



" Le régime des biens publics en droit comparé" .

vendredi 15 mai 2009, de 9h00 à 13h00

Table ronde organisée par

La Chaire "Mutations de l'Action Publique et du Droit Public", Sciences Po

Le régime des biens publics en droit italien : permanences et discontinuité

par le Professeur Giacinto della Cananea

- I. Peut-on louer ou acheter le Colisée?
- II. Caractères initiaux et évolution du des biens publics en Italie
 - 1. Influence de la législation napoléonienne sur le code civil italien
 - 2. Une doctrine influencé par la systématique allemande: l'œuvre de Santi Romano
 - 3. Domaine et patrimoine: de la séparation à la distinction
- III. Les obstacles à une meilleure gestion des biens publics
 - 1. Le partage des compétences entre les acteurs publiques
 - 2. Les objectifs: de la conservation à la valorisation des biens publics
 - 3. Les techniques: une spécialité persistante

Relation au séminaire organisé par la Faculté de Science Po, 15 mai 2009, 1^{er} draft.

I. Peut-on louer ou acheter le Colisée?

Parmi les nombreux monuments situés dans la ville de Rome, il y en a un qui a une importance particulière: le Colisée. Situé entre l'Esquilin et le Palatin, il a changé nom et fonctions pendant les siècles. A l'origine, il était l' amphithéâtre Flavien, le plus grand de l'Empire romain. Il n'a pas été utilisé seulement pour les combats de gladiateurs, mais aussi pour d'autres spectacles publics, y compris les naumachies. Il accueillait entre 50.000 et 70.000 spectateurs. Après la chute de l'Empire romain, il a été utilisé pour plusieurs buts: pour des habitations, mais aussi comme siège d'un ordre religieux ou comme sanctuaire. Cela implique que le Colisée n'est pas seulement un symbole de la Rome impériale (ce qui explique les travaux conduits aux années 1930 par le régime fasciste). Il a aussi une valeur pour l'Eglise catholique. Il suffit de penser à la procession du Vendredi saint. Tout cela explique pourquoi le débat sur le modalité d'usage du Colisée n'engendre pas seulement des questions techniques, que les juristes et les économistes affrontent avec leur catégories, principes, techniques.

Il y a une dizaine d'années, par exemple, il y a eu un débat en télévision au cours de la campagne électorale pour le Parlement italien. Il y avait nombre de questions sur lesquelles les orateurs proposaient des visions, plus ou moins bien motivées, pas nécessairement antithétiques. Quand le débat a touché le régime des biens publics, toutefois, la situation a changé. Celui qui serait devenu le ministre de l'économie et des finances proposait une gestion innovatrice des biens publics, y compris la vente d'une partie du patrimoine. Il y avait des bonnes raisons pour un telle gestion, mais quand celle qui serait devenue ministre des biens culturels a pris la parole, elle n'a pas eu besoin de confuter ces raisons. Elle a simplement dit: <<monsieur, vous voulez vendre le Colisée!>>. Il a suffi pour remporter une victoire claire, nette. Il faut noter, toutefois, que la vente était interdite non seulement par le statut général du domaine, mais aussi par une loi spéciale, qui l'a exclue pour une liste des monuments nationaux, y compris le Colisée. On pourrait ajouter que la législation spéciale sur les biens culturels prévoit un tel quantité des limites pour les propriétaires privées qu'ils n'auraient pas pu exercer les typiques facultés exclusives du titulaire du droit dominical.

Plus récemment, en 2009, le sous-secrétaire d'Etat pour le biens culturels a dit en publique qu'il y avait un offre très intéressante, d'un point de vue économique, pour louer le Colisée pour des jeux sportifs. La réaction des intellectuels, de la presse a été soudaine, et, sans aucune surprise, presque totalement contraire. Bien que les administrateurs locaux à Rome soient du meme parti politique du sous-secrétaire, eux aussi ils ont déclaré leur opinion contraire. Mais si un observateur externe considère la question *sine ira ac studio*, il s'aperçoit très facilement que: a) la question de l'usage est ouverte, car la destination à l'usage collectif n'exclue pas nécessairement des usages spéciaux, s'il sont justifiés et ne portent pas des atteintes à l'intégrité du monument; b) il y a eu, en effet, un usage spécial il y a quelques années, avec la projection du film *Napoléon*, par Abel Gance, et avec tout le respect du à l'œuvre artistique, il n'est pas certain, en droit, qu'elle seule puisse obtenir un traitement spécial concernant certains biens, car le problème de leur usage regarde les atteintes qui découlent de la participation d'un grand nombre des personnes.

Pour essayer d'éclaircir les aspects juridiques, en les distinguant par ceux qui touchent les passions et les émotions, il convient d'indiquer d'une façon très synthétique: 1) les caractères originaux et l'évolution du des biens publics en Italie et 2) les obstacles à une gestion unitaire des biens publics. Cela permettra, enfin, de dégager quelques perspectives.

II. Caractères initiaux et évolution du des biens publics

Une rétrospective synthétique montre deux caractères originaux, voir l'influence exercée par la législation napoléonienne sur le code civil italien et celle de la science juridique allemande sur la doctrine publiciste. Mais elle montre aussi une évolution, qui émerge soit par une distinction toujours moins nette entre le domaine proprement dit et patrimoine, soit par la banalisation du régime publiciste des biens qui découle du droit communautaire.

1. Influence de la législation napoléonienne sur le code civil italien

Puisque les efforts de codification national avaient echoués, l'Italie parvint à la codification à travers la décision de Napoléon d'y appliquer la législation française. Le Code civil du 1804, traduit et imprimé, devint loi en 1806 dans l'Italie du Nord et, dans les années 1806-1812, dans le reste de l'Italie soumise à l'influence

de la France. Toutefois, à la chute de Napoléon, le modèle du Code civil ne fut pas abandonné. Il y avait beaucoup de codes, dans les divers Etats, mais la structure française avait donné une bonne épreuve, correspondant aux exigences du monde des affaires. Par conséquent, avec l'exception du Lombardo-Veneto soumis à la législation autrichienne, il n'y pas été une solution de continuité après 1815. Le pluralisme politique ne provoqua pas un retour au pluralisme juridique. Une fois unifié l'Italie, en 1865, il fut donc relativement simple unifier la législation, contrairement à l'unification administrative, établie en 1865 mais achevée seulement partiellement et tard. Mais les principes fondamentaux concernant la propriété, privé et publique, se trouvaient dans le Code, qui vit du 1866 au 1942. Ces principes ne furent pas modifiés dans le nouveau Code qui, par opinion générale, n'a ressenti que d'une façon très limitée l'influence du Fascisme, mais qui précisément dans cette partie n'a pas été adapté aux nouvelles exigences de l'économie et de la société (M.S. Giannini, *Parere sul progetto del II libro del codice civile*, 1939, in Scritti, II, Milano, 2005).

En synthèse, ces principes se fondent, premier lieu, sur une distinction très nette entre le régime juridique des biens publics du régime des biens privée. Les biens publics, ultérieurement sous-distingués en domaine et patrimoine (*disponibile* et *indisponibile*), sont soustraits aux règles générales du Code concernant la propriété. Il ne peuvent ni être vendus, sans une modification expresse et formelle de leur régime juridique (*sdemanializzazione*), ni former objet des droits qui découlent du fait, c'est à dire qu'il n'y aucune usucapion. C'est précisément pour cette profonde diversité de régime juridique que le Code - voilà le deuxième caractère initial - utilise une double technique pour identifier les biens public. D'une part, la section (Capo II du titre I, livre III) du Code qui s'occupent des biens publics concerne les biens qui appartiennent à l'Etat, aux établissements publics et ceux ecclésiastiques. D'autre part, le Code établit une liste des catégories des biens qui forment le domaine public (art. 822 c.c.). Cette liste inclut, en particulier, plages, les fleuves, les lacs. Elle inclut aussi, si ces biens <<appartiennent à l'Etat>>, d'autres catégories, comme les roues, les chemins de fer, les immeubles d'intérêt historique et culturel, les archives. Il y a aussi une autre catégories différente: celle des biens qui sont soumis par la loi au régime du domaine public, cela qui implique que ces

biens ne sont pas des *res* comme les autres. Mais ils ne forment pas part du patrimoine, conçu comme une vaste catégorie résiduelle, dans la quelle le Code inclut tout les autres biens de l'Etat et des établissements publics, en particulier le mines et les biens immeubles et meubles destinés à la défense (art. 826). Il faut ajouter que le Code vise à assurer une protection particulière, nommé tutelle, pour tous ces biens, en attribuant à l'autorité administrative soit la faculté d'utiliser les moyens ordinaires, soit des prérogatives spéciales («*in via amministrativa*»: art. 823).

En bref, le régime des biens: a) est basé sur l'appartenance, non sur l'usage; b) reconnaît les traits spéciaux des biens publics, en raison de leur lien avec la collectivité; c) prévoit une tutelle exercée en voie administrative, dans des cas spécifiques.

2. Une doctrine influencé par la systématique allemande: l'œuvre de Santi Romano

S'il est clair, dans la description qui précède, que le régime des biens publics a plusieurs traits spéciaux, il n'en découle pas nécessairement que les biens des établissements publics constituent un *genus* séparé par les biens des sujets privés. Toutefois, une véritable séparation a été introduite par la doctrine. Il n'est en effet nul besoin de rappeler ici, ni de discuter, l'importance de la doctrine en droit public et surtout en droit administratif. Il suffit de rappeler que, suivant le fondateur du moderne droit public italien, elle n'a pas forgé des nouvelles catégories seulement en ce qui concerne les situations subjectives (comme les *interessi legittimi*) et les actes (le *provvedimento amministrativo*, conçu comme manifestation de la puissance publique). La doctrine (dont le rôle a été essentiel en matière domaniale) a aussi établi une séparation entre le domaine public et le domaine privé sur la base d'une interprétation des dispositions du Code civil.

Cette œuvre, beaucoup plus proche de celle du législateur que de celle du commentateur, est particulièrement évidente et importante dans les *Principii di diritto amministrativo* de Santi Romano. Au début du chapitre concernant la théorie de la propriété publique, Santi Romano observait que ce concept présupposait le concept de *res*, plus précisément de ces *res* qui par le <<but auquel sont destinées, sont soumises à un pouvoir juridique qui fait part du droit public>>(Milano, 1912, II ed., p. 458). Les caractères distinctifs, donc, étaient deux: le but de la *res* et la

nature des droits qui la concernent. Ces droits, il ajoutait, ne peuvent être attribués qu'aux personnes publiques. On s'aperçoit facilement, donc, de l'influence jouée par la culture allemande de l'époque avec son recours aux généralisations et l'idée que la construction du droit public doit être fondée sur la suprématie de l'autorité (voir S. Cassese, *Culture et politique du droit administratif*, 2008). Un aspect secondaire, mais non négligeable, est la distinction entre domaine proprement dit et patrimoine, qui n'est pas tracée dans les analyses de droit administratif spécial, mais dans l'exposition du droit administratif général

3. Domaine et patrimoine: de la séparation à la distinction

Cette distinction entre domaine proprement dit et patrimoine a, toutefois, été relativisée par la Constitution, la jurisprudence administrative et la législation plus récente. La doctrine aussi s'est aperçue de la progressive transformation qui a eu lieu surtout à partir du 1993. Cette date ne surprend pas davantage, car il s'agit du début des réformes administratives, qui ont eu lieu sans une modification de la Constitution du 1948.

La Constitution n'a pas accueilli, déjà en 1948, la distinction entre domaine et patrimoine. Elle a plutôt établi, dans l'article 42, trois principes fondamentaux: a) la légitimation soit des personnes publiques, soit des personnes privées à assumer des droits sur les biens, ce qui était important pour exclure que l'Italie puisse devenir une république de type socialiste, comme l'adhésion à la CEDH et aux Communautés européennes ont confirmé plus tard; b) la possibilité, au même temps, d'exproprier soit les droits relatifs aux biens, soit ceux concernant les entreprises (article 43); c) la distinction entre le régime juridique des biens qui appartiennent aux personnes privées et de ceux qui appartiennent aux personnes publiques. La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cassation a confirmé et approfondi cette distinction. Les juges du Conseil d'Etat, en particulier, n'ont pas hésité à permettre l'exercice des prerogatives de la puissance publique non seulement pour les biens qui font part du domaine, mais aussi pour le patrimoine. Cela impliquait, aussi au delà des intentions des juges, un changement profond, qui consistait dans mettre l'accent non sur l'appartenance, mais sur l'utilisation des biens affectés par les intérêts publics.

Cette tendance, confirmée par la législation plus récente, a attiré l'attention de la doctrine, ou mieux de ces auteurs qui sont plus attentifs aux données de la réalité qu'aux idées reçues. Dans la législation, deux tendances émergent. En premier lieu, nombre des dispositions ne disciplinent pas telle catégorie ou l'autre de biens publics, mais utilisent la technique des désignations législatives unitaires. Par exemple, la loi n. 537/1993 réserve un traitement spécifique aux biens «destinés aux usages collectifs généraux» et la loi n. 410/2001 souligne la nécessité que les biens publics aient un «usage public». L'autre tendance, déjà soulignée, qui émerge soit par ces dispositions, soit par d'autres, y inclus les nouvelles règles visant à la vente des droits relatifs aux biens, est l'attention pour le moment de l'utilisation, plus qu'au moment de l'appartenance. Cette tendance se manifeste, en particulier, dans la loi du 2001 qui attribue à une société (dons, d'un point de vue formel, une personne juridique de droit privé), Patrimonio dello Stato, les droits de propriété concernant toute une série de biens publics, en vue de leur vente.

III. Les obstacles à une meilleure gestion des biens publics

Si la nécessité d'une meilleure gestion des biens publics est désormais acceptée, en ligne de principe, par tous les acteurs politiques et sociaux, elle face toutefois plusieurs obstacles. Parmi ces obstacles il n'y a plus la remarquable faiblesse des connaissances autour des dimensions et de la valeur du patrimoine public, qui en Italie est plus vaste que dans d'autres pays européens, comme le Royaume Uni. A ce propos, à partir du 2005 le Ministère de l'économie et des finances rédige et publie un rapport annuel sur le patrimoine public, qui est un outil très important en vue de la gestion et aussi de la vente des biens qui appartiennent aux administrations publiques. Mais il reste une série d'obstacles qui s'opposent à une meilleure gestion de ce patrimoine: a) le partage des compétences entre les centres de décision; b) les différentes idées en ce qui concerne les objectifs; c) les difficultés que les tentatives d'introduire des techniques empruntées au droit privé ont rencontrées.

1. Le partage des compétences entre les acteurs publics

Le partage des compétences n'est pas, bien sur, un problème spécifique de l'administration publique italienne. Mais il est devenu de plus en plus compliqué à cause de la stratégie poursuivie par les pouvoirs publics à partir du 1993. Cette

stratégie consiste dans la plus vaste décentralisation qui ait jamais été effectuée dans l'Italie unie. Au début, elle était justifiée surtout par des raisons de bonne administration, c'est à dire pour réduire le «*government overload*» au centre. Dans les années suivantes, la décentralisation a été soutenue surtout pour des raisons d'ordre politique. Mais ce qui compte le plus est la variation dans les moyens utilisés. Tandis que sous les gouvernements Ciampi et Prodi, la décentralisation a été réalisée à droit constitutionnel constant, c'est à dire sans changer la Constitution du 1948, en 2001 la Constitution a subi une profonde modification, avec la substitution de l'entier titre qui règle les rapports entre le centre et les périphéries (régions, provinces, municipalités). Il n'y a pas besoin de discuter ici ni la sagesse de ce projet, ni sa réussite. Mais il y a lieu de constater une croissante conflictualité entre le gouvernement central et les gouvernements locaux. Dans l'absence d'un efficace lieu de médiation politique au niveau du Parlement national, les contrastes se sont multipliés dans les procédures administratives et ont augmenté le contentieux administratifs et surtout constitutionnel.

Un exemple suffit à éclaircir la nature des problèmes. Il s'agit de la gestion des ports, question très importante pour un pays comme l'Italie. Puisque les ports sont inclus parmi les matières soumises à la législation concurrente, soit de l'Etat soit des régions, il y a eu le problème d'identifier l'autorité compétente pour discipliner et octroyer les concessions aux personnes juridiques privées. La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur ce point, en affirmant que l'Etat peut établir seulement les principes. C'est aux régions, donc, la tâche d'établir discipline détaillée et aux communes octroyer les concessions (la seule exception concerne les ports qui servent à la défense militaire de l'Etat). Claire sur la charte, cette situation a malheureusement donné lieu à une impasse concernant l'adoption de lignes directives communes sur la gestion des ports et surtout leur coordination.

Des problèmes pareilles se sont posés en ce qui concerne d'autres catégories de biens publics et en particulier pour les biens culturels. Pour eux, la Cour constitutionnelle a plusieurs fois affirmé que l'Etat a une compétence exclusive pour la tutelle et la gestion des biens, tandis que les régions ont la compétences pour leur valorisation. Encore une fois, la distinction est assez claire en abstract, mais sa mise en œuvre est très difficile.

2. Les objectifs: de la conservation à la valorisation des biens publics

La situation des biens culturels permette d'illustrer un autre problème, déjà soulevé au début de cette note. Puisque l'Italie est riche de ce type de biens, l'observateur externe pourrait s'attendre un fort impulse aux politiques publiques dans ce domaine, en vue du retour économique et des externalités positives, notamment pour le tourisme. Mais il y eu pendant longtemps une profonde division dans les milieux scientifiques et institutionnels, qu'on aurait la tentation d'appeler idéologique, entre deux visions du monde.

La première est la conception des biens culturels qui s'est affirmé dans la législation moins récent, en particulier dans la loi fondamentale du 1939. Il s'agit de la conception qu'on appellerait puriste de la conservation de ces biens. Dans cet ordre d'idées il y a un grands poids de la valeur esthétique de ces biens. Elle est arrivée jusqu' au point de considerer chaque projet de gestion managerielle des biens comme une sorte de cheval de Troie, de soumission à la logique du marché, que parmi les experts des biens culturels et une bonne partie des juristes a toujours l'aspect du Far West sans aucun gendarme. Il ne s'agit pas d'une idéologie des professeurs. Suffit-il de lire une délibération de la Cour des comptes de l'an 2005 concernant un musée, dans la quelle les magistrats ont affirmé que <<la logique du profit en sens économique doit etre considérée, par la nature meme du musée, fondamentalement extranée à sa mission>> (cfr. A. L.Tarasco, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, 2006).

Seulement très récemment, dans la science économique et dans une partie de la science juridique a accepté la logique du marché aussi dans le domaine des biens culturels. C'est à cette logique qui s'inspirent, en particulier, les nouveaux instruments prévus par la législation, comme le *project financing* et surtout l'externalisation de certaines activités. Sans ces instruments, une nouvelle gestion des biens publics serait sans doute difficile, voir impossible. Mais sans une adhésion suffisamment vaste à l'idée qu'il n'est pas seulement possible, mais nécessaire assurer une gestion économique du patrimoine national, une législation meilleure de celle dont nous disposons ne suffirait non plus.

3. Les techniques: une spécialité persistante (à ajouter)

