable au modèle de la propriété privative, ou plutôt d'un droit de garde reconnu au souverain, issu du mandat populaire par lequel lui ont été confiés des biens ? Si l'idée de droit de garde et de surintendance distincte de la propriété (privative), a prévalu historiquement en droit civil, le régime actuel de la propriété publique en droit civil français l'assimile volontiers au régime de la propriété privée, ce qui est fait de manière notable par le *Code général de la propriété des personnes publiques*. Alors que la légitimité de l'assimilation de la propriété publique à la propriété privée est aujourd'hui contestée par une partie de la doctrine civiliste, l'étude de la propriété en *common law* permet de mettre sur la voie d'une vision plus nuancée de la propriété publique, laquelle n'est pas complètement autonome de la propriété commune ou collective. En effet, la conception de la propriété publique en *common law*, qui ne connaît pas de distinction nette entre propriété privée et propriété publique, offre la possibilité de contraster l'analogie du Gouvernement comme propriétaire, à une analogie du trust ou du Gouvernement fiduciaire. L'image du trust permet de mettre l'accent sur le fait que les biens sont tenus par le Gouvernement pour le bénéfice du public. Dès lors, l'opposition entre biens publics et biens communs s'amenuise et ouvre la voie sur l'idée d'une propriété publique moins centrée sur les droits ou les prérogatives du propriétaire public (à l'instar de la propriété privée) que sur les droits du public sur les biens publics (en partie communs). En se fondant sur une perspective comparative du façonnement de la notion de la propriété en droit civil et en *common law*, cet article suggère que la propriété publique ne devrait pas être entièrement conceptualisée à l'image du paradigme classique de la propriété privée exclusive, mais devrait plutôt intégrer certains éléments de la propriété commune – et du bien commun – pour tendre vers l'idée d'un droit d'inclusion. Plus spécifiquement, il s'agira de

montrer que la notion de propriété publique devrait emprunter certains éléments du régime de la propriété collective ou commune, s'agissant des biens affectés à l'utilité publique. La flexibilité de la *common law* au regard du concept de la propriété, qui facilite le développement d'arrangements inclusifs tels que le *public trust*, nuance ainsi la conception civiliste classique d'une nature absolue et unitaire de la propriété.

English

The study of the intersection between private property law and the law governing public property is crucial for approaching the legal phenomenon of public goods. Between civil law and common law, the conceptualizations of private property vary according to the history and specificities of these traditions. Similarly, the different conceptions of property and public goods are shaped by these legal traditions' history and theoretical trends, both distinct and familiar. Should public property be understood as an ordinary property right comparable to the model of private ownership, or instead as a right of guardianship recognized to the sovereign, stemming from the popular mandate through which goods have been entrusted to them? While the idea of guardianship and stewardship distinct from ownership (private property) has historically prevailed in civil law, the current regime of public property in French civil law readily assimilates it to the regime of private property, notably through the *General Code of Property of Public Persons*. While the legitimacy of assimilating public property to private property is today challenged by a part of civil law doctrine, the study of property in common law allows us to pave the way for a more nuanced vision of public property, which is only partially autonomous from common or collective property. Indeed, the conception of public property in common law, which does not make a clear distinction between private and public property, offers the possibility of contrasting the analogy of the Government as owner, to an analogy of trust or the fiduciary Government. The image of trust emphasizes that the Government holds goods for the benefit of the public. Hence, the opposition between public goods and commons diminishes, opening the way to the idea of public property less centered on the rights or prerogatives of the public owner (similar to private property) than on the public's rights over public goods (partly the commons). Based on a comparative perspective of the shaping of the notion of property in civil law and in common law, this article suggests that public property should not be entirely conceptualized through the image of the classic paradigm of exclusive private property. It should instead integrate some aspects of common property—and of the commons—to move towards a right of inclusion. More specifically, it will be shown that the notion of public property should borrow some aspects from the regime of collective or common property regarding goods dedicated to public utility. The flexibility of common law relating to the concept of property facilitates the development of inclusive arrangements such as the public trust, thus nuances the classic civil law conception of an absolute and unitary nature of property.

INDEX

Mots-clés

propriété publique, propriété privée, communs, droit civil, common law

Keywords

public property, private property, the commons, civil law, common law

AUTEUR

Yaëll Emerich

Professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit des biens transsystémique et communautés durables. L'auteure remercie Marie-Laure Dufour et Jasen Erbeznik pour leur aide précieuse au titre d'assistant·e·s de recherche, ainsi que Yuxiao Zhang pour une lecture préliminaire de cet article. L'auteure tient également à souligner le soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) qui a aidé à la production de cet article. Cette recherche a été entreprise grâce au soutien financier du Programme des chaires de recherche du Canada.

IDREF : <https://www.idref.fr/083757759>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000081093042>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/15604108>

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Sylvain Soleil

DOI : 10.35562/droit-public-compare.583

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

- 1 Entre, d'un côté, une conception normativiste européocentrée où seules les normes édictées par les institutions autorisées à le faire par l'État et les décisions des juges sont considérées comme du droit et, de l'autre, une conception anthropologique où tout est droit du moment qu'il s'agit d'une norme, il existe de multiples façons d'articuler règles, transgressions et sanctions.
- 2 Interroger l'esprit du droit tel qu'il est vu ailleurs, c'est explorer d'autres cultures juridiques à partir de manières différentes de lire le monde, ce qui y vit et ce qui le structure.

AUTEUR

Sylvain Soleil

Professeur d'histoire du droit et de droit comparé, Université de Rennes

IDREF : <https://www.idref.fr/055749135>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000043203458>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/13200130>

La préservation de l'environnement au moyen du droit traditionnel. L'exemple des régions forestières de Côte d'Ivoire

Gilles Azowa Kragbe

DOI : 10.35562/droit-public-compare.550

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Pertinence des normes traditionnelles en matière de développement forestier durable
 - 1.1. Le caractère collectif et inaliénable des ressources naturelles
 - 1.2 Le caractère sacré des biens forestiers
2. Pertinence des institutions traditionnelles en matière de développement forestier durable
 - 2.1. Prérogatives et légitimité des institutions traditionnelles
 - 2.2 Remise en cause
- Conclusions

TEXTE

L'étude

Gilles Azowa Kragbe se propose d'aborder la préservation de l'environnement au moyen du droit traditionnel à partir de l'exemple des régions forestières de Côte d'Ivoire. Il s'agit, explique-t-il, d'un ensemble de normes et d'institutions qui, en parallèle des instruments contemporains (conventions, lois, règlements), offrent les garanties d'une exploitation réfléchie et d'un développement vraiment durable. Ces normes et ces institutions, avant comme après la décolonisation (1960), ont été dépréciées et marginalisées. Toutefois, l'urgence climatique peut leur offrir un nouveau souffle. Tel est le

sens du plaidoyer de l'auteur en faveur des droits publics et privés traditionnels.

L'auteur

Gilles Azowa Kragbe est historien du droit, professeur à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké (Côte d'Ivoire). Il est membre du Centre Africain d'Histoire du Droit, des Institutions et des Idées Politiques (CAHDIIP) et responsable du Laboratoire d'histoire du droit des espaces. Ses travaux portent sur le droit traditionnel et le droit colonial.

- 1 La préservation de l'environnement constitue l'un des défis majeurs pour l'humanité. Cette urgence concerne toutes les sciences humaines, y compris les sciences juridiques. Toutefois, en Afrique, par rapport aux pays d'Europe et d'Amérique du Nord, la mobilisation du droit s'effectue de façon très particulière. À côté du droit international et étatique, il existe en effet un ordre juridique traditionnel, constitué des pratiques coutumières locales qui régissent la vie sociale en milieu rural¹, qui se transmettent de générations en générations², et qui permettent de participer aux finalités mêmes du développement durable puisqu'on leur assigne trois objectifs : la maîtrise du temps³, la maîtrise des hommes⁴, la maîtrise de l'espace et des ressources⁵. Selon cette vision, l'environnement ne constitue pas un simple milieu d'où l'on peut extraire diverses richesses naturelles, mais « une sorte de monde vivant, une matière animée, habitée par un souffle divin à savoir celui des dieux et des ancêtres⁶ ». Dans ce cadre, le droit traditionnel a contribué à la protection des forêts, car il définit les conditions d'accès à la terre, les modes d'exploitation et des ressources naturelles, parfois même les conditions de travail. De sorte que certains chercheurs estiment qu'il a permis d'accumuler d'immenses savoirs, dénommés « savoirs écologiques traditionnels⁷ ».
- 2 Évidemment, avec l'introduction en Afrique du droit occidental et des logiques économiques modernes, cet ordre juridique traditionnel a perdu une partie de son dynamisme ancestral. Paradoxalement, la politique coloniale française a été reprise par l'État ivoirien issu des

indépendances en 1960 au nom du développement économique⁸. La forêt ivoirienne qui couvrait douze millions d'hectares en 1956, puis neuf millions en 1965, représente moins de trois millions d'hectares⁹. Aux problèmes classiques (surexploitation forestière, conflits fonciers, concurrence entre institutions étatiques et institutions traditionnelles) s'ajoute désormais la question environnementale. L'empilement des nouvelles normes ivoiriennes (loi de 1998 sur le foncier rural, code forestier de 2019, code de l'environnement de 2023) traduit la difficulté de répondre à l'enjeu, à tel point qu'on en vient à se demander si le droit moderne n'a pas failli à sa mission. Dès lors, faut-il reconsidérer la place des normes et des institutions traditionnelles¹⁰ ? Sont-elles capables de répondre à l'enjeu climatique ? Leurs caractéristiques les mettent-elles en mesure d'éviter la déforestation et ses conséquences ? Y aurait-il un lien entre l'érosion de la biodiversité et l'érosion du droit traditionnel ?

- 3 Nous proposons dans les pages qui suivent une réflexion sur la nature profonde des normes et des institutions traditionnelles, afin de montrer qu'elles peuvent efficacement concourir aux politiques publiques en matière de développement durable peut-être et même sans doute de façon plus efficace que les instruments occidentaux proposés au législateur ivoirien. Notre analyse s'appuie sur une étude menée dans trois régions forestières représentatives des grands massifs forestiers de la Côte d'Ivoire : la région de Divo dans le Sud forestier¹¹, l'espace Taï, zone essentielle de la forêt montagnarde¹², et les îles Ehotilé, localité emblématique des forêts littorales¹³. Ce sont trois régions administratives qui jouissent d'un potentiel forestier et qui exploitent d'importantes ressources (café, cacao, bois). D'un côté, elles offrent une gestion originale des ressources naturelles¹⁴. De l'autre, elles ont subi, pendant comme après la colonisation, une dépréciation des traditions qui, toutefois, n'ont pas disparu¹⁵. Examinons tour à tour la pertinence des normes du droit traditionnel dans la préservation des ressources forestières (1), puis l'utilité des structures sociales traditionnelles (2).

1. Pertinence des normes traditionnelles en matière de développement forestier durable

- 4 Le droit traditionnel est caractérisé par trois règles dans la gestion des ressources naturelles : les biens fonciers sont considérés comme collectifs, inaliénables et sacrés.

1.1. Le caractère collectif et inaliénable des ressources naturelles

- 5 Selon Elias Olowale et Albert Ley, traiter de la propriété de la forêt et ses ressources (faune, flore, eaux, domaine foncier) en droit traditionnel africain revient à insister sur la coexistence de droits collectifs¹⁶. Il n'existe pas de droits individuels du chef ou de l'aîné du groupe, mais un droit possédé concurremment par tous les membres du groupe social considéré comme une personne juridique. Cette thèse est confirmée par le chef du village de Nebo dans la région dida de Divo qui témoigne que chaque village de la localité est dépositaire de certains droits fonciers au nom de la communauté villageoise. En outre, les lignages sont propriétaires de zones de « forêts noires » ou forêt primaire (en dida : *kokpa*). Ces structures disposent sur le territoire villageois, d'un droit exclusif de chasse, de piégeage et de pêche. Dans le canton Abohiri deux lignages à savoir le lignage *Tadié* et le lignage *Goudi* provenant respectivement des villages de Nebo et de Gnehiri, se partagent un espace forestier situé dans leurs limites respectives d'une superficie approximative de quatre-vingts hectares. Selon le chef de village de Nebo, ces deux grandes familles sont issues d'un ancêtre commun du nom de *Daplé*, l'auteur de cet héritage. Sur la base des règles traditionnelles organisant l'usage des ressources de cette forêt, c'est *Goudi*, chef du lignage en tant que fils aîné de l'ancêtre fondateur, qui assure la fonction de *dodoto* (chef de terre) au nom des deux lignages. Ainsi, toutes les ressources forestières y compris les exploitations agricoles (*kola*) sont segmentées en propriétés lignagères et sont gérées par les chefs des lignages. Ce système de gestion permet d'illustrer l'exploitation des ressources forestières en fonction des

groupements familiaux existants dans les villages et non en fonction des individus¹⁷.

- 6 Il ressort également des enquêtes dans l'espace Taï que la propriété collective des ressources naturelles est appliquée chez les peuples Guéré. Ainsi, les Guéré désignent l'ensemble de la végétation par le mot *koula* qui signifie brousse ou forêt. Mais une distinction est faite pour la forêt vierge qui est appelée *koulahé*, tandis que la forêt basse des rivages est dénommée *sahan*. Quant aux formations marécageuses, elles portent le nom *gboha*, les formations secondaires le nom *hoila* et les formations herbeuses ont pour nom *péli*. Enfin, une distinction est faite suivant qu'il s'agit d'une liane (*doubou*), d'un arbre (*tou*) ou d'une herbe (*péhi*)¹⁸. Dans l'histoire de la région, la périphérie nord du Parc National de Taï a été occupée à partir de 1980 par les populations des sept villages déguerpis conséquemment à la mise en eau du barrage de Buyo. À chacun de ces sept villages a été attribué un terroir bien délimité, comportant une proportion de sols à bonnes aptitudes culturales. Dans le respect des coutumes en vigueur, quinze hectares ont été distribués par famille dont quatre hectares sélectionnés dans le lot de forêt dense.
- 7 Dans les îles Ehotilé, les populations autochtones gèrent la lagune Aby de façon collective. Il convient de rappeler que dans le peuplement de la région du Sud-Comoé, les Ehotilé après leur installation à l'embouchure de la lagune Aby, ont vu arriver d'autres peuples tels que les Essouma, les N'zima, les Sanwi, les Efié, puis les Issynois. Cette antériorité par rapport à ces peuples de la région a fait d'eux des propriétaires de forêts et des parcelles d'eaux lagunaires, lesquelles ressources sont gérées en leur nom par les chefs de famille. Selon les traditions en vigueur, les eaux appartiennent dans leur ensemble aux familles des villages côtiers et non aux individus¹⁹. Cette gestion coutumière est la même chez les autres peuples lagunaires (Avikam, Alladian, Ahizi, Adjoukrou, Ebrié, Abouré, M'Batto)²⁰.
- 8 En droit traditionnel, la forêt et ses ressources sont également considérées comme inaliénables puisqu'elles ne peuvent faire l'objet d'appropriations privatives et que la collectivité ne disparaît jamais. Elles sont ainsi rendues indisponibles par la coutume qui voudrait que chaque génération transmette intacte à la suivante le patrimoine

commun. Ainsi donc, la forêt ne s'individualise pas malgré les droits individuels qui peuvent s'y exercer. De ce fait, l'individu ne peut valablement aliéner les droits particuliers dont il est titulaire sur l'environnement forestier, lesquels droits s'analysent en droits d'usage. Les notions de prescriptions acquisitive ou extinctive n'existent pas. Les effets patrimoniaux sont la nullité de toutes transactions tendant à aliéner le patrimoine commun et l'imprescriptibilité qui se présente comme le corollaire de l'inaliénabilité²¹.

- 9 Selon nos informateurs, respectivement chez les Dida, les Guéré et les Ehotilé, un terrain qui aurait été abandonné à la forêt pendant vingt ou trente ans retombe toujours dans le fonds commun du lignage. Le chef ou un membre du lignage peut à tout moment le revendiquer pour y faire une rizière ou toute autre culture. Même l'extinction d'une lignée ne permet pas de considérer comme vacante, les terres et les forêts que ses membres ont défrichées. Ces richesses retombent toujours sous la gestion du doyen du lignage ou du chef de terre. La terre ne peut être vendue, ni cédée sous aucune forme sans l'accord de tous les membres du lignage car tous ont un droit d'usufruit sur ce territoire. L'institution de la propriété privée, estiment les chefs de village, risque de remettre en cause le caractère communautaire du village qui est fondé sur l'unité des groupements familiaux. La vente de terre, ajoutent-ils, serait une opportunité pour les étrangers d'envahir les villages et d'avoir les mêmes droits que les autochtones. L'inaliénabilité des ressources naturelles est donc établie depuis la nuit des temps dans les traditions et les étrangers eux-mêmes le savent étant donné qu'ils ont été informés des coutumes de la région lors de leur arrivée dans leurs localités d'accueil.
- 10 Que peut-on tirer de ces enquêtes ? Premièrement, il est évident pour les populations locales que c'est le groupe social entier qui est propriétaire des ressources naturelles²². Puisque les biens sont de nature communautaire, ils échappent à l'individualisation et à l'aliénabilité, parce que les vivants ne font que recueillir des biens qu'ils ont acquis des ancêtres. À la mort du chef de terre, on assiste à une succession à une fonction, celle de gérant, qui va au plus âgé venant après lui, donc à son frère cadet immédiat ou, en l'absence de frères, au doyen des fils de tous les frères²³.

- 11 Deuxièmement, la gestion collective des ressources naturelles possède plusieurs intérêts en termes de développement durable : on exploite les biens sans les morceler ; on répartit les bénéfices sans fractionner le capital²⁴ ; on évite l'appropriation individuelle des ressources ; on diminue les facteurs d'abus et de surexploitation de l'environnement.
- 12 Troisièmement, le droit traditionnel comporte une insuffisance liée au caractère oral des attributions et des arrangements²⁵. Ces limites apparaissent de façon récurrente dans la délimitation des terres et dans la protection des transactions foncières. Concernant la délimitation des terres, les terres et les forêts en milieu traditionnel n'admettent ni limites formalisées ni limites administratives. Souvent ce sont des touffes d'herbes, une simple bande de terre ou, dans le meilleur des cas, des arbres qui permettent de délimiter les parcelles, rarement des clôtures. Il y a toujours un acte consensuel à la base de l'opération. À ce niveau, c'est la mémoire collective qui fait office de cartographie²⁶. Relativement à la protection des transactions foncières, il n'existe donc pas de preuves écrites étant donné que la société traditionnelle est une société de l'oralité. Les actes de location et de cession des terres n'étant pas passés par écrit, les contrats peuvent être remis en question à tout moment.
- 13 Quatrièmement, le système est aujourd'hui concurrencé par le système moderne de l'appropriation individuelle, lié à l'économie de plantation, ce qui a suscité d'innombrables conflits d'autant plus regrettables qu'ils opposent jeunes et anciens ; les uns trouvant le régime dépassé, les autres estimant qu'il est un moyen de maintenir l'unité et la solidarité des membres du lignage²⁷. Le Roy et Verdier en ont tiré une leçon : l'érosion du vieux système traditionnel autorise une « marchandisation » des ressources naturelles. Les ressources naturelles se prêtent ainsi à toutes les combinaisons juridiques en devenant l'objet d'un droit de propriété individuelle, étant donné que leur valeur ne dépend plus de ce qu'elles représentent sur le plan coutumier, mais plutôt de ce qu'elles représentent sur le plan économique²⁸. Dès lors, quand le bénéficiaire d'une vente ou d'une donation veut absolument protéger le bien acquis, malgré les principes du droit traditionnel, il sollicite une procédure spéciale appelée enquête de concession au niveau de la sous-préfecture pour sécuriser ses droits²⁹. Une fois la requête adressée au sous-préfet, ce

dernier confie un ordre d'enquête au Bureau Régional des Affaires Domaniales Rurales. L'enquête se fait auprès des chefs coutumiers et notables du village concerné, pour leur demander de témoigner que la parcelle a été librement cédée, sans opposition, à la personne concernée. L'enquête est sanctionnée par un acte pris par le sous-préfet qui constate définitivement l'acte de cession, ce qui confère à son bénéficiaire un droit de propriété. La terre cédée définitivement est désormais purgée du régime coutumier, et ne pourra faire l'objet d'aucune contestation dans l'avenir³⁰.

1.2 Le caractère sacré des biens forestiers

- 14 Le caractère sacré des forêts et leurs ressources tient à la cosmologie des sociétés africaines. La nature est la résidence des ancêtres depuis longtemps disparus mais qui sont censés travailler pour les vivants. C'est pour cette raison que, selon les anthropologues, la forêt et ses ressources leur appartiennent avant d'être le patrimoine des hommes. Le culte qui leur est rendu par les vivants permet aux ancêtres défunts de survivre dans le domaine des morts³¹. À cet effet, les forêts locales représentent le lieu où se noue le dialogue entre les vivants et les ancêtres à travers une série de pratiques qui prend appui sur les composantes de la nature. On peut citer les offrandes aux ancêtres, les libations et sacrifices, les rituels associés au calendrier agricole, le fait que certaines rizières soient cultivées en commun par les descendants du même ancêtre, le respect d'interdits particuliers pour la culture des champs, etc. Ces ancêtres, dans les traditions africaines, veillent de façon exigeante sur leurs descendants ; à travers les bosquets sacrés, ils leur procurent la fortune, le prestige, la fécondité, le bonheur, la réussite sociale ou professionnelle³². Le milieu naturel, pour les peuples africains, est ainsi une entité surnaturelle attachée à un territoire donné, une entité qui contrôle toutes les activités prenant place dans cet espace et y prodigue avec générosité tout ce que la nature peut offrir³³.
- 15 De sorte que les ressources naturelles sont considérées comme un legs des ancêtres que l'on doit transmettre en l'état, ou même enrichi, aux générations à venir. Cette responsabilité historique est renforcée par l'imminence d'une reddition des comptes le moment venu.

« Chaque génération tient ses droits de la génération présente sans que celle-ci perde son droit de regard sur l'usage qui est fait du patrimoine commun. Chaque génération joue à l'égard de celle qui l'a précédée le rôle d'administrateur des biens collectifs et est de ce fait tenue de lui rendre compte de ses actes d'administration. La perspective de cette reddition des comptes est une garantie efficace contre les actes de disposition ³⁴. »

16 On mesure immédiatement l'intérêt de cette conception, si étrangère aux conceptions occidentales contemporaines, en termes de développement durable. Les sociétés africaines reposent sur une philosophie du concordat avec la nature ³⁵, sans logique prédatrice des ressources naturelles. Mieux encore : elle fait peser une crainte plus efficace que les sanctions inscrites dans les textes juridiques : celle de déplaire aux ancêtres. Cela se vérifie notamment à propos de la forêt sacrée, c'est-à-dire l'espace boisé craint et vénéré, réservé à l'expression culturelle d'une communauté donnée et dont la gestion est réglementée par les institutions traditionnelles. La forêt sacrée se présente comme le lieu mythique d'une première rencontre entre l'ancêtre fondateur et les divinités du lieu. Puisque le lieu est sacré, l'homme ne la traite pas comme une ressource ordinaire.

17 Selon nos enquêtes, les milieux naturels abritent des forêts sacrées peuplées d'animaux et de plantes dont il faut s'assurer la protection et la bienveillance. Par exemple, les singes qui habitent la forêt sacrée sont protégés du braconnage et les espaces boisés sacrés sont interdits à la hache ou aux machettes des défricheurs. On ne doit ni couper du bois aux alentours, ni pêcher dans la rivière qui la traverse, ni toucher certains arbres qui constituent la demeure des génies (zere). On établit un jour de la semaine où il est défendu aux femmes de se rendre à la rivière, favorisant ainsi sa remise à niveau. Parce que ces sites sont sacrés, toutes les composantes physiques de la nature (la faune, la flore, l'hydrographie, le relief...) font l'objet de protection. Tout cela a un impact sur la façon de concevoir les forêts et leurs ressources : l'ONG Croix Verte de Côte d'Ivoire les qualifie de sanctuaires de la biodiversité ; depuis le séminaire de lancement du Plan National d'Action pour l'Environnement (PNAE) en 1992, les forêts sacrées font l'objet d'une attention particulière de la part des ONG, du Programme des Nations Unies pour le Développement et du Centre de Recherche pour le Développement International ³⁶. En

d'autres termes, les auteurs africains estiment que le caractère sacré des ressources naturelles forme un garant de la protection des écosystèmes et de la pérennité de la biodiversité³⁷. Tout cela rejaillit sur la place des institutions traditionnelles chargées de veiller sur le caractère collectif, inaliénable et sacré des ressources naturelles.

2. Pertinence des institutions traditionnelles en matière de développement forestier durable

- 18 À l'instar des sociétés modernes, les espaces traditionnels disposent de leurs institutions. Ce sont les autorités coutumières (lignages et chefferies) qui exercent, sur la communauté, un pouvoir religieux, politique, normatif et judiciaire. Leur légitimité s'appuie sur l'antériorité d'installation – ce sont les descendants des fondateurs – et sur l'alliance spirituelle qui a été nouée et qui est constamment renouvelée avec les divinités du lieu³⁸. Or, ces institutions ont la charge d'assurer l'ordre, la sécurité et la bonne gestion des ressources naturelles. Elles ont donc une pertinence reconnue en matière de développement durable, quoiqu'elles soient concurrencées, parfois même rejetées par les institutions étatiques et les institutions internationales.

2.1. Prérogatives et légitimité des institutions traditionnelles

- 19 Le lignage est le groupe social dont les membres ont un lien de sang avec un ancêtre commun. À chaque lignage est reconnu un espace sur lequel il peut imposer sa puissance, assurer son habitat, sa sécurité, sa nourriture et sa culture, et repousser toute force maléfique³⁹. Le patrimoine forestier et le domaine foncier sont donc éclatés entre lignages dans les sociétés patrilineaires en Afrique. La gestion des terres et des forêts s'y fait par lignage et le chef de lignage est considéré comme le gestionnaire des terres du lignage. « À tout lignage, constate Raymond Verdier, est associé un espace sociojuridique, la terre du lignage, expression par laquelle nous désignons l'ensemble des droits de culture, de chasse, de pêche,

exercés par les individus en qualité de membres de ce groupe, sous l'autorité ou la surveillance de son chef⁴⁰. » Dans les régions où nous avons mené nos enquêtes, l'organisation sociale repose sur les lignages⁴¹. Agissant au nom du lignage, le chef a une plénitude de compétences et accomplit tous les actes de gestion. Il dispose à cet effet du droit d'attribuer en usufruit des parcelles de terre à des autochtones ou à des étrangers. Il faut donc requérir l'autorisation du chef avant de pouvoir cultiver sur l'espace forestier local, même s'il s'agit de terres vierges⁴². C'est à lui, grâce aux cérémonies rituelles, d'introduire les nouveaux arrivants auprès des puissances du sol et de la forêt, de délimiter leur surface de culture, de régler les différends et de réparer les fautes commises contre la terre⁴³.

- 20 Au-dessus des chefs de lignages, on identifie les chefferies, une institution commune à tous les peuples forestiers ivoiriens⁴⁴. Les chefs de village sont les gardiens des coutumes et les représentants les plus visibles des communautés locales. D'une part, ils sont l'intermédiaire entre les divinités et la société⁴⁵. À ce titre, ils officient en qualité de prêtres en invoquant les esprits des ancêtres et en activant les forces surnaturelles en vue d'assurer la prospérité et la permanence de la société⁴⁶. D'autre part, ils exercent des fonctions politiques, juridiques et judiciaires fixées par la coutume et des fonctions administratives prévues dans les textes. Cette double fonction est due au fait que l'institution des chefs de villages est une création de l'administration coloniale. Les chefs partagent leurs compétences administratives avec les notables du village. Ensemble, ils forment un organe délibérant appelé le conseil des sages qui peut prendre des mesures à caractère général ou individuel pour autoriser ou interdire, qui peut aussi interpréter la coutume ou la loi ancestrale⁴⁷. En droit traditionnel, le chef de village peut faire office de maître de terre en plus de ses prérogatives de chef de circonscription administrative. Il bénéficie ainsi une double légitimité : chef de terre et chef de village⁴⁸. C'est pourquoi les chefs ont décidé de s'investir dans le règlement des conflits fonciers et d'œuvrer au rétablissement de la bonne cohabitation entre populations locales. Pour cela, ils ont décidé d'agir dans un cadre purement coutumier, en dehors de toutes considérations politiques. Lors des entretiens avec les chefs des régions forestières, nous avons, par exemple, recueilli plusieurs déclarations du collectif des rois et

chefs traditionnels de Côte d'Ivoire qui réclamaient des paysans que les terres soient mises en location plutôt qu'en vente.

21 En un mot, aux chefs de lignage revient le soin d'attribuer les terres et d'en contrôler la gestion par les membres du lignage ; aux chefs de village celui de gérer les conflits et de veiller à ce que les terres soient bien distribuées⁴⁹. Ainsi, suite à la segmentation d'un lignage, les demandes de terre sont toujours adressées au chef de village qui donne son avis après avoir consulté tous les chefs de lignages. Dans cette organisation sociale, aucun chef de village, en tant qu'autorité coutumière, n'est compétent pour attribuer les terres. Mais, en tant que représentant de l'administration, le chef de village est présent aux séances de réunion de la commission de classement des forêts⁵⁰. C'est ce qui assure le principe de la gestion communautaire parce qu'elle est exercée par le chef de terre dans l'intérêt de toute la collectivité et qu'elle est caractérisée par la voie de la consultation avec d'autres structures qui jouent le rôle de contre-pouvoir dans l'organisation sociale traditionnelle, notamment le conseil des sages⁵¹.

22 En amont des chefs de lignage et des chefs de village, le droit traditionnel reconnaît la place première et centrale des ancêtres et des génies protecteurs. De fait, l'organisation foncière traditionnelle s'inspire d'un pacte religieux liant l'ancêtre aux puissances invisibles des lieux, pacte permettant aux hommes d'exploiter les ressources naturelles. Commençons par la question des génies protecteurs. Le panthéon des peuples forestiers comprend d'abord un être suprême c'est-à-dire Dieu, lointain et passif, qui n'est l'objet d'aucun culte. « Nous connaissons son nom, disent les vieillards, mais nous ne savons pas le prier. » Aux étages inférieurs du panthéon, nous rencontrons les génies du lieu, portant un nom propre et résidant dans un arbre, dans une mare, dans un rocher. Ils sont les véritables maîtres du sol. Dans toutes ces régions, la brousse est hantée par ces êtres mystérieux et invisibles qui ont pour fonction de traumatiser tous ceux qui viennent exercer des actions malveillantes dans les forêts sacrées⁵². Toutes les forêts sacrées desdites régions ont chacune leurs génies qui les protègent. En cas de violations des règles de protection des sites sacrés, il faudra alors réparer les fautes commises en violation des règles et faire un sacrifice pour apaiser la colère des génies protecteurs de la forêt. Ce référentiel cosmologique

fonde un sentiment de respect envers la nature, création de Dieu, situé au-dessus de toutes les divinités du monde. Dieu ne soigne pas directement, mais il agit par l'intermédiaire des génies qui ne peuvent rien sans son assistance⁵³.

- 23 Continuons avec l'ancêtre fondateur, c'est-à-dire le plus lointain ascendant, mort il y a plusieurs centaines d'années. Il est le géniteur de la communauté, le créateur de la lignée ou du lignage, du clan ou de la tribu. C'est dans cette logique que les ancêtres demeurent créateurs des règles coutumières. Ce principe entraîne plusieurs conséquences. En premier lieu, la hiérarchie des droits s'ordonne à partir de l'ancêtre. Ainsi, les personnes les plus âgées qui se rapprochent de l'ancêtre fondateur ont plus de droits que les moins âgées. En deuxième lieu, le culte rendu par un membre du lignage à ses ascendants décédés, tend à fondre l'individu dans le groupe élargi des défunts, un groupe unique, garant de la cohésion sociale⁵⁴. En troisième lieu, les chefs qui succèdent à l'ancêtre ne peuvent modifier la loi. Ils ne peuvent que l'appliquer, parce qu'il est celui qui le premier a organisé la société, qui a fondé la communauté. Il est le premier occupant du sol et partant le maître des ressources naturelles. Il est à cet effet l'auteur de ce qui est considéré comme la loi fondamentale du droit traditionnel⁵⁵. En quatrième lieu, dans les sociétés forestières, lorsqu'une collectivité s'engage dans une entreprise d'importance, dont l'issue est inconnue ou incertaine, les ancêtres sont invoqués afin qu'ils donnent leur bénédiction à l'entreprise. Ainsi, lorsqu'une contestation s'élève à propos du tracé de la limite entre deux plantations dont les membres appartiennent à des lignages différents, on peut procéder à une ordalie au cours de laquelle les ancêtres sont cités comme témoins. On pile dans de l'eau des fragments d'écorces de l'arbre limite et les parties concernées boivent ce breuvage. Chacun d'eux a auparavant appelé ses ancêtres et déclare : « si le terrain m'appartient, l'écorce que je vais boire, qu'elle ne me tue pas ; si le terrain ne m'appartient pas, que je meure ». Celui qui ne dit pas la vérité peut être frappé à mort par l'ancêtre qu'il a invoqué. En cinquième lieu, les traditions orales expliquent les événements naturels (assèchement de cours d'eau, mauvaises récoltes, famine, érosion des terres...) à partir de la volonté des ancêtres fondateurs de punir leurs peuples respectifs pour leurs

manquements aux prescriptions coutumières. D'où le lien entre respect de l'environnement et cosmogonie traditionnelle⁵⁶.

2.2 Remise en cause

- 24 Certes, une législation moderne peut tirer parti des institutions traditionnelles et de leurs fondations spirituelles pour dissuader les individus de surexploiter et transformer de façon irrémédiable l'environnement naturel⁵⁷. On en vient même à affirmer que la gestion coutumière doit être retenue en vue d'une meilleure sensibilisation des villageois et des citadins sur les problèmes de développement durable des ressources forestières⁵⁸. Toutefois, c'est aller à contre-courant d'une évolution idéologique qui remonte à la période coloniale et qui a fait souche parmi l'élite politique africaine. Au moment de la décolonisation, les pères fondateurs de la Côte d'Ivoire moderne ont choisi de marginaliser les institutions traditionnelles au profit d'institutions modernes, sécularisées, d'origine occidentales : ministres, préfets, sous-préfets, maires et comités en tous genres. L'État moderne, au nom du développement économique du pays, a modifié les traditions et croyances des communautés locales et, partant, leur conception de l'espace forestier⁵⁹. Cette foi nouvelle crée un monde nouveau dans lequel les bouleversements politiques, sociaux et économiques entraînent une mutation des traditions et des pratiques religieuses⁶⁰.
- 25 D'une part, dans les trois régions forestières, au moment de l'indépendance, les plans de regroupement des villages ont été définis le plus souvent sans tenir compte des pratiques coutumières de gestion des ressources naturelles. Dans ces localités, les populations ont été expulsées de leurs territoires et réinstallées sur d'autres terres lors des opérations de regroupement de villages initiées dans le cadre des projets d'aménagement du territoire national. Ces opérations se sont déroulées au mépris de l'organisation sociale des populations autochtones fondée sur les pratiques ancestrales. Face au nouveau système, les chefs de villages ont vite capitulé. Lors des campagnes agricoles, les agents publics ont constamment rappelé aux paysans qu'ils pourraient perdre leurs terres coutumières s'ils ne procédaient pas à temps au cadastre et à l'immatriculation desdites terres. Face à cette pression politique, les chefs coutumiers se sont

trouvés isolés et désarmés devant l'administration. Cela a eu pour effet de réduire le contrôle des institutions traditionnelles dans la gestion des ressources forestières, car la forêt était vouée à la production des produits agricoles et aux transactions économiques⁶¹. Les personnes rencontrées lors de nos enquêtes évoquent la domination de l'administration forestière⁶². Selon les populations, lorsque les agents des Eaux et Forêts viennent en patrouilles dans leurs forêts, ces derniers débarquent dans les villages et campements dans un esprit de répression. En 2014, changement de cap. L'État a réformé le paysage institutionnel en donnant aux autorités traditionnelles un statut au travers d'un texte législatif adopté le 11 juillet 2014. Cette loi concerne les rois, les chefs traditionnels, chefs de cantons, chef de tribu, chefs de villages et de provinces. Elle vient formaliser l'existence des institutions traditionnelles en tenant compte de leur diversité et de la volonté d'en faire un interlocuteur de l'État. Avec l'adoption de la loi, ce sont huit mille rois et chefs traditionnels qui sont appelés à se réunir au sein de la Chambre nationale des rois et des chefs traditionnels, une interface unique que les pouvoirs publics pourront consulter pour toutes les questions d'intérêt national. Toutefois, l'enjeu reste entier⁶³.

- 26 D'autre part, l'idéologie dominante s'appuie sur des travaux anciens qui ont remis en cause l'impact réel de la cosmogonie traditionnelle sur la préservation de la nature. Les communautés locales, affirment-ils, n'interdisent pas l'action humaine dans les forêts sacrées au nom de préoccupations écologiques, mais culturelles. Il serait donc erroné de voir dans ces pratiques des logiques écologiques. Aubreville expliquait ainsi que, si les divinités peuvent investir certains milieux naturels pour les rendre sacrés, elles peuvent aussi les quitter ou en être chassées. Dès lors, la forêt devient exploitable, sans crainte du courroux des génies protecteurs⁶⁴. Selon Lévi-Strauss, les systèmes totémiques apparemment orientés vers la nature, seraient en fait orientés vers la société. En d'autres termes, ces systèmes ne seraient pas élaborés par des sociétés traditionnelles soucieuses de la conservation des ressources naturelles, mais consisteraient à s'appuyer sur ces ressources pour faire valoir leurs cultures, dont l'univers social serait le principal destinataire⁶⁵. Cela, jusqu'à nos jours, contribue à dissocier la lutte pour la préservation de la nature,

d'un côté, et la lutte pour la survie de la culture traditionnelle, de l'autre.

Conclusions

- 27 Dans les sociétés forestières de Côte d'Ivoire, les normes et les institutions traditionnelles ont assuré efficacement, de façon directe ou indirecte, la protection des ressources naturelles. Fondées sur un pacte initial entre les génies qui habitent la nature et l'ancêtre fondateur, elles ont plusieurs caractéristiques qui conduisaient à éviter les abus : les biens fonciers sont considérés comme collectifs et inaliénables ; ils sont revêtus d'une grande sacralité puisqu'ils sont offerts par contrat aux hommes par les divinités du sol, de l'eau, des bois ; leur gestion est collective et confiée aux chefs de lignage et aux chefs de villages qui sont garants de leur transmission aux générations futures. Bref, elles participent de ce que l'on nomme aujourd'hui le développement durable.
- 28 Ces normes et ces institutions ont survécu à la colonisation et à la décolonisation, mais elles ont été marginalisées parce qu'elles appartenaient au passé, à un monde de superstitions, et qu'elles ne contribuaient pas à la modernisation du pays, selon les critères occidentaux. De sorte que pour de nombreux Ivoiriens, y compris dans les régions forestières, la terre et ce qui y vit perdent leur caractère sacré pour apparaître désormais comme des biens ordinaires pouvant faire l'objet de transactions contractuelles⁶⁶. Cependant, malgré l'avènement de la science moderne et l'irruption des nouvelles idéologies religieuses, on remarque que les conceptions d'une nature totalement désacralisée n'ont pu s'imposer à toutes les cultures africaines⁶⁷.
- 29 Le diagnostic, quant à l'avenir des forêts ivoiriennes, repose sur la complémentarité entre les politiques publiques et les savoirs écologiques traditionnels. Cette complémentarité passe par l'acceptabilité et l'assimilation des valeurs traditionnelles, auxquelles l'anthropologie participe en affirmant la fécondité, aujourd'hui encore, de l'héritage culturel africain. Cette complémentarité passe encore par l'idée qu'il faudrait sortir le droit traditionnel africain de l'espace du non droit où il a été relégué par le fait colonial.

NOTES

- 1 G. CONAC, *Dynamiques et Finalités des droits africains*. Actes du colloque de la Sorbonne « La vie du droit en Afrique », Paris, Economica, 1980.
- 2 G. J. IBO, « Pratiques de protection de l'environnement dans les sociétés ivoiriennes précoloniales », *Environnement de Côte d'Ivoire : études et documents*, Abidjan, Documentation Ivoirienne, 1998, p. 18.
- 3 G. NIANGORAN-BOUAH, *La Division du temps et le Calendrier rituel des peuples lagunaires de Côte d'Ivoire*, Paris, Institut d'ethnologie, 1965, p. 17.
- 4 D. PAULME, « Structures sociales traditionnelles en Afrique noire », *Cahiers d'études africaines*, 1960.
- 5 H. MEMEL FOTÉ, « Trois essais philosophiques sur environnement et société en Afrique », *Bulletin du GIDIS-CI*, n° 17, mars 1999, p. 7-36 ; G. J. IBO, « La gestion coutumière de l'environnement en Côte d'Ivoire », *Bulletin GIDIS-CI*, n° 17, mars 1999, p. 37-53 ; M. TAHOUX, D. GOH et D. MALAN, « Contribution au renforcement de la conservation des forêts sacrées en vue de la gestion durable des ressources naturelles : cas de la forêt sacrée de Zaïpobly dans le Sud-Ouest de la Côte-d'Ivoire », Rapport 2002.
- 6 S. NENE BI, *La Terre et les Institutions traditionnelles africaines. Le cas des Gouro de Côte d'Ivoire*, Thèse droit, Université de Cocody, 2005, p. 110.
- 7 C. FRIEDBERG, « Les savoirs populaires sur la nature (Les hommes et le milieu naturel) », *Revue d'ethnologie de l'Europe*, n° 6, 1986.
- 8 S. NENE BI, « Abroger, conserver ou trier. Le droit colonial tamisé en Afrique de l'Ouest postcoloniale », in R. BAREAU et S. SOLEIL, *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives*, Rennes, PUR, 2022, p. 355-376.
- 9 Interview de V. K. N'GUETTIA, Directeur général de la Société de développement des forêts en Côte d'Ivoire (Sodefor), *Notre Voie*, 7 mai 2008, p. 7.
- 10 D. GADOU, « La préservation de la biodiversité : les réponses de la tradition religieuse africaine », *L'Anthropologue africain*, Revue de l'association panafricaine d'anthropologie, vol. 8, n° 2, 2001, p. 178-199.
- 11 Le département de Divo, créé par le décret n° 85-10-86 du 17 octobre 1985, fait partie de la région administrative du Sud-Bandama située au

Centre-Sud du pays. Cette région est composée de cinq Sous-préfectures : Divo, Guitry, Fresco, Hiré et Yocoboué. Le chef-lieu de Sous-préfecture (Divo) compte lui-même quatre cantons à savoir : Djiboua, Zédié, Zégo et Abohiri. Il est limité au Nord par le département d'Oumé, au Nord-Ouest par ceux de Lakota et Gagnoa, au Sud par celui de Tiassalé et au Sud-Ouest par ceux de Sassandra et Grand-Lahou.

12 L'Espace Taï est défini aux termes de l'article 2 instituant le Projet Autonome pour la Conservation du Parc National de Taï comme le milieu rural environnant le Parc National de Taï. Situé au Sud-Ouest de la Côte d'Ivoire, entre les fleuves Cavally et Sassandra, dans le quadrilatère formé par les villes de Guiglo, Buyo, San-Pédro et Tabou, l'Espace Taï tire son nom de la ville de Taï contiguë à sa limite Ouest et au fleuve Cavally, frontière de la Côte d'Ivoire et du Liberia.

13 Les îles Ehotilé constituent un ensemble d'îles situées dans le département d'Adiaké au Sud-Est de la Côte d'Ivoire et à 120 km à l'Est d'Abidjan. Cet ensemble d'îles constitue une langue de terre bordée d'un côté par la lagune, de l'autre par la mer. C'est une station balnéaire de Côte d'Ivoire, au bord du golfe de Guinée. Cet archipel est composé de six îles couvrant une superficie totale de 550 hectares situés en domaine estuarien.

14 E. TERRAY, « L'organisation sociale des Dida de Côte d'Ivoire », *Annales de l'Université d'Abidjan*, Série F., T. I, 1969, p. 1-37.

15 G. BUTTOUD, *Les Politiques forestières*, Paris, PUF, 1998.

16 E. OLOWALE, *La Nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence Africaine, 1961, p. 185 ; G. A. KOUASSIGAN, *L'Homme et la Terre. Droits fonciers coutumiers et droits de propriété en Afrique occidentale*, Paris, ORSTOM, coll. « L'homme d'outre-mer », n° 8, 1966 ; A. LEY, *Le Régime domanial et foncier et le Développement économique de la Côte d'Ivoire*, Paris, LGDJ, 1972.

17 E. TERRAY, *loc. cit.*, p. 1-37.

18 G. H. TÉRE, « Signification des noms vernaculaires des plantes chez les Guéré (Côte d'Ivoire) », *Revue Sempervira*, n° 7, 1993.

19 E. FRICK et M. BOLLI, « Inventaire préliminaire des langues et dialectes en Côte d'Ivoire », 8^e congrès de la société linguistique de l'Afrique occidentale, Abidjan, 1969.

20 M. E. MANSO, « Les rites d'initiation dans les sociétés lagunaires de Côte d'Ivoire : l'exemple des Adjukru », *CIRES*, n° 5, Abidjan, Université d'Abidjan, 1975.

- 21 E. OLOWALE, *La Nature du droit coutumier africain*, op. cit.
- 22 M. BACHELET, *Systèmes fonciers et Réformes agraires en Afrique noire*, Paris, LGDJ, 1968.
- 23 G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1974.
- 24 C. BLANC-PARMARD, *Un jeu écologique différentiel : les communautés rurales du contact forêt-savane au fond du « V Baoulé »*, Paris, ORSTOM, 1979.
- 25 P. F. GONIDEC, *Les Droits africains. Évolution et sources*, Paris, LGDJ, 1984.
- 26 G. ANCEY, *Exploitations agricoles en pays diamala-djimini. Aspects de la vie rurale*, Abidjan, ORSTOM de Petit Bassam, 1969, vol. II, n° 6.
- 27 J. LOHOUES OBLE, *Le Droit des successions en Côte d'Ivoire. Traditions et modernisme*, Abidjan, Dakar, Lomé, NEA, 1984.
- 28 É. LE ROY, « La sécurité foncière dans un contexte africain de marchandisation imparfaite de la terre », in C. BLANC-PAMARD et L. CAMBREZY (dir.), *Terre, Terroir, Territoire. Les tensions foncières*, Paris, ORSTOM, 1995, p. 455-472 ; R. VERDIER, « Civilisations paysannes et tradition juridique », in R. VERDIER et A. ROCHEGUDE (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village. Afrique noire francophone*, Paris, L'Harmattan, 1986.
- 29 A. LEY, *Le Régime domanial et foncier et le Développement économique de la Côte d'Ivoire*, op. cit.
- 30 COLLECTIF, *Maîtrise de l'espace agraire et Développement agricole en Afrique noire tropicale*, Paris, ORSTOM, 1979.
- 31 G. J. IBO, « Savoirs naturalistes paysans et protection de la nature en Côte d'Ivoire », *Annales de l'Université Abdou Moumouni*, 2004, p. 155-172.
- 32 M. CARTRY, « Les bois sacrés des autres ; les faits africains », Naples, Publications du Centre Jean Bérard, 1993.
- 33 G. J. IBO, « La gestion coutumière de l'environnement en Côte d'Ivoire », *Bulletin GIDIS-CI*, n° 17, mars 1999 p. 37-53 ; C.-H. PERROT, *Les Anyi-NDenye et le Pouvoir aux 18^e et 19^e siècles*, Abidjan, CEDA, 1982 ; A. AHA BADOU, M. A. S. KOUAKAOU et J.-P. ESCHLIMAN, « Gestion traditionnelle de la forêt ; le cas Agni N'Denye », *Anthropological Studies*, Abengourou, GTZ, 1992.
- 34 KOUASSIGAN cité par G. J. IBO, « Savoirs naturalistes paysans et protection de la nature en Côte d'Ivoire », loc. cit., p. 155-172.

- 35 H. MEMEL-FOTÉ, « De l'ethnologie à l'anthropologie », *Revue Ivoirienne de l'Enseignement*, 1992, p. 11.
- 36 G. J. IBO, « Pratiques de protection de l'environnement dans les sociétés ivoiriennes précoloniales », *loc. cit.*
- 37 M. TAHOUX, D. GOH et D. MALAN, *loc. cit.* ; R. A. HOUNGNIHIN « Savoirs endogènes et protection de l'environnement au Bénin », PACIPE, 1998 ; N. SOKPON et K. KOKOU, « Les forêts sacrées du couloir du Dahomey », *Bois et Forêts des Tropiques*, n° 288 (2), 2006, p. 15-23.
- 38 J. P. CHAUVEAU, « La logique des systèmes coutumiers », in P. LAVIGNE DELVILLE (dir.), *Quelles politiques foncières en Afrique noire rurale ? Réconcilier pratiques, légitimité et légalité*, Paris, Karthala, 1998.
- 39 A. DELUZ-CHIVA, « Villages et lignages chez les Gouro de Côte d'Ivoire », *Cahier d'Études africaines*, vol. V, n° 19, 1965, p. 388-452.
- 40 R. VERDIER, *loc. cit.*
- 41 E. TERRAY, *loc. cit.*, p. 1-37.
- 42 P.-F. GONIDEC, *Les Droits africains. Évolution et sources*, Paris, LGDJ, 1984.
- 43 G. SAVONNET, « Structures sociales et organisations de l'espace (exemples empruntés à la Haute Volta) », *Maîtrise de l'espace agraire et Développement agricole en Afrique noire tropicale*, Paris, ORSTOM, 1968, rééd. 1984, p. 39-44.
- 44 A. SCHWARTZ, *Les Krou de Côte d'Ivoire : contribution au commentaire de la carte B2 a, Groupes culturels et ethniques de l'Atlas de Côte d'Ivoire*, Abidjan, ORSTOM, 1974.
- 45 E. E. EVANS-PRITCHARD et M. FORTES, *African Political Systems*, Oxford, OUP, 1940.
- 46 F. J. AMON D'ABY, *Le Problème des chefferies traditionnelles en Côte d'Ivoire*, Paris, Larose, 1958.
- 47 E. LEROY, « Réflexion sur une interprétation anthropologique du droit africain. Le laboratoire d'anthropologie juridique », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, vol. 26, 1972, p. 297- 472.
- 48 R. CORNEVIN, « Évolution des chefferies traditionnelles en Afrique noire d'expression française », *Revue de droit des pays d'Afrique*, vol. 71, 1961, n° 686, p. 235-250 et n° 687, p. 379-388.

- 49 P. ALBOU, *Coutumes dida. Cercle de Lahou. Subdivision de Lakota*, Abidjan, Archives Nationales, 1932.
- 50 F. J. AMON D'ABY, *op. cit.*
- 51 C. A. DIOP, *L'Afrique noire précoloniale, Étude comparée des systèmes politiques et sociaux de l'Europe et de l'Afrique noire de l'antiquité à la formation des Etats modernes*, Paris, Présence Africaine, 1960.
- 52 E. TERRAY, *loc. cit.*, p. 47.
- 53 F. J. AMON D'ABY, *op. cit.*, p. 29.
- 54 R. BUREAU, *Anthropologie, Religions africaines et Christianisme*, Paris, Karthala, 2002.
- 55 D. PAULME, « Structures sociales traditionnelles en Afrique noire », *Cahiers d'études africaines*, 1960.
- 56 G. J. IBO, « La gestion coutumière de l'environnement en Côte d'Ivoire », *Bulletin GIDIS-CI*, n° 17, mars 1999 p. 7-36.
- 57 M. TAHOUX, D. GOH et D. MALAN, *loc. cit.*, p. 36.
- 58 A. KIENZT, *Protection du Parc National de Taï et Gestion des terroirs par les populations riveraines*, Rapport du projet 91 22045-01-100, Bonn, GTZ, 1992.
- 59 R. BUREAU, *op. cit.*
- 60 C. TURNBULL, *L'Africain désespéré*, traduit de l'anglais par Jacques Pernot, Paris, Seuil, 1965.
- 61 *Ibid.*
- 62 B. GUEYE, *Où va la participation ? Expériences de l'Afrique de l'Ouest francophone*, Londres, IIED, 1999.
- 63 N. GAMI, « Les activités humaines dans les terroirs coutumiers face aux plans d'aménagement des aires protégées. Le cas du Parc National d'Odzala (Congo-Brazzaville) », in S. BAHUCHET, D. BLEY, H. PAGEZY, N. VERNAZZA-LICHT, *L'Homme et la Forêt tropicale*, Travaux de la Société d'Écologie Humaine, Châteauneuf-Grasse, Éditions de Bergier, 1999, p. 471.
- 64 A. AUBREVILLE, « Les Forêts du Dahomey et du Togo », *Bulletin du Comité d'Études Historiques et Scientifiques de l'Afrique Occidentale Française*, 1937, p. 1-112.
- 65 C. LÉVI-STRAUSS, *Le Totémisme aujourd'hui*, Paris, PUF, 1962.
- 66 S. NENE BI, *op. cit.*

67 V. DUCHESNE, *Le Cercle de kaolin. Boson et initiés en Côte d'Ivoire*, Paris, Institut d'Ethnologie, 1996.

RÉSUMÉS

Français

En Côte d'Ivoire, et plus généralement en Afrique, le droit traditionnel à travers ses normes et institutions joue un rôle prépondérant dans la préservation de l'environnement. Elles sont très conservatrices et reflètent la place des différentes composantes de la nature dans l'établissement des relations entre les hommes. Avec l'avènement du modernisme du fait de la colonisation en Afrique, les normes traditionnelles ont été marginalisées si bien que les structures sociales endogènes ont vu leur pouvoir s'effriter. Leur relégation a entraîné la perte du caractère sacré de la biodiversité forestière et a, dans bien des cas, favorisé des problèmes environnementaux tels que la déforestation, le braconnage et les conflits fonciers. Cet article est un plaidoyer pour intégrer le droit traditionnel aux politiques publiques : en Afrique, un vrai développement durable ne peut pas être pensé sans recours aux traditions.

English

In Côte d'Ivoire, and more generally in Africa, through its standards and institutions, traditional law plays a major role in preserving the environment. They are very conservative and reflect the place of the various components of nature in the establishment of relationships between people. With the advent of modernism as a result of colonisation in Africa, traditional norms were marginalised to the extent that endogenous social structures saw their power eroded. Their relegation has led to the loss of the sanctity of forest biodiversity and has, in many cases, encouraged environmental problems such as deforestation, poaching and land conflicts. This article is a plea for traditional law to be integrated into public policy: in Africa, true sustainable development cannot be conceived without recourse to tradition.

INDEX

Mots-clés

environnement, droit traditionnel, normes traditionnelles, structures sociales, développement durable, communautés locales, ressources naturelles

Keywords

environment, traditional laws, social structures, sustainable development, local communities, natural resources

AUTEUR

Gilles Azowa Kragbe

Gilles Azowa Kragbe est historien du droit, professeur à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké (Côte d'Ivoire). Il est membre du Centre Africain d'Histoire du Droit, des Institutions et des Idées Politiques (CAHDIIP) et responsable du Laboratoire d'histoire du droit des espaces. Ses travaux portent sur le droit traditionnel et le droit colonial.

IDREF : <https://www.idref.fr/282174761>

Recension

Sylvain SOLEIL, *Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théories*

Paris, Société de Législation Comparée, coll. « Canevas », 2023, 196 p.

Camille Bordère

DOI : 10.35562/droit-public-compare.568

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

RÉFÉRENCE(S) :

Sylvain SOLEIL, *Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théories*, Paris, Société de Législation Comparée, coll. « Canevas », 2023, 196 p.

TEXTE

- 1 La belle endormie – tel pourrait être le surnom de la théorie du droit comparé à la française, en tout cas jusqu'à aujourd'hui. Il faut en effet admettre une prise de recul progressive sur la comparaison juridique, qu'il s'agisse d'interroger, en amont, sur ses cadres théoriques, épistémologiques et méthodologiques, ou qu'il s'agisse, en aval, de questionner ce qui est effectivement produit à partir de ces cadres¹. Le dernier ouvrage de Sylvain Soleil consacré aux modèles juridiques (*Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théorie*, Société de Législation Comparée, 2023, 196 p.) se déploie à ces deux échelles et participe indéniablement d'une (re)conceptualisation du droit comparé de nature à lui rendre la réflexivité dont il est longtemps demeuré « amputé² ».
- 2 Parce qu'il s'agit bien là d'un ouvrage de théorie du droit comparé, quand bien même l'auteur ne l'affirme pas en ces termes. Il faut en effet admettre avec lui que « le droit comparé est évidemment un lieu privilégié de l'usage des modèles » (p. 27) et, encore plus évidemment, le droit comparé français. Les deux premiers chapitres que l'auteur consacre à l'histoire et à la délimitation de l'objet « modèle » sont à cet égard particulièrement éclairants sur la place occupée par cet

« concept-outil » (p. 47) dans la reconstruction du droit comparé à la veille du nouveau millénaire.

- 3 Cette précision temporelle, construite sur un important travail bibliométrique mené à partir de l'ensemble des numéros de la *Revue internationale de droit comparé* (ce qui représente tout de même soixante-dix ans de publications analysées, soit deux cent quatre-vingts numéros), est d'importance ; elle correspond en effet à la fois à une bascule sémantique entre les deux signifiés que supporte le signifiant unique de modèle et à une transition entre deux temps du droit comparé. À une pratique du droit comparé motivée par des perspectives de réforme (de soi-même ou des autres à *partir de soi-même*) correspond ainsi une mobilisation de modèles-à-imiter³ ; à une pratique du droit comparé motivée par l'objectif de saisir un monde de plus en plus complexe et d'en fournir une grille de lecture correspond une mobilisation de modèles types, ou de modèles systèmes.
- 4 Il faut reconnaître, avec l'auteur, que la distinction de ces deux signifiants est souvent moins aisée en pratique qu'en théorie ; ainsi, « certains modèles peuvent être tour à tour types et prototypes » (p. 18), et la démarche de création d'un modèle type (fabrication simplifiée de l'objet, choix des éléments retenus, conceptualisation de l'usage du modèle ainsi produit, p. 17) fonde aussi nécessairement l'établissement d'un modèle à imiter. Mais, dans le même temps, il faut aussi reconnaître une vertu d'importance à cette distinction et à son fondement historique : elle jette une lumière rare sur ces deux grandes étapes de développement du droit comparé.
- 5 À cet égard, on ne peut s'empêcher de regretter que des éléments de contexte propre à l'environnement du droit comparé ne viennent pas au renfort et à la nuance de l'explication de cette transition sémantique et épistémologique placée à la fin des années 1990. Outre l'impact indéniable, et soulevé par l'auteur, des familles juridiques de René David, de la théorie des ferments de Rodolfo Sacco ou des greffes juridiques d'Alan Watson, ce sont aussi et surtout des dynamiques internationales qui sous-tendent cette transition vers une conception typologique des modèles – et, plus spécifiquement, des dynamiques issues de la pratique du droit comparé aux États-Unis à la même période. Le nouveau millénaire constitue en effet un

autre tournant, cette fois-ci spécifique à l'analyse économique du droit. Alors que le programme de l'École de Chicago visait, à l'origine, le développement d'une analyse de l'impact économique des règles de droit, ce programme se reconfigure lorsque cette analyse ne vise plus seulement le droit américain, mais l'ensemble des systèmes juridiques – et donne ainsi naissance au fameux rapport *Doing Business* de 2004⁴. À la même période, naît aussi un champ de recherche nouveau : celui de l'analyse de la circulation des précédents au sein des juridictions constitutionnelles⁵, qui donne lieu à de grandes études panoramiques visant à *mesurer* le dialogue des juges qui se serait ainsi enclenché⁶. L'alignement de ces deux planètes avec la tendance, soulignée par l'auteur, à tenter de saisir la pluralité des systèmes juridiques par le biais de typologies a enclenché le développement exponentiel de deux types de démarche : la macro comparaison, en particulier basée sur l'utilisation d'outils méthodologiques quantitatifs tirés de l'économétrie et de la statistique (aussi qualifiées de *large-n studies*)⁷, et, y compris en dehors de cette macro comparaison, une utilisation plus habituelle de ces outils quantitatifs aux fondements d'un travail de comparaison. Ce mouvement ne s'est d'ailleurs pas arrêté et le développement des dispositifs de traitement de *big data* ne fait que le renforcer. Il s'agit là d'un mouvement de fond au sein du droit comparé qui, s'il épargne globalement la France⁸, correspond pleinement à la dynamique de développement des -métries que l'auteur décrit vis-à-vis des autres disciplines des sciences humaines et sociales (chapitre 1), ce qui ne signifie pas qu'il soit admis par l'ensemble des comparatistes, bien au contraire. Des auteurs se sont opposés (et s'opposent toujours) à ce développement des grandes modélisations fondées sur des travaux de macrocomparaison et qui prônent au contraire un droit comparé plus restreint dans son ampleur, mais plus profond⁹ dans son investissement dans l'analyse de l'Autre droit. Une autrice s'est d'ailleurs exprimée en ce sens au sein de ces colonnes¹⁰ ; le plus connu de ses représentants francophones d'entre eux reste bien sûr Pierre Legrand.

6 Nous admettons volontiers ne pas être tout à fait impartiales sur cette question¹¹ et qu'il faille sans doute y voir la source de notre regret de ne pas voir ce contexte plus précisément exploré. Que le lecteur n'y voie donc pas nécessairement un défaut rédhibitoire ou

un quelconque obstacle à la lecture d'un ouvrage qui remplit par ailleurs pleinement son objectif de fournir au lecteur « une esquisse de théorie » des modèles (p. 12) fondée tant sur leur sens que sur leurs usages.

- 7 À cet égard, les quatre chapitres suivants fournissent un panorama particulièrement didactique de ce second angle d'analyse des modèles juridiques – leurs usages, au sein et en dehors du droit comparé. Ils sont ainsi au nombre de quatre : un usage cognitif (chapitre 3), réformatif (chapitre 4), pratique (chapitre 5) et prédictif (chapitre 6). Les deux premiers correspondent, de fait, aux deux signifiants de « modèle » explicités dans les chapitres précédents : dans le premier cas, il s'agit de « simplifi[er] et ordonn[er] la réalité » afin de permettre de « qualifier certains phénomènes juridiques, [...] de débattre avec les mêmes mots et les mêmes données » (p. 54). Tout enseignant de droit constitutionnel reconnaîtra là l'usage qu'il fait des modèles de formes d'État ou de justice constitutionnelle (tous deux mentionnés par l'auteur, p. 62 et p. 66). À ce titre, soulignons un aspect de cet usage mentionné par l'auteur et qui mériterait, à notre sens, un ouvrage tout entier : outre leur valeur utilitaire, ces modèles pédagogiques « forment un patrimoine pédagogique commun » (p. 54), mais aussi un patrimoine culturel et disciplinaire, particulièrement en France. L'esthétique spécifique du droit français repose dans une large mesure sur un effort de modélisation et de systématisation qui se situe au cœur même de l'office de la doctrine française¹². Leur place essentielle au sein de la pensée juridique française en constitue la manifestation ; leur absence au sein d'autres cultures juridiques en constitue le révélateur¹³.
- 8 Si la pertinence de cet usage n'est donc pas à prouver dans un contexte français, le constat n'est pas le même du côté de l'usage réformatif des modèles, c'est-à-dire celui consistant à fournir « une diversité d'expériences, [permettant] de réfléchir, d'évaluer, de faire les choix » nécessaires à une réforme (p. 75). Au sujet de cet usage spécifique, Sylvain Soleil constate une forme d'abandon du recours aux modèles dans un cadre de production normative – abandon d'ailleurs étayé par des entretiens réalisés auprès de responsables politiques et de membres des Hautes Juridictions et du Parlement¹⁴. Le manque de temps et la dimension essentiellement instrumentale du recours aux modèles (et plus globalement au droit étranger) sont

ainsi pointés du doigt tant au sein de ces entretiens qu'à titre conclusif. Dans la continuité de notre propos, notons que ce désamour praticien se retrouve aussi dans les travaux doctrinaux ; le constat d'échec des greffes juridiques, notamment au plan constitutionnel¹⁵, a été vecteur d'une prise de conscience de la complexité des déterminants réels de la réussite d'un processus de réforme fondé sur l'importation de modèles ou d'objets étrangers¹⁶.

- 9 Si ces deux usages des modèles sont donc relativement intuitifs et habituels, c'est bien moins le cas des deux suivants. Ils fonctionnent en fait en binôme, l'un constituant la première étape du processus conduisant vers l'autre. Ainsi, l'usage pratique des modèles conduit à la construction d'une « littérature pratique » (p. 103) faite de formulaires, de documents types et, potentiellement (même si l'auteur ne les évoque pas directement) de barèmes et de référentiels destinés à standardiser la prise de décision et la rédaction juridique. En ce sens, et Sylvain Soleil insiste sur ce point, la construction et la production de cette littérature pratique reviennent aux fondements mêmes de toute démarche de modélisation : « il s'agit bien d'une représentation simplifiée de la réalité juridique, réduite à ses critères pertinents pour en faire un outil » (p. 108), que cet outil soit informatisé ou non. Le Système Référentiel Justice présenté par l'auteur en constitue un exemple non seulement éclairant, mais en plus particulièrement habile puisqu'il illustre le glissement de ces outils « artisanaux » (au sens le plus noble du terme, en tant que produits d'un savoir-faire) vers des outils autonomisés – qui, quant à eux, incarnent le dernier usage singularisé par l'auteur, qui ne vise plus à simplifier la réalité mais « à prévoir ce qui va se passer » dans cette réalité (p. 123).
- 10 Le lecteur (juriste) ne sera pas surpris que l'un des premiers outils remplissant cet usage prédictif soit celui de *justice prédictive*. Il faut dire, avec Sylvain Soleil, que cet usage prédictif comme les outils qui sont supposés le remplir sont « apparus brusquement en 2017 » (p. 126) et, avec eux, la promesse de donner accès à « ce qu'on ignorait auparavant » et de dépasser une « appréhension assez intuitive et artisanale de la jurisprudence des juges du fond¹⁷ » (p. 128). Ce dernier usage présenté fait écho à un dernier usage *en date* des modèles et modélisations, comme un pendant de la tendance décrite au chapitre précédent au développement d'outils *sur le droit mais*

sans les juristes. Quand bien même les juristes ne sont pas totalement absents des sociétés qui les commercialisent¹⁸, c'est effectivement de cela qu'il s'agit avec la *Legaltech*. Compte tenu du fonctionnement des algorithmes qui les sous-tendent¹⁹, les outils de justice prédictive sont dispensés de ce que Sylvain Soleil a, pour les trois usages précédents, présenté comme un préalable nécessaire : une conceptualisation préalable, *en droit*, de la manière adéquate de simplifier la réalité complexe *du droit*. Il en irait par ailleurs de même pour les dispositifs encore plus ambitieux, susceptibles de prédire l'effectivité ou les effets de normes données dont l'auteur imagine les effets (p. 132-147).

- 11 Comme une sorte de conclusion de ce passage en revue du sens et des usages des modèles en droit, le dernier chapitre de cet ouvrage en propose une théorie générale inductive, critique et transdisciplinaire (p. 150). La notion de modèle y est ainsi définie de manière pragmatique, au travers de ses quatre manifestations/usages, et nuancée, au travers du passage en revue de ses qualités et de ses défauts. C'est finalement un *modèle de création de modèle* qui est proposé par l'auteur, construit sur trois grandes étapes de raisonnement que l'on peut résumer ainsi : déterminer l'objectif poursuivi par le modèle (son usage, donc) ; expliciter les critères retenus pour le construire ; assumer son caractère construit et représentatif (p. 170-176). De fait, ces trois étapes ne devraient surprendre aucun comparatiste, puisqu'il s'agit là finalement de celles qui articulent toute démarche de construction d'une méthodologie comparée. On pourrait même aller plus loin et indiquer qu'elles ne devraient surprendre aucun chercheur, en droit comme ailleurs.
- 12 Cet ouvrage remplit donc indéniablement son objectif « d'explorer le sens et les usages juridiques du concept de modèle » et d'en fournir un panorama dont ces quelques pages n'auront fait qu'une présentation sommaire. Chaque chapitre est nourri d'un riche appareil historique et de données empiriques (quantitatives ou qualitatives, donc) précieux pour éclairer tant les réflexions de l'auteur que celle qu'il ne manque pas de générer chez son lecteur. Soulignons une dernière fois notre regret de pas y trouver la trace des questionnements des comparatistes vis-à-vis d'un concept qui interrogent une partie d'entre eux dans les mêmes termes

épistémologiques que les autres sciences humaines et sociales. Dans le même temps, admettons que poser les jalons d'un champ d'étude largement inexploré en des termes aussi didactiques constitue déjà une réalisation d'ampleur. En ce sens, le lecteur rendu curieux par sa lecture du présent ouvrage quant au traitement de la thématique des modèles par les comparatistes eux-mêmes pourra se reporter à certains de leurs travaux.

- 13 Quant à nous autres comparatistes, critiques ou non des modèles, saisissons donc l'opportunité que nous offre Sylvain Soleil : le champ d'étude étant désormais pleinement ouvert, il ne nous reste plus qu'à poursuivre le travail entamé. À bon entendeur ?

NOTES

- 1 Sur ces deux niveaux de questionnements, voir, parmi de nombreux autres ouvrages et par ordre chronologique, P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2^e éd., Paris, Economica, 2021 ou G. TUSSEAU, *Droit comparé et Théorie générale du droit*, Québec (Can), Hermann, 2021.
- 2 M. PADILLA, *Droit public et Doctrine publiciste au Royaume-Uni : regard critique sur un objet à (re)construire*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 2021, p. 51.
- 3 Notons à cet égard l'éclairant passage par les travaux assez méconnus, même si parfaitement représentatifs de ce « premier temps » du droit comparé, de Jonas Meyer (p. 27-33).
- 4 Sur la démarche de ce rapport, voir R. MICHAELS, « Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, n° 4, 2009, p. 765-795.
- 5 Encore une fois, c'est un phénomène américain qui se situe à la source de ce champ de recherche ; en l'occurrence, la succession de plusieurs décisions rendues par la Cour Suprême incluant des références à des décisions rendues par des juridictions étrangères (voir, pour les plus notables, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 [2002], *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003] et *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 [2005]).

6 L'Association Internationale de Droit Constitutionnel (AIDC-IACL) a ainsi créé, en 2007, un groupe de recherche sur la question de la circulation des précédents entre juridictions constitutionnelles. Ses conclusions en demi-teinte (publiées dans M.-C. PONTTHOREAU et T. GROPPi (dir.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford/Portland, Bloomsbury Publishing, 2013) expliquent en partie la disparition relative de cette thématique ; le niveau d'enthousiasme et d'engagement doctrinal a de très dépassé l'ampleur réelle d'un phénomène qui, de fait, n'avait rien de global. La nouvelle édition de cet ouvrage ne fait que confirmer ce constat (M.-C. PONTTHOREAU, T. GROPPi et I. SPIGNO [dir.], *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2025).

7 L'exemple le plus fameux de ce type de démarche reste le *Comparative Constitution Project* mené par Zachary Elkins, Tom Ginsburg et James Melton. Ce projet, librement accessible en ligne < <https://comparativeconstitutionsproject.org/> >, compile l'ensemble des Constitutions en vigueur (et, pour certaines, passées) de l'ensemble des États, traduites en langue anglaise. Plus important encore, le texte de chaque Constitution a fait l'objet d'une structuration, de manière à permettre aux utilisateurs de l'outil non seulement d'extraire en masse des dispositions selon la question qu'elle traite, mais aussi de soumettre les données ainsi collectées à un traitement statistique.

8 Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, la conjonction de la conceptualisation encore limitée du droit comparé et le maintien d'une réticence globale face à la pluri, l'inter ou la transdisciplinarité rend difficile le véritable développement de ces approches dans l'écosystème français de la recherche en droit, même comparé.

9 L'expression est tirée de M. VAN HOECKE (dir.), « Deep Level Comparative Law », *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2004, p. 165-195. Quant à cette approche « critique » de la comparaison juridique, voir aussi G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham (UK) et Northampton (US), Elgar Publishing, 2016.

10 M. PADILLA, « Représenter la doctrine publiciste britannique : essai de comparaison juridique critique », *Droit Public Comparé*, n° 2, 2024.

11 Dans la mesure où il s'agit de l'approche du droit comparé à laquelle nous souscrivons.

- 12 C'est là le cœur de l'ouvrage de Christophe JAMIN et Philippe JESTAZ, *La Doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.
- 13 Nous pensons ici, bien sûr, à certaines cultures de *common law* où la place de ces modèles en dehors du droit comparé est bien plus limitée... y compris dans le cadre de cet usage pédagogique. À ce sujet, le lecteur pourra utilement se reporter à un autre ouvrage de Sylvain SOLEIL, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié*, Paris, Société de législation comparée, 2021.
- 14 Les cinq entretiens synthétisés par l'auteur ont ainsi été menés avec Jean-Sébastien Borghetti (Professeur de droit privé impliquant dans les deux avant-projets de réforme du droit des obligations et de la responsabilité civile), Nicolas Boulouis (conseiller d'État), Jean-Jacques Urvoas (Professeur de droit public, mais ici interrogé en sa qualité d'ancien Ministre de la Justice), Stanislas Brézet (directeur général des services législatifs de l'Assemblée Nationale) et Vittorio di Bucci (à l'époque conseiller juridique au service juridique de la Commission Européenne).
- 15 La question spécifique de la citation de précédents étrangers fait partie de ce constat. On peut aussi songer au devenir des Constitutions des pays d'Afrique francophone dérivées de la Constitution française de 1958 – à ce sujet, voir F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vue de l'Afrique », Titre VII, n° 1, 2018, p. 35-43.
- 16 On ne peut que conseiller la lecture du très didactique et très imagé article de Günter FRANKENBERG, « Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n° 3, 2010, p. 563-579.
- 17 Puisque c'est bien cette production juridictionnelle-ci qui est au cœur de la démarche d'*open data* des décisions de justice qui irrigue ces dispositifs de justice prédictive.
- 18 Essentiellement parce que ces sociétés sont souvent dirigées, ou co-dirigées, par des avocats.
- 19 Leur fonctionnement repose ainsi sur des algorithmes d'apprentissage automatique supervisé, c'est-à-dire des programmes informatiques entraînés à reconnaître des données déterminées (dans le cadre des dispositifs de justice prédictive, il s'agit de portions des décisions où se trouvent certains éléments de fait [les caractéristiques des requérants, leur localisation, le type de dommage subi, les faits reprochés à un salarié et ayant conduit à son licenciement...] ou de droits [les préjudices retenus, la

somme de dommages et intérêts prononcés]) et à les restituer, en général sous forme de moyennes ou de fourchettes. La seule conceptualisation préalable nécessaire tient au choix des données à faire reconnaître à l'algorithme – à cet égard, et comme le note Sylvain Soleil, l'ingénieur peut, de manière autonome, « maîtris[er] la chaîne de production » de ces dispositifs (p. 122).

AUTEUR

Camille Bordère

Chercheuse postdoctorale (Chaire Droit public et politiques comparés, Université Jean Monnet Saint-Étienne)

Docteure en droit public (Université de Bordeaux)

IDREF : <https://www.idref.fr/257489878>

Felix UHLMANN (ed.), *Codification of Administrative Law. A Comparative Study of Administrative Law*

Londres, Hart Publishing, 2023, 448 p.

Nicolas Gabayet

DOI : 10.35562/droit-public-compare.584

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

RÉFÉRENCE(S) :

Felix UHLMANN (ed.), *Codification of Administrative Law. A Comparative Study of Administrative Law*, Londres, Hart Publishing, 2023, 448 p.

TEXTE

- 1 L'ouvrage collectif dirigé par Felix Uhlmann, professeur à la faculté de droit de Zürich traite de la codification du droit administratif selon une approche comparative. L'apport de l'ouvrage est néanmoins loin de se limiter à son objet principal. On y trouve de riches développements sur la définition du droit administratif, et par là même sur l'étendue du champ de la matière dans les différents systèmes juridiques étudiés, mais aussi sur la distinction entre droit administratif général (la définition de droit administratif général qui se dégage est résumée par la formule « *how the administration shall act [...] or how it should not act* » [F. Uhlman, p. 384]) et spécial, ou encore sur les sources du droit administratif. À ce titre, l'ouvrage constitue, au-delà de sa thématique principale, une source d'information utile sur la consistance et l'esprit du droit administratif dans des États représentatifs des traditions juridiques civiliste et de *common law*.
- 2 L'ouvrage propose d'aborder la codification du droit administratif au travers de l'expérience de 13 États (de tradition civiliste et de *common law*), de l'Union européenne (M. Heintzen), et du modèle

ReNEUAL (A. Berger). La répartition des systèmes étudiés est la suivante : Allemagne (M. Heintzen), Autriche (K. Lachmayer), Belgique, (S. De Somer et I. Opdebek), France (D. Costa), Italie (R. Caranta), Pays-Bas (Y. Schuurmanns, T. Barkhuysen, W. den Ouden), Suède (J. Reichel et M. Ribbing), auxquels il faut ajouter la Norvège (J. C. Fløysvik Nordrum) et la Suisse (F. Uhlmann) pour les États d'Europe continentale hors Union européenne ; l'Australie (J. Boughey), le Canada (P. Issalys), les États-Unis (E. L. Rubin) et le Royaume-Uni (S. Nason) pour les États relevant de la sphère du *common law*. Le lecteur pourra être surpris qu'aucune précision ne soit fournie sur la pertinence du choix des systèmes étudiés (vise-t-il à mettre en perspective les tendances relatives aux pays de *common law* et de droit civil, et le cas échéant, les systèmes retenus ont-ils été considérés comme les plus représentatifs aux deux traditions juridiques ?), ou encore s'interroger sur la raison pour laquelle l'Allemagne et l'Union européenne figurent dans un même chapitre, alors que de l'aveu même de l'auteur de celui-ci « il n'existe aucune relation particulière entre les droits administratifs allemand et européen » (M. Heintzen, p. 146). La méthodologie employée pour parvenir à une trame unifiée dans l'ensemble des chapitres (un questionnaire a-t-il été soumis aux auteurs ?) est également passée sous silence. Ces ellipses méthodologiques n'altèrent néanmoins pas l'intérêt du contenu.

- 3 Le point de départ de la réflexion menée au sein de l'ouvrage est le constat général que le droit administratif est moins codifié que d'autres matières juridiques et a très souvent un caractère jurisprudentiel (F. Uhlmann, p. 388). L'ampleur de la codification, lorsque celle-ci existe, apparaît de surcroît à géométrie variable selon les États, certaines règles de droit administratif étant codifiées alors que d'autres ne le sont pas, sans que ce traitement différencié ne puisse être relié à l'importance pratique de celles-ci. La Suisse, a ainsi codifié le régime de la modification des décisions administratives, mais pas celui de leur abrogation (F. Uhlmann, p. 380), alors que la codification néerlandaise tend vers l'exhaustivité (voir Y. Schuurmanns, T. Barkhuysen, W. den Ouden, p. 193 sq.). L'ouvrage révèle également qu'il est plus aisé de codifier des principes procéduraux, tels que le principe de légalité – la procédure contentieuse étant d'ailleurs codifiée dans de nombreux systèmes

juridiques étudiés – que des principes de fond tels que la proportionnalité des décisions administratives (F. Uhlmann, p. 405).

- 4 L'une des principales questions abordées est celle de savoir si, comme on pourrait le penser de prime abord, la codification du droit administratif renforce la sécurité juridique au détriment de la mutabilité de la règle de droit. Sur ce point, la multiplication des sources du droit administratif (droit international et européen, droit constitutionnel, droit privé, jurisprudence) contribue à le rendre complexe et difficile d'accès. La codification a donc l'utilité de faciliter son accessibilité (F. Uhlmann, p. 397). Ce souci d'accessibilité de la norme a notamment conduit certaines organisations internationales à vocation économique (OCDE, Banque mondiale) à recommander la codification du droit administratif dans une optique de « good regulation » (J. C. Fløysvik Nodrum, p. 235).
- 5 L'objectif de simplification et d'accessibilité du droit administratif fait l'objet d'un consensus dans la plupart des systèmes juridiques couverts par l'ouvrage, à l'exception du Royaume-Uni. The UK Independent Review of Administrative Law (IRAL), commission chargée d'une réflexion en vue d'une éventuelle réforme du *judicial review* s'est montrée réservée quant à l'utilité d'une codification des *grounds for review*, c'est-à-dire les cas d'ouverture du *judicial review*. Si le Parlement codifie le *judicial review*, qui trouve sa source dans le *common law*, en lui donnant ainsi un fondement législatif, il existe alors un risque qu'il le circoncrive (S. Nason, p. 309-315). Il n'y a donc pas eu de codification des *grounds for review* dans le *Judicial Review and Courts Act 2022*, ceci dans le souci de protéger les justiciables d'une fermeture de l'accès au prétoire pour contester les décisions ou l'action de l'Administration.
- 6 En dehors de cette réticence spécifique, le principal inconvénient de la codification mis en exergue par l'ouvrage est un risque de cristallisation du droit administratif, par opposition à la plus grande plasticité offerte par l'existence de règles purement jurisprudentielles, laquelle favorise l'évolution constante du droit (F. Uhlmann, p. 399). Les modalités de codification peuvent néanmoins contribuer à éviter de figer le droit administratif, dès lors que les règles codifiées ménagent une marge de manœuvre suffisante

au pouvoir réglementaire et au juge en vue de permettre l'adaptation et l'évolution du droit administratif, ce dont témoignent les expériences néerlandaise (Y. Schuurmanns, T. Barkhuysen, W. den Ouden, p. 197-198), norvégienne (J. C. Fløysvik Nordrum, p. 232) et française (D. Costa, p. 138-140).

- 7 L'ouvrage met également en exergue la difficulté induite par le fédéralisme, dont la logique « centrifuge » s'oppose par nature à celle, « centripète » (P. Issalys, p. 125) de la codification. L'uniformisation juridique inhérente à la codification limite ainsi les possibilités de codifier. La constitution de l'État fédéral peut par exemple ne pas permettre une telle uniformisation (F. Uhlmann s'interroge, sur ce point, sur le cas de la Suisse, p. 407), et même si elle ne s'y oppose pas, la codification ne peut être limitée qu'à une série de principes généraux, en raison des spécificités administratives des États fédérés, ce qui ressort notamment de l'expérience allemande (M. Heintzen, p. 152-153).
- 8 Une interrogation sur l'utilité sociale de la codification est enfin formulée par Felix Uhlmann dans la conclusion générale de l'ouvrage. L'auteur se demande si les justiciables consultent réellement les codes administratifs et si, dans l'affirmative, la codification suffit à leur rendre la règle de droit intelligible (F. Uhlmann, p. 399). Étant donné les enjeux pratiques de cette question pour les justiciables (notamment quant à leur capacité à invoquer la règle de droit pour former des recours administratifs ou des recours contentieux dispensés de ministère d'avocat), la question mériterait une étude empirique.

AUTEUR

Nicolas Gabayet

Professeur de Droit Public à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne

IDREF : <https://www.idref.fr/178726877>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/nicolas-gabayet>

ISNI : <http://www.isni.org/00000000436489098>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/17025394>