



HAL
open science

Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust

Thomas Perroud

► To cite this version:

Thomas Perroud. Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust. IRJS éditions. Mélanges à la mémoire de Gérard Marcou, 2017. hal-01699002

HAL Id: hal-01699002

<https://hal.science/hal-01699002>

Submitted on 1 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de *common law* : la notion de *public trust*

Thomas PERROUD

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Introduction

Dans un article de 1990 à la *Revue du droit public*, intitulé « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », Christian Lavalie affirme que « beaucoup plus que de la propriété c'est d'une institution anglaise le " *trust* " que le droit domanial est proche. En effet celui-ci vise à contraindre une personne publique propriétaire d'un bien à le gérer pour le profit du public et en assurer à cette fin sa conservation »¹.

Philippe Yolka a fermement combattu cette position dans sa thèse, tout en reconnaissant que des « affinités électives » peuvent exister entre les deux notions, de *trust* et de domaine public². Le fond de son objection réside dans la nature privée de la notion de *trust* en droit anglo-saxon et son analyse de la compatibilité des régimes se fonde d'ailleurs sur la notion privée de *trust*.

Or, il existe bien, dans les pays anglo-saxons, mais surtout aux États-Unis, une notion publique de *trust*, si tant est d'ailleurs que la distinction public/privé dans ces systèmes juridiques ait réellement le sens que l'on veut bien lui prêter.

¹ V. C. LAVIALLE, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *R.D.P.* 1990, p. 469. Les études comparatives sur la domanialité publique dans les pays anglo-saxons et en France sont relativement rares : V. cpdt S.-A. RUSSEL, « The Public Lands Debate », in *Kill the Cowboy : A Battle of Mythology in the New West*, Addison-Wesley, 1993, p. 14 ; E.-C. BAYNARD, *Public land law and procedure*, Federal practice library, Wiley law publications, New York, 1986 ; C. GHORRA-GOBIN, « L'avenir du domaine public aux États-Unis » : *Études foncières automne 1983*, n° 21, p. 1 ; J. HAZARD, *Le domaine public aux États-Unis d'Amérique*, Faculté internationale de droit comparé, Strasbourg, 1974 (Je remercie Philippe Yolka de me les avoir signalées).

² V. P. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 191, 1997, p. 474-475.

Cette notion n'a en effet juridiquement rien à voir avec la notion de *trust* telle que le droit de l'*equity* l'a forgée. Pourquoi poser d'emblée cette équivalence *public trust* de *common law* et domanialité publique française ? Les deux notions ne se recouvrent en effet pas complètement, car les effets juridiques du *public trust* n'épuisent pas la notion française de domanialité. Le *public trust* comprend essentiellement deux éléments de la domanialité : l'inaliénabilité et l'accès aux biens. Ces deux éléments sont d'ailleurs liés puisque c'est souvent au nom de l'accès aux biens que les justiciables vont aller en justice pour contester la propriété privée de certains espaces. C'est donc essentiellement l'inaliénabilité qui est au cœur de cette notion de *public trust*.

La théorie du *public trust* est une invention de la doctrine qui a des origines assez obscures. Ce qui apparaît bien aux États-Unis c'est l'ambiguïté fondamentale de la notion et son rôle dans le contrôle du pouvoir. Denis Baranger a retracé dans sa thèse la genèse de la notion de *trust* en droit constitutionnel anglais. Il note à ce propos la difficulté que pose la compréhension de cette notion : « L'étude du *trust* se heurte d'emblée à un problème d'ordre taxonomique. Il est malaisé de savoir clairement à quel domaine ressortit la notion : celui des institutions ou de la moralité publique, de la politique ou du droit, de l'hypothétique ou du positif. Cependant tous ces usages possibles renvoient à une réalité commune. Le *trust* caractérise une forme élémentaire d'institution du pouvoir légitime, où le pouvoir est subordonné à une certaine fin et inséré dans une relation de délégation et de révocation pour que cette fin ne soit pas méconnue. Dans l'ordre du politique, la condition de l'exercice du pouvoir est qu'il soit employé pour le bien des gouvernés »³. C'est bien cet objectif que poursuit la notion de *public trust* : la gestion des biens publics dans l'intérêt et pour le bien des citoyens.

On voudrait dès l'abord constater que l'étude de la propriété publique est extrêmement marginale dans la doctrine américaine. Ce champ d'études souffre de trois éléments, nous semble-t-il : d'abord, le champ du droit administratif est assez restreint (limité dans les études de droit au droit fédéral, à la procédure de l'Administrative Procedure Act et aux recours devant les tribunaux) et, ensuite, l'étude du droit de propriété est limitée à la propriété privée. La propriété est privée pour le *common law* et l'imprégnation de la fameuse tragédie des communs⁴ a fini de persuader les Anglo-Saxons que la propriété publique ne pouvait qu'aboutir à un échec. Enfin, dernier élément qui caractérise la doctrine juridique américaine des écoles de droit est leur focalisation sur le droit fédéral — on l'a dit pour le droit administratif — si bien que le droit de propriété

³ V. D. BARANGER, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre, des années 1740 au début de l'âge victorien*, PUF, Coll. Léviathan, 1999, p. 44-45.

⁴ V. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243 (1968).

publique étant un droit des États fédérés⁵, celui-ci se trouve en fait dans trois angles morts de la doctrine juridique américaine.

Le caractère marginal des études sur la propriété publique s'explique aussi par des facteurs intrinsèques au *common law*, à l'idéologie que porte le *common law*. Pour le *common law*, et même avant que l'analyse économique du droit ne vienne discréditer la domanialité publique, la propriété est avant tout privée. Pour Blackstone en effet toute chose qui peut être appropriée doit être assignée à un propriétaire identifiable⁶. On comprend cette absence quand on lit, par exemple, l'interrogation suivante que formule Carol Rose, éminente spécialiste du droit de propriété : « pourquoi retirer une propriété de la propriété privée ? Quelle caractéristique de la propriété impose que celle-ci soit ouverte au public et exempte par conséquent de la présomption économique classique en faveur de la propriété privée ? »⁷ De surcroît, le prestige de l'analyse économique du droit outre-Atlantique rend l'étude de la propriété publique presque incongrue. Pour Posner en effet, nous dit Carol Rose, « depuis l'avènement de l'économie classique au XVIII^e siècle, on a considéré que le monde entier serait mieux géré s'il était divisé entre propriétaires privés »⁸.

Au total, la propriété publique est dans un angle mort et, en outre, elle n'est pas légitime.

Pour surmonter cette objection de principe et comprendre cette théorie, on essaiera d'en retracer l'histoire longue, en Angleterre d'abord (I), aux États-Unis ensuite (II).

I. L'ORIGINE DE LA DOCTRINE DU *PUBLIC TRUST* EN ANGLETERRE

Comme partout en Europe, et l'Angleterre ne fait pas exception, les biens publics au Moyen-Âge sont appropriés par les seigneurs et le roi, qui n'hésitent pas justement à réglementer l'usage des rivières et à poser des barrières aux libertés. L'espace public était donc sérieusement menacé, en Angleterre aussi. Mais peu à peu l'embryon d'une notion de domaine public apparaît en Angleterre, peut-être plus limité que le droit dont jouissaient les citoyens romains, mais juridiquement plus solide⁹.

Le passage du droit romain au *common law* se fait par l'intermédiaire de Bracton qui reprend la conception du domaine que l'on retrouve dans le droit

⁵ On remarque à cet égard une conception plus généreuse du domaine public dans les États de tradition de droit civil. V. sur ce point M. SELVIN, « The Public Trust Doctrine in American Law and Economic Policy », 1789-1920, 1980 *Wis. L. Rev.* 1403 (1980), p. 1410.

⁶ V. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*.

⁷ V. C. M. ROSE, « The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property » (1986). *The University of Chicago Law Review*, vol. 53 n° 3, Faculty Scholarship Series. Paper 1828.

⁸ *Ibidem*, p. 712.

⁹ V. sur ce point P. DEVENNEY, *Title, Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, p. 21.

romain. Pour Patrick Deveney, Bracton ne serait pas une source sûre sur ce point, il ne refléterait pas réellement l'état du droit à cette époque. Lorsque Bracton énonce que la mer et les côtes appartiennent à tous, reprenant ainsi la règle issue du droit romain, il décrit certainement ce qu'il souhaiterait, et pas la réalité du droit de l'époque. Bracton écrit en effet au XIII^e siècle : « Toutes les rivières et les ports sont publics, si bien que le droit d'y pêcher appartient à tous »¹⁰.

Quelle que soit l'exactitude de cette description, il est clair en tout cas que l'idée d'inaliénabilité n'est pas présente. Maitland et Pollock ont ainsi bien observé qu'à cette époque aucune distinction n'est faite encore entre les biens que le Roi détient en propre, en tant que personne privée, et ceux qu'il détient en tant que Roi. « La nation, l'État ne sont pas personnifiés ; aucune terre n'appartient à la nation ou à l'État »¹¹. L'idée de domaine inaliénable ne peut pas émerger avant que la personne du Roi ne soit distinguée clairement de la Couronne. Or, à cette époque tout le domaine public maritime appartenait à la Couronne et celle-ci pouvait en disposer comme elle l'entendait. À lire Maitland, la situation des terres du Roi est ambiguë : le roi pouvait certes céder ses terres. Cependant, Maitland ajoute, qu'il ne pouvait pas le faire selon son bon plaisir : « Le principe que le Roi serait le gardien (*trustee*) de ces terres pour la nation ne se développa que très lentement »¹². Maitland avance cet argument pour expliquer la difficulté de distinguer les deux corps du roi en Angleterre : « alors que l'ancienne croyance dans le caractère électoral de la royauté anglaise continuait à survivre, c'était l'absence de toute définition claire de qui étaient les électeurs, couplée avec une acceptation des revendications héréditaire de chaque nouvel héritier du trône, qui empêcha une distinction juridique de se développer entre les terres de la Couronne et celles du Roi ».

Ce n'est donc pas étonnant que la première pierre vers la réaffirmation des droits du public fut posée par la Magna Carta, qui remet la liberté au centre de l'utilisation du domaine en Angleterre (exactement pourrait-on dire comme la Révolution française plus tard supprimera les péages et remettra la liberté au centre). L'apport de la Magna Carta à la domanialité publique n'est donc pas qu'elle emporterait une dissociation entre la personne du Roi et la Couronne – ce qu'elle se garde bien de faire –, mais d'affirmer l'importance de la liberté.

La Grande Charte de 1215 contient de nombreux articles dont l'effet est de libérer l'usage des rivières, des forêts. Et le *common law* a bâti sur cette première pierre l'édifice de la liberté sur le domaine public. La Grande Charte prohibait

¹⁰ V. H. DE BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, 4 vols., ed. G. E. Woodbine, transl. S. E. Thorne, disponible en ligne sur Bracton Online (<http://bracton.law.harvard.edu>), spéc. vol. 2 « Of things ».

¹¹ V. F. Pollock & F. W. Maitland, *The History of English Law*, Washington, Lawyers Literary Club, 1959, 2nd ed. vol. 1, p. 518.

¹² F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, W. S. Hein, 2006, p. 430.

l'édification de « barrage à poissons » (article 23), le *common law* va étendre l'effet de cette disposition à l'ensemble des obstructions à la liberté de navigation. Dans l'arrêt de 1701, *Rex v. Clark*, Chief Justice Holt déclara que l'obstruction de la navigation sur les rivières était contraire à la Grande Charte. Un autre article a pu jouer un rôle important. L'article 16 interdit au Roi de placer les rivages des cours d'eau « en défense ». Les Rois avaient en effet pour habitude de placer certaines rivières « en défense », c'est-à-dire d'interdire la pêche et la chasse aux oiseaux dans la rivière. Cette disposition a été interprétée par les cours comme empêchant le roi d'accorder des droits exclusifs de pêche sur certaines rivières¹³.

Il faut interpréter ce développement d'une part comme un jalon important dans la reconnaissance de la liberté sur le domaine public en Angleterre, et d'autre part comme une condamnation de l'appropriation privée du domaine public, en tant que celle-ci gêne la liberté de circulation.

Bracton et la Grande Charte ne doivent pas dissimuler la réalité : le domaine public maritime et fluvial en Angleterre à cette époque était approprié par les seigneurs. L'histoire postérieure est celle d'un combat entre la Couronne et les seigneurs sur la propriété de ces espaces. Au Moyen Âge ces espaces n'avaient pas d'importance si bien que les titres de cession de terres par le Roi ne mentionnaient que très rarement les rivages et les côtes. Le conflit éclata donc sous le règne d'Élisabeth I avec le pamphlet d'un de ses courtisans, Thomas Digges, affirmant, sur la base du droit romain et de Bracton, que dans le silence des titres en question ces espaces appartenaient à la Reine : « Les choses qui sont laissées en commun par les lois de la nature sont la propriété propre et particulière du souverain, par les lois de ce royaume »¹⁴. Cette théorie suscita l'ire des seigneurs qui portèrent le litige devant les tribunaux, sans succès. La première décision qui accepta la théorie de Thomas Digges est *Attorney-General v. Philpott*, dans laquelle le roi Charles Ier dicta l'opinion (l'arrêt ne fut d'ailleurs jamais publié). Cette décision lui valut certainement sa décapitation pour avoir, comme on le lit dans les Remontrances, « porté atteinte aux droits des hommes sous couvert d'une prétendue propriété du roi sur les terres situées entre les niveaux haut et bas de l'eau »¹⁵.

La théorie ne fut acceptée finalement par les tribunaux qu'au milieu du XVII^e siècle, ce qui signifie donc *a contrario* que la Couronne pouvait céder ces espaces si elle le souhaitait, pourvu qu'elle l'exprimât clairement dans le titre de cession.

¹³ V. P. DEVENEY, art. préc., p. 40.

¹⁴ T. DIGGES, Arguments proving the Queenes Majesties propertye in the Sea Landes, and salt shores thereof, and that no subiect cann lawfully hould eny parte thereof but by the Kinges especiall graunte, cité par P. DEVENEY, art. préc., p. 42.

¹⁵ Article 26 de la Grande Remonstrance présentée à Charles I le 1^{er} Décembre 1641, cité par P. DEVENEY, art. préc. p. 42.

Au XVII^e siècle la théorie du domaine public anglais connaît un nouveau progrès avec le traité de Lord Hale *De Jure Maris*, dont l'influence sera considérable en Angleterre comme aux États-Unis. Il accepte la théorie de Digges (selon laquelle la propriété des riverains sur ces espaces ne se présume pas) et offre une lecture du droit de cette époque. Hale ne remet pas en question le pouvoir du Roi de céder les rivages et les côtes à des personnes privées.

L'apport de Hale est pourtant décisif. La construction de la domanialité publique, à partir de cette époque, ne va pas prendre la forme de l'appropriation, mais de la juxtaposition des droits sur ces espaces. En élaborant la notion de *jus publicum*, c'est-à-dire des droits du public sur ces espaces, il permet de contrecarrer les effets de la propriété. Lorsqu'il analyse les différents droits qui coexistent sur les ports, il distingue trois intérêts différents :

- le *jus privatum* qui correspond en réalité au titre de propriété qui peut être indifféremment celui de la Couronne ou d'une personne privée ;
- le *jus regium* qui correspond au pouvoir de police dont dispose le Roi sur ces espaces pour assurer la sécurité et le bien-être du public, ce pouvoir est inaliénable ;
- enfin, il dégage un troisième droit, le *jus publicum*, qui correspond aux différents droits du public.

Concernant le *jus publicum* dans les ports, Hale considère qu'il s'agit essentiellement d'un droit de navigation : « *The people have a publick interest, a jus publicum, of passage and repassage with their goods by water, and must not be obstructed by nuisances or impeached by exactions.... For the jus privatum of the owner or proprietor is charged with and subject to that jus publicum which belongs to the king's subjects ; as the soil of an highway is, which though in point of property it may be a private man's freehold, yet it is charged with a publick interest of the people, which may not be prejudiced or damnified* »¹⁶.

On voit sous la plume de Hale comment l'introduction de la notion de *jus publicum* permet de surmonter le problème de la propriété privée de ces espaces. Il affirme en effet que la propriété privée des ports ou d'une rivière navigable « ne fait pas disparaître le *jus publicum* du port qui doit être libre et sûr d'accès aux marchands (...) même s'il appartient à un sujet du point de vue de la propriété. S'il y a une voie commune sur mes terres, la propriété privée que je détiens sur ces terres ne me permet pas de nuire au public qui emprunte ces voies ; et si je commets de tels actes nuisibles je dois être puni par le Roi qui est le *vindex et defensor jurium publicorum* »¹⁷.

¹⁶ Lord HALE, *De jure Maris*, p. 336, cité par P. DEVENEY, art. préc., p. 46.

¹⁷ *Ibidem*, p. 355.

L'innovation supplémentaire de Hale est de considérer que le *jus publicum* ne peut être supprimé par le Roi. Le Roi ne peut autoriser de dérogation au *jus publicum* : « Le Roi ne peut autoriser quiconque à nuire ou à continuer de nuire à la circulation dans un port, comme sur une route »¹⁸. L'apport de Hale est donc important, mais la portée est tout de même limitée, car le *jus publicum* se limite à un droit de navigation (il exclut par exemple le droit de pêche) et il rejette par exemple la définition du domaine public maritime et fluvial du droit romain. Il accepte aussi la possibilité pour les riverains d'interdire l'amarrage et le halage sur le bord des rivières. Pour Patrick Deveney, Hale n'introduit pas non plus l'idée de *public trust*. Cependant, ce jalon intellectuel est important, pour la reconnaissance, au XVII^e siècle, des droits du public et de l'inaliénabilité de ces droits, opposables même au Roi.

L'idée d'inaliénabilité ne va donc progresser que lentement et plus sous le coup des événements que par des progrès théoriques. C'est en réaction aux largesses incroyables de sols sous la mer de Charles II (1660-1685) et Jacques II (1685-1688) et, après la Glorieuse Révolution, de celles de Guillaume III — dont l'étendue a manqué de causer la banqueroute de la Couronne — c'est en réaction à ces largesses que le Parlement a passé en 1701 une loi déclarant nulle toute cession de terre pour une durée de plus de 31 ans (1689-1702). Cette loi n'a pas été votée pour renforcer les droits du public, mais pour protéger les revenus du Roi qui provenaient essentiellement de ses biens.

Une première distinction entre la personne privée du Roi et la Couronne n'apparaît véritablement qu'en 1800. Le Parlement vote alors une loi autorisant le roi à aliéner les terres achetées sur ses deniers propres. Avec cette loi, une première séparation est faite entre les biens propres du Roi, que celui-ci peut aliéner, et ceux qui appartiennent à la nation. Selon Maitland, la distinction était encore tenue à son époque, il écrit dans les années 1880¹⁹.

Ce n'est qu'au XIX^e siècle que l'on voit apparaître l'expression « *public trust* » pour justifier le mode de rapport particulier de l'État, de ces espaces et du public. On lit ainsi, sous la plume de Joseph Angell, « le roi n'a d'autre titre juridique aux droits de pêche et de navigation que ceux qui lui reviennent en tant que protecteur du public et des droits du public. D'où il résulte que le roi n'a pas d'autorité pour attribuer un droit exclusif de pêche dans la mer ou pour faire quoi que ce soit qui pourrait limiter la navigation »²⁰. On signalera en passant que la notion de protecteur n'est pas une idée dépourvue d'histoire. Le lord protecteur

¹⁸ *Ibidem*, p. 338.

¹⁹ F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, London, Cambridge University Press, 1961, p. 430-32.

²⁰ A treatise on the right of property in tide waters and in the soil and shores thereof, 1826, p. 33-34.

était le chef du gouvernement. Plusieurs célébrités ont porté ce titre, dont Cromwell.

En d'autres termes, la théorie du « *public trust* » attribue au public des droits sur le domaine public comme les rivages ou les rivières, droits qu'aucun droit de nature privé (celui du Roi ou de toute autre personne privée) ne peut remettre en question. Le Roi est le *trustee* de ces droits publics, mais il ne peut se les approprier.

Au total, cette théorie ne se développe pas en une théorie de l'appropriation publique, de la propriété publique comme en droit français où la propriété publique est le soubassement nécessaire de la domanialité, mais en une théorie des servitudes (*easements*) qui réservent au public certains droits en limitant la propriété privée. Cette théorie n'empêche pas non plus, en Angleterre au moins, l'idée d'inaliénabilité. À la rigueur les servitudes au public seront inaliénables, mais l'aliénation de biens publics, fussent-ils du domaine public naturel, n'est pas interdite.

L'utilisation de la servitude devient pour les tribunaux le moyen de protéger le *public trust* pour plusieurs raisons. On remarquera d'ailleurs, juste pour le plaisir des correspondances, que l'idée de servitude grevant la propriété a pu séduire certains auteurs en France pour expliquer la domanialité publique²¹.

D'une part, au XIX^e siècle et avec le règne du laisser-faire, la propriété privée et la main invisible sont considérées comme la panacée et la propriété publique n'est même pas envisagée comme une option possible. L'idéologie du laisser-faire n'aime pas la propriété publique, car, pour elle, toute propriété doit avoir un titulaire identifié. Comme l'explique Jan S. Stevens « au XIX^e siècle, les tensions

²¹ V. G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942 ; R. CAPITANT, note sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, D. 1933. III. 49 ; SALEILLES, « Des questions de domanialité dans leur application aux objets mobiliers », in *Revue bourguignonne d'enseignement supérieur*, 1891, p. 635 et suiv. ; V. la critique d'A. DE LAUBADÈRE, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », n° 1 janvier-mars, 1950, p. 5-28. Le droit français n'est pas exempt de tels raisonnements qui imposent de concilier la propriété privée d'un ouvrage pourtant affecté à l'usage de tous. On trouve ainsi dans la jurisprudence relative à certains canaux cette règle : « la Cour de cassation et le Conseil d'État sont aujourd'hui pleinement d'accord à ce sujet, et il n'est plus contesté que les canaux concédés avant la Révolution ont eu, dès l'origine, le caractère d'une propriété privée, mais d'une propriété qui était grevée d'une *affectation perpétuelle à la navigation* (Req. 7 nov. 1865, D. P. 66. 1. 254 ; 11 nov. 1867, D. P. G8. 1. 426 Cons. d'État 10 avr. 1860, *Canal du Midi*, D. P. 60. 3. 54). » (R. MAYER, in note sous Conseil d'État, 30 mars 1928, *Min. des travaux publics c. Esquirol*, D. 1929 III 13). L'arrêt *Esquirol* précise ainsi : « Considérant que si le canal du Midi, concédé antérieurement à la Révolution, avait, avant son rachat par l'État, le caractère d'une propriété privée, celle-ci était grevée d'une affectation perpétuelle au service de la navigation qu'en conséquence, le concessionnaire ne pouvait soumettre le canal et ses dépendances qu'aux servitudes compatibles avec la destination publique de ces ouvrages » (Conseil d'État, 30 mars 1928, *Min. des travaux publics c. Esquirol*, D. 1929 III 13, note MAYER).

montent entre l'ancien concept des droits du public sur le lit et les berges des eaux et le nouveau concept que toute propriété devrait être mise en usage et développée. Pendant le soi-disant « âge d'or » de la fin du XIX^e siècle, une politique généreuse d'aliénation des terres publiques s'étendit aux lits des eaux souveraines de manière indiscriminée. Une pression croissante se développa dans ces années pour transférer les voies navigables publiques entre des mains privées »²².

D'autre part, les tribunaux n'auraient pas pu les exproprier, étant donné l'ampleur de la propriété privée sur ces espaces. L'opposition politique aurait été nette, un roi y perdit même la vie. Le choix du *common law* est donc de garder la propriété privée de ces espaces en la grevant de droits publics. Un auteur parle même d'une stratégie du salami, selon laquelle, progressivement, en grevant la propriété privée de ces espaces de servitudes, les tribunaux auraient peu à peu vidé la propriété privée de sa substance, une expropriation de fait sans expropriation de droit.

Par ailleurs, l'idée d'inaliénabilité n'a pu s'imposer, car la souveraineté du Parlement, qui s'est substitué à celle du roi, s'oppose à ce que les pouvoirs de celui-ci puissent être limités.

Aux États-Unis cependant, le régime des biens publics va prendre une autre voie.

II. LE DEVENIR DE LA DOCTRINE AUX ÉTATS-UNIS

Le pouvoir du Roi sur ces espaces est passé, avec la Révolution, au peuple américain qui l'exerce par l'intermédiaire de ses représentants. Un arrêt de la Cour suprême de 1894 (*Shively v. Bowlby*²³) résume bien la situation : le domaine public maritime appartient, d'après le *common law*, au Roi, à moins que cette propriété n'ait été transférée à des personnes privées par un titre exprès, par prescription ou usage et sujet aux droits publics de navigation et de pêche. Or, avec la révolution américaine, la propriété de ces espaces a été transférée aux États de l'Union. Le régime de ces biens est gouverné par les lois de ces États et le droit fédéral a très peu de choses à en dire. Une chose est certaine cependant est le caractère inaliénable des droits du public.

L'émergence de la notion de *public trust* suit plusieurs jalons jurisprudentiels que nous allons essayer de suivre.

²² V. J. S. STEVENS, « Public Trust: A Sovereign's Ancient Prerogative Becomes the People's Environmental Right », 14 *U. C. Davis L. Rev.* 195 (1980-1981), spéc. p. 210.

²³ *Shively v. Bowlby*, 152 U.S. 1, 13 (1894)

Patrick Deveney explique que la notion apparaît aux États-Unis sous l'influence des idées jusnaturalistes²⁴. L'idée que ces espaces, et notamment les côtes, appartiennent à tous prend de plus en plus d'importance dans ce pays au XIX^e siècle. Il faut ajouter à cela que le XIX^e siècle voit s'affirmer, en Angleterre comme aux États-Unis, la distinction entre les fonctions publiques et privées du Roi. Cependant, aux États-Unis, cette distinction prend une autre tournure à cause de la révolution. La révolution fait en effet entrer le peuple dans l'équation du domaine public puisque, comme le disent de nombreux arrêts : « avec la révolution les peuples de chaque État sont devenus, eux-mêmes, souverains »²⁵.

Le droit romain eut aussi une influence à travers le traité de Proudhon, *Traité du domaine public ou De la distinction des biens*, souvent cité par les cours américaines au XIX^e siècle. L'autre source importante est Lord Hale.

L'introduction de la notion dans la jurisprudence américaine des États daterait de l'arrêt *Arnold v Mundy*²⁶. L'opinion du juge Kirkpatrick, de la Cour suprême du New Jersey, indique très clairement comment le droit de la domanialité publique a évolué et comment les principes de *common law* concernant la propriété publique doivent être repris aux États-Unis. L'affaire concernait le droit de propriété d'un ostréiculteur sur le lit d'une rivière dans laquelle il exerçait son métier.

Le juge commence par décrire, dans un style très lyrique et pratiquant la méthode de l'accumulation, le fondement et les règles d'utilisation du domaine : « Je suis de l'opinion que, par la loi de nature, qui est le seul fondement vrai de tous les droits sociaux ; par le droit civil, qui régissait autrefois presque tout le monde civilisé, et qui est toujours la base du régime politique de presque chaque nation en Europe ; et par le *common law* de l'Angleterre, dont nos ancêtres s'enorgueillissaient, et dont il serait bon que nous ayons un respect plus sacré ; je dis que je suis d'opinion que, pour toutes ces raisons, les rivières navigables, où la marée baisse et monte, les ports, les baies, les côtes de la mer, y compris l'eau et la terre recouverte par cette eau, pour les besoins de la circulation, de la navigation, de la pêche, de la chasse aux oiseaux, de la subsistance, et de toutes les autres utilisations de l'eau et de ses produits... sont communes à tous, et que chacun a le droit d'en profiter selon son plaisir, dans la mesure où cet usage est conforme aux lois qui règlent cette utilisation ; que la propriété de ces espaces appartient en effet au souverain, mais qu'il ne peut l'exercer que dans l'intérêt de

²⁴ P. DEVENEY, art. préc., p. 52.

²⁵ *Martin v. Waddell*, 41 U.S. (16 Pet.) 367,410 (1842), cité par P. DEVENEY.

²⁶ V. l'avis à ce sujet de M. C. BLUMM, « The Public Trust Doctrine— A Twenty-First Century Concept », 14 *Hastings W-Nw. J. Envtl. L. & Policy* 105 (2005). La référence de l'arrêt est : *Robert Arnold v Benajah Mundy* 6 N. J. L. 1 (1821).

l'ordre et de la protection, pas pour son usage personnel, mais pour l'usage du citoyen »²⁷.

Le juge Kirkpatrick identifie dans cette opinion le fondement de la domanialité publique, que l'on trouve dans le droit romain et dont l'existence s'impose en vertu du droit naturel et du *common law*, il indique aussi la consistance de ce domaine ainsi que le problème du décalage entre la propriété, que détient le souverain, et l'utilisation du domaine qui doit être un espace de liberté pour le citoyen. Le pouvoir du souverain sur ces espaces est nécessairement limité par l'unique titulaire de l'affectation, les citoyens.

Il continue son jugement en expliquant l'histoire de l'appropriation par les rois et les barons anglais de ces espaces communs, développement auquel la Grande Charte de 1215 aurait mis fin : « la Grande Charte (...) qui n'était rien d'autre qu'une restauration des droits de *common law*, bien qu'elle n'ait pas annulé [l'appropriation fautive du domaine public], a permis de restaurer en cela les principes du *common law* et, depuis lors, aucun roi d'Angleterre n'a eu le pouvoir d'aliéner ces droits communs à tous, et de priver de ce fait les citoyens de la jouissance de ces biens »²⁸.

Le juge explique ensuite comment cette règle s'est transportée aux États-Unis : « Je suis de l'opinion que, quand Charles II a pris la possession de ce pays, en vertu du droit de découverte, il en a pris la possession en sa qualité de souverain ; qu'il a donc le même droit et le même pouvoir sur ces biens que ceux dont il bénéficie sur ses autres territoires, et rien de plus ; que ce droit comprenait celui d'accorder des terrains à des personnes privées, pour les besoins de l'installation et de la colonisation de ces terres, d'établir un gouvernement, d'entretenir un gouverneur et de lui conférer tous les attributs de la souveraineté, généralement appelés droits régaliens, au profit des colons, qui sont venus ici investis de tous les droits et privilèges essentiels attachés aux sujets par la constitution britannique ; mais je suis de l'opinion qu'il ne pouvait pas, et qu'il n'a pas accordé ces terres en les convertissant en des propriétés privées ; que la souveraineté sur les rivières, ports, baies, et côtes a été concédée par le Roi au duc d'York, en tant que gouverneur de la province, exerçant l'autorité royale, pour le bien public, et pas en tant que propriétaire du sol, et pour son usage personnel »²⁹.

L'arrêt a une portée significative, car il a servi de fondement à un arrêt de la Cour suprême, dans une affaire similaire (*Martin v. Waddell's Lessee* de 1842³⁰). Il s'agissait aussi d'un conflit sur la propriété d'un parc à huîtres dans la Raritan

²⁷ *Robert Arnold v Benajah Mundy* 6 N. J. L. 1 (1821).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ 41 U.S. (16 Pet.) 367 (1842).

Bay. La propriété de ces espaces avait été cédée par le Roi Charles II au Duc d'York qui l'avait ensuite cédée à 24 propriétaires, par lettre patente. Chief Justice Taney commente dans son opinion la spécificité du droit du Roi sur ces espaces : « Le pays mentionné dans les lettres patentes [l'État du New Jersey], était détenu par le roi dans sa qualité publique et royale comme représentation de la nation, et en *trust* pour elle... L'empire et la propriété des voies navigables et des espaces sous ces eaux, étant détenu par le roi en *trust* pour le public (*public trust*), la cession à un individu d'un droit de pêche exclusif sur une portion de ce domaine, est retirée du fonds commun confié (*intrusted*) à son soin pour le bénéfice commun »³¹. Le juge Taney fait une distinction qui allait devenir importante entre deux types de droits sur ces espaces en question : les droits gouvernementaux et les droits privés. Cette solution est critiquée par Henry Philip Farnham³² ainsi que par Patrick Deveney³³. Il s'agit pour le dernier auteur d'une confusion avec les trois types de droits dégagés par Hale.

Avec ces arrêts, une distinction apparaît donc nettement dans le droit américain entre deux types de possession : une possession que les arrêts qualifient de souveraine, de gouvernementale, et une autre de propriétaire ou privée. On la retrouve dans un arrêt *Bell v. Gaugh*³⁴.

Finalement, la jurisprudence en est venue à distinguer divers types de pouvoirs sur ces espaces : un pouvoir dont le fondement est la police et un autre dont le fondement est le droit de propriété. Seul le premier est inaliénable selon le droit fédéral, ce que confirmera l'arrêt *Illinois Central Railroad v Illinois*, que nous commenterons plus loin.

Le poids de l'histoire explique la manière dont l'Angleterre et les États-Unis se sont arrangés avec la domanialité publique. En l'absence de moyen pour revenir sur les aliénations consenties par les différents rois, Lord Hale et la jurisprudence à sa suite vont distinguer différents droits qui doivent se concilier, quelle que soit la nature privée ou publique du bien. Le *jus publicum*, que Hale limite au droit de navigation sur les eaux et qui correspond au droit de circulation sur terre, sera garanti même contre les propriétaires privés. De même le pouvoir de police sur ces espaces ne souffrira pas de limitation.

Quels sont à présent les caractères du *public trust* ?

Qui peut les aliéner ? Les tribunaux affirment que la propriété de la Couronne a été transférée aux parlements des États. Cependant, dans certains

³¹ *Ibidem*, p. 409-411.

³² H. P. FARNHAM, *The Law of Waters and Water Rights : International, National, State, Municipal, and Individual, Including Irrigation, Drainage, and Municipal Water Supply*, Volume 1, Lawyers Co-operative Publishing Company, 1904, p. 201-202.

³³ P. DEVENEY, art. préc., p. 58.

³⁴ 22 N. J. L. 441,457-58 (Sup. Ct. 1850).

États, une seconde théorie apparut selon laquelle même le législateur ne pouvait aliéner ces espaces. On remarquera ici la force de la théorie du *public trust* puisqu'elle est opposable, dans certains arrêts, au législateur lui-même, ce qui en fait un principe de valeur supra-législative³⁵. Cependant, il ressort de la jurisprudence que l'inaliénabilité de porte pas directement sur le bien, mais sur les pouvoirs de police qui s'exercent nécessairement sur ce bien.

L'arrêt *Arnold v. Mundy* de 1821, commenté plus haut, impose pour la première fois une limite au pouvoir du législateur d'un État d'aliéner certains biens publics. L'aliénation de biens publics, dans cette affaire, fut considérée comme privant les citoyens de l'État du New Jersey de leur « droit commun »³⁶ sur ces espaces.

L'arrêt le plus significatif, car de la Cour suprême, est l'arrêt *Illinois Central Railroad v Illinois*³⁷. Dans cette affaire le parlement de l'Illinois avait accordé à une compagnie de chemin de fer des terrains submergés tout le long de la côte de Chicago, s'en était repenti et s'était finalement dédit. La question devant la Cour suprême portait donc sur la validité de l'aliénation initiale : si elle était bien valide, le parlement ne pouvait se dédire sans compensation. D'après la cour elle était bien révocable, car le parlement ne pouvait aliéner ces terrains de manière permanente, car ils sont détenus en *trust* par l'État. Une telle aliénation serait nulle d'après le juge Field. Pour la cour l'aliénation en question était équivalente à une aliénation des pouvoirs de police. En effet dans l'arrêt *Stone v Mississippi*³⁸ la Cour suprême a interdit la délégation des pouvoirs de police.

Le juge Field commence par rappeler, dans un langage qui rappelle celui de l'arrêt *Arnold v. Mundy* la nature du *public trust*. Celui-ci appartient au peuple, le gouvernement en est le *trustee*, et il consiste en différents intérêts protégés :

« [Le titre de l'État de l'Illinois sur les terres immergées du Lac Michigan] est un titre qu'il détient en *trust* pour le peuple de cet État afin qu'il puisse profiter de la navigation sur ces eaux, les emprunter pour commercer, y jouir de la liberté de la pêche sans en être empêché par les obstacles ou les difficultés opposés par des personnes privées. L'intérêt que le peuple détient dans la navigation ou le commerce sur ces eaux pourrait être dans de nombreux cas amélioré par l'érection de quais, de docks et de pontons pour lesquels l'État peut céder des parcelles de terre submergées ; et, pour autant que la cession sert bien cet objectif, aucune objection valide ne peut être opposée à la cession. Il s'agit de cessions de parcelles de terre sous les eaux navigables, qui peuvent servir de fondation pour

³⁵ V. C. M. ROSE, « The Comedy of the Commons : Commerce, Custom, and Inherently Public Property », art. préc., p. 736.

³⁶ 6 N. J. L. 1 (1821).

³⁷ 146 U. S. 387 (1892).

³⁸ 101 U. S. 814 (25 L. Ed. 1079).

les quais, les pontons et les docks ainsi que pour les autres structures favorables au commerce, et il s'agit de cessions de parcelles qui, lorsqu'elles sont utilisées, ne rentrent pas en conflit avec l'intérêt que le public détient sur les terres et les eaux adjacentes, c'est pourquoi de telles cessions sont considérées dans la jurisprudence comme un usage correct du pouvoir législatif, compatible avec l'idée que l'État détient ses espaces en *trust* pour le public. Mais il s'agit ici d'une doctrine très différente de celle qui accepterait l'abdication du contrôle général de l'État sur les terres immergées de tout un port, d'une baie, d'une mer ou d'un lac... Le *trust* que l'État détient pour le public lui confère une mission dont il ne peut s'acquitter que par la gestion et le contrôle des biens sur lesquels le public possède un intérêt, ne peut pas être abandonné par un transfert de propriété. Le contrôle de l'État pour les besoins du *trust* ne peut être aliéné, sauf pour les parcelles qui peuvent être utilisées pour y promouvoir les intérêts du public, il ne peut être non plus cédé sans nuire de manière importante à l'intérêt du public pour les terres et les eaux restantes »³⁹.

Il réduit ensuite la portée de ce *trust* :

« L'abdication du contrôle général de l'État sur les terres placées sous le niveau des eaux navigables de tout un port ou de toute une baie, d'une mer ou d'un lac, n'est pas en accord avec l'exercice du *trust* qui impose au gouvernement de l'État de préserver ces eaux pour l'usage du public. Le *trust* dévolu à l'État pour le public et dont il ne peut s'acquitter que par la gestion et le contrôle des propriétés dans lesquelles le public a un intérêt ne peut pas être abandonné par le transfert de propriété. Le contrôle de l'État dans le cadre du *trust* ne peut jamais être perdu. »⁴⁰

Le fondement de l'inaliénabilité se situe donc dans la souveraineté elle-même. L'aliénation en question correspond en réalité à une abdication de l'État sur la souveraineté inaliénable qu'il doit exercer sur ces espaces.

La règle que pose Illinois Central n'a donc qu'une portée limitée. Là où les tribunaux ne verront pas de cession de pouvoir de police, le législateur peut céder des pans entiers du domaine public à des personnes privées. L'arrêt *People v. Steeplechase Park Co.*⁴¹ le dit très clairement. Il s'agissait de la cession de terres comprenant des côtes ainsi que les terres sous-marines adjacentes. Cet arrêt établit que le législateur peut céder ces espaces sans restriction.

Les limites que la théorie du *public trust* pose à la liberté d'aliéner des biens publics sont donc bien minces. La jurisprudence semble aussi ambiguë. Le *public trust* s'attache à un bien. Pourtant, il semble protéger non pas le bien et son

³⁹ Ibidem, p. 452-53.

⁴⁰ *Illinois Central R. R. v Illinois* 146 U. S. 387.

⁴¹ 218 N. Y. 459, 113 N. E. 521 (1916).

affectation à l'usage du public, mais les pouvoirs de police du gouvernement. La Cour suprême a réduit ensuite la portée de l'arrêt *Illinois Central* en jugeant que les questions de domanialité publique ne relèvent plus désormais du droit fédéral (*Shively v. Bowlby*, 152 U.S. 1 (1894)). Il y a donc désormais autant de théorie du *public trust* que d'États.

CONCLUSIONS

La doctrine du *public trust* est donc loin d'être claire. Le professeur Joseph Sax dit ainsi : « le *public trust* n'a pas de vie propre ni de contenu intrinsèque. Ce n'est rien de plus – et rien de moins – que le nom que les tribunaux ont donné à leur préoccupation envers les insuffisances du processus démocratique »⁴². La notion ne semble au final protéger que le pouvoir de police dont les biens sont le support, et non pas les biens en eux-mêmes.

Ce qui l'est en revanche c'est le mouvement, la logique qui a présidé à l'évolution. On comprend en effet quelles contraintes les juristes ont dû tenter de concilier : d'une part une situation héritée de la féodalité dans laquelle le privé et le public étaient étroitement imbriqués et où par conséquent, et bien d'immenses espaces de ce qui pour nous relève du domaine public naturel, et pour lequel nous avons d'immenses difficultés à envisager la privatisation, étaient privés. La doctrine permet donc, à la frontière du public et du privé, de forcer le propriétaire privé à respecter certains droits du public.

Cette notion peut-elle avoir une résonance pour le droit français ? L'intérêt de cette notion nous semble double.

D'une part, de manière technique, la doctrine française a pu constater que finalement les bases constitutionnelles de la domanialité publique étaient faibles. Le Conseil constitutionnel s'attache en effet à protéger les droits et libertés constitutionnels dont le domaine est le siège et pas la propriété du bien en tant que telle. Le Conseil va protéger un certain régime juridique protecteur de ces droits et libertés. N'est-ce pas au fond l'esprit de la jurisprudence de *common law* que nous avons détaillé ? Il s'agit aussi, outre-Manche et outre-Atlantique, de protéger les libertés et pas les biens⁴³.

Il nous semble que la jurisprudence américaine met l'accent sur un point qui n'est pas abordé par le Conseil constitutionnel. Dans quelle mesure l'aliénation d'un bien public peut-elle constituer une délégation du pouvoir de police ? Une

⁴² V. J. SAX, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention », 68 *Michigan Law Review* 521 (1970). V. aussi C. M. ROSE, « Joseph Sax and the Idea of the Public Trust » (1998). *Faculty Scholarship Series. Paper 1805*.

⁴³ V. E. FATÔME, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1192 et *AJDA* 2003 p. 1404 ; Yves GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 125 et s.

telle délégation serait inconstitutionnelle en droit français. Or, l'exercice des libertés publiques auxquelles les espaces publics sont affectés est justement garanti par la police administrative⁴⁴. Il semble nécessaire de reconnaître au contraire que c'est bien l'impossibilité de privatiser la police, laquelle est au fondement de l'exercice des libertés et de la souveraineté, qui constitue un obstacle au transfert de ces espaces dans des mains privées.

D'autre part, et plus fondamentalement l'intérêt de la notion de *public trust* est de tirer sa force de l'imaginaire qu'elle suscite, de cette belle notion de *trust* dont les citoyens aimeraient croire qu'elle imprègne l'exercice du pouvoir (Denis Baranger parle d'ailleurs « d'exigence morale »⁴⁵). Service public de ce côté-ci, *trust* de ce côté-là, autant de mythes différents de l'État. Mais l'avantage certain de cette notion, cohérente d'ailleurs avec l'idée d'affectation, est qu'elle indique directement l'acteur essentiel pour lequel tout le régime protecteur est construit, le citoyen.

⁴⁴ E. FATÔME, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1192. Pour Étienne FATÔME rien ne s'oppose à la privatisation de ces biens, car « l'exercice des libertés publiques auxquelles ces biens sont affectés n'implique pas leur soumission intégrale au régime de la domanialité publique (...) », pourvu que le législateur prévoie « un régime juridique spécifique dont l'application permet de garantir le respect de l'affectation de ces biens et, partant, l'exercice de la ou des libertés correspondant à cette affectation ». Étienne Fatôme ajoute « Régime dont on peut d'ailleurs penser que, au moins lorsqu'il s'agit de biens, comme les voies publiques, qui sont difficilement remplaçables dans un bref délai, il devrait être fortement exorbitant du droit commun ».

⁴⁵ V. D. BARANGER, *Parlementarisme des origines*, thèse préc., p. 45.