Les fondements de la domanialité publique aux Etats-Unis : la notion de public trust

Thomas Perroud

▶ **To cite this version:**

Thomas Perroud. Les fondements de la domanialité publique aux Etats-Unis : la notion de public trust. Le patrimoine : évolutions et acceptions possibles, Journées juridiques franco-roumaines, Editura Academiei Romane, 2014. hal-01702715

HAL Id: hal-01702715
https://hal.science/hal-01702715

Submitted on 14 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.

LE FONDEMENT DE LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE AUX ÉTATS-UNIS : LA NOTION DE *PUBLIC TRUST*

*

THOMAS PERROUD, maître de conférences à l'Université de Paris-Est Créteil,
Visiting Researcher à Yale Law School

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 Lavialle 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 public[2]. 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. 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*.

---

[1] V. C. Lavialle, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », R.D.P., 1990, p. 469.

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

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 communs[4] 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 publique étant un droit des États fédérés[5], 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 identifiable[6]. On comprend cette absence quand on lit, par exemple, l'interrogation suivante que formule Carol Rose, éminente spécialiste du droit de

---

[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).

[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 : in four books*, vol. 2. La propriété est définie comme « that sole and despotic dominion . . . over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe »).

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 (I). On étudiera ensuite les fonctions du *public trust* (II). On verra à cet égard à quel point sa genèse est obscure et son régime confus.

L'origine historique

L'origine de la théorie du *public trust* est à rechercher d'abord dans celle de la propriété publique. C'est à partir de là que l'idée de *trust* s'est construite. On verra d'abord comment l'Angleterre s'est débattue avec la propriété royale, seigneuriale puis publique (A) pour analyser ensuite comment cette tradition a été exportée outre-Atlantique (B).

L'origine de la doctrine du public trust en Angleterre

La théorie du *public trust* a une double origine selon la doctrine : une origine romaine (1), dans les *res communis*, et une origine vernaculaire pourrait-on dire, en Angleterre (2).

Le malentendu concernant l'origine romaine et son rejet

La doctrine américaine insiste beaucoup sur l'origine romaine[9], peut-être avec un but politique, car la redécouverte de la notion dans les années 60/70 aux États-Unis a répondu à un impératif immédiat : la protection de l'environnement. Il s'agissait en effet de tenter, par des actions en justice, de forcer le gouvernement à prendre des mesures positives pour protéger l'environnement. Ainsi le professeur Sax a pu écrire en 1971 : « Jadis le droit de l'Empire Romain a développé une théorie juridique connue sous le nom de "doctrine du *public trust*". Elle était fondée sur l'idée très raisonnable que certaines propriétés communes, comme les rivières, les côtes et l'air étaient détenus en *trust* par le gouvernement pour l'usage libre et sans entrave du public. Nos préoccupations contemporaines pour l'"environnement" entretiennent un lien étroit avec cette vénérable doctrine »[10]. De

---

[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. Disponible ici : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1828

[8] *Ibidem*, p. 712.

[9] On retrouve cette affirmation dans la plupart des écrits sur la notion.

[10] J. Sax, *Defending the environment; a strategy for citizen action*, New York, Knopf, 1971, p. 163-164, cité par P. Deveney, Title, Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis, 1 Sea Grant Law Journal 14 (1976).

même un autre auteur a pu écrire « Si les citoyens Romains jouissaient de ces droits, pourquoi pas nous ? »[11].

Mais en fait le droit romain n'explique pas l'inaliénabilité de ce que l'on appelle en France le domaine public naturel maritime ou fluvial en ayant recours à l'idée de fiducie. Elle est donc plus l'origine de l'inaliénabilité que de l'idée de *trust*. Mais c'est par là que tout commence. Le droit impérial qui frappe certains espaces d'inaliénabilité est au fondement du développement du *common law*. Les premiers écrivains anglais reprennent l'ancienne prohibition des aliénations contenues dans le droit romain que l'on trouve dans le code Justinien.

Cependant, les juges anglais ont rejeté clairement l'autorité du droit romain dans ce domaine. L'arrêt de principe est l'arrêt Blundell v Catterall, de 1821[12]. Blundell était propriétaire d'une seigneurie qui comprenait le rivage, les lais de la rivière Mersey ainsi que sur les droits de pêche y afférant. Le défendeur était employé dans un hôtel construit sur la seigneurie en question et il était chargé de conduire une machine permettant aux clients de l'hôtel de prendre un bain. Blundell introduit une action en *trespass* contre le défendeur et gagna. La décision fut alors portée devant le King's Bench pour savoir « s'il existe un droit issu du *common law* pour les sujets du Roi de se baigner dans la rivière et de passer sur le rivage à cette occasion, à pied et avec des chevaux et chariots (…) alors même que ces espaces sont des propriétés privées appartenant à un sujet »[13]. La réponse est négative.

Aux États-Unis, l'autorité du droit romain dans ce domaine a fait l'objet de nombreux débats. Cette autorité aurait en effet permis de réaffirmer le caractère public de ces espaces face à l'importance des appropriations privées. Le XIXe siècle a donc été émaillé de tentatives pour restaurer les principes du droit romain. On peut trouver des traces de cette tentative dans la décision Livingston v Van Ingen du New York Court of Chancery[14]. Robert Fulton, l'inventeur du premier bateau propulsé à la vapeur, et Robert R. Livingston, un des auteurs de la Déclaration d'indépendance, demandèrent une injonction pour faire cesser les atteintes au monopole que Le Parlement de l'État de New York leur avait accordé par franchise, monopole de l'utilisation des bateaux à vapeur sur les eaux publiques de la ville. Les avocats soulevèrent dans cette affaire la question de la relation entre le droit romain et le *common law* concernant la propriété de la mer et des côtes. Le juge dans cette affaire refusa la demande (sur un motif technique sans lien avec l'affaire) et en profita dans son opinion pour approuver la position du droit romain : « Quand Justinien, l'Empereur de l'Est, a conçu son code de Droit Civil, il a

[11] Note, *The Public Trust in Tidal Areas: A Sometime Submerged Traditional Doctrine*, 79 Yale L.J. 762 (1970), cité par P. Deveney, Title, *Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, 1 Sea Grant Law Journal 14 (1976).

[12] Blundell v. Catterall 106 Eng. Rep. 1190. V. le comm. de P. Deveney, Title, *Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, 1 Sea Grant Law Journal 14 (1976).

[13] Blundell v. Catterall, p. 1197.

[14] Livingston v. Van Ingen, 9 Johns. 507, 514-22 (N.Y. Ct. of Errors 1812). Nous suivons ici les analyses de P. Deveney, Title, *Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, 1 Sea Grant Law Journal 14 (1976).

reconnu que le droit à la jouissance commune de l'air et de l'eau était primordial à son autorité, et l'a accordé à tous, comme un avantage commun, tenu de la nature, ou, car nous exprimerions le même sentiment, par le Dieu de la nature »[15].

L'argument juridique tourne en fait autour de l'utilisation par les requérants du droit romain comme moyen de contester le pouvoir du législateur d'accorder des droits privés exclusifs sur des parcelles du domaine public. Les juges suprêmes de l'État n'ont donc pas tardé à rejeter cette interprétation et l'autorité du droit romain que le public tentait de faire reconnaître. Le Chief Justice Kent déclara nettement, à propos de l'affaire Livingston, qu'il n'était en aucun cas impressionné par l'argument d'une possible limitation des droits privés par le droit public et de l'impossibilité pour le législateur de l'État de concéder des droits exclusifs[16]. De même, Justice Thompson, qui deviendra juge à la Cour suprême, affirma avec force : « I am at a loss to discover any reasons why this power [to make grants in derogation of the public's rights in navigable waters] should be denied to the legislature. There is certainly no express prohibition in our constitution; nor do I see any reasons, growing out of the nature and principles of our government, for denying it this act of sovereignty .... The power of granting exclusive privileges upon land, has not been, in the least degree, questioned; and the same reasons, both principle and policy, will allow the government the exercise of analogous powers upon the waters within the jurisdiction of the state .... All of the arguments which have been urged against the policy or expediency of granting exclusive privileges in general, or the particular privilege which forms the present subject of inquiry, have been addressed to the wrong forum. They are arguments for legislative, not for judicial consideration »[17].

La doctrine du *public trust* n'est pas présente dans cette opinion, car elle n'apparaîtra en fait que plus tard.

Le développement progressif de la doctrine 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 solide[18].

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

---

[15] Livingston v. Van Ingen et P. Deveney, Title, *Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, p. 20.

[16] Mann, *The Marshall Court: Nationalization of Private Rights and Personal Liberty from the Authority of the Commerce Clause*, 38 IND. L.J. 117, 150 n.89 (1963), p. 29.

[17] Livingston v. Van Ingen, 9 Johns. p. 563, cité par P. Deveney, Title, *Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, p. 21.

[18] V. sur ce point P. Deveney, 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 : « All rivers and ports are public, so that the right to fish therein is common to all persons. The use of river banks, as of the river itself, is also public by the jus gentium [and] consequently everyone is free to moor ships to them, to fasten ropes to the trees growing there and to land cargoes upon them, just as he is free to navigate the river itself. But the ownership of the banks belongs to those of whose lands they are part, and theirs, for the same reason, are the trees growing upon them. This is to be understood of permanent rivers, for streams that do not flow uninterruptedly may be privately owned. Those things are taken to be public that belong to all people, that is, which are for the use of mankind alone. Those that belong to all living things may sometimes be called common »[19].

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 »[20]. 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 : « The notion that the King was in any

---

[19] V. H. de Bracton, *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 ».

[20] V. F. Pollock & F.W. Maitland, *The History of English Law*, Washington, Lawyers Literary Club, 1959, 2d ed. vol. 1, p. 518 : « Then again, no line is drawn, at least no marked line, between those proprietary rights which the king has as king and those which he has in his private capacity. The nation, the state, is not personnified; there are no lands which belong to the nation or to the state. The king's lands are the king's lands; the king's treasure is the king's treasure: there is no more to be said. True that a distinction is made between « the ancient demesne of the crown » and lands that have come to the king by modern title. The main import of this distinction is to be found in the strong sentiment–it is rather a sentiment than a rule of law–that the ancient demesne should not be given away and that if it be given away some future king may resume it. But even here private law affords or has afforded an analogy. It is only of late years, only since Glanvill wrote, that a tenant in fee simple has been able to utterly disappoint his expectant heirs by alienating his land; his power over land which he himself has purchased has been greater than his power over lands which have descended to him and which constitute the ancient demesne of his family. The king, who asserts a right to revoke the improvident grants of his ancestors, is relying on an antique rule of family law, rather than upon any such doctrine as that kings are trustees for the nation. The idea that a man may hold land or goods in two different capacities is not easily formed. » Les deux prestigieux auteurs citent à cet égard une formule de Britton : « Rois ausi ne porraint rien aliener des dreitz de lour coroune ne de lour reaute, qe ne soit repellable par lour successours. »

sense the trustee for the nation of these lands grew up but very slowly »[21]. Maitland avance cet argument pour expliquer la difficulté de distinguer les deux corps du roi en Angleterre : « though the old belief in the electoral character of the English Kingship long continued to survive, it was the absence of any clear definition of who were to be the electors, coupled with the general acceptance of the hereditary claims of the next heir, which prevented any legal distinction being recognized between Crown lands and King's lands »[22].

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 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 rivières[23].

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 gène 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

---

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

[22] V. J. Walter Jones, *The Early History of the Fiscus*, 43 L. Q. Rev. 511 (1927), spéc. p. 511. F.W. Maitland, *The constitutional history of England*, W.S. Hein, 2006, p. 430. V. aussi sur ce point les analyses de E. H. Kantorowicz, The King's Two Bodies: *A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1997, p. 3.

[23] V. P. Deveney, *art. préc.*, p. 40.

par les lois de la nature sont la propriété propre et particulière du souverain, par les lois de ce royaume »[24]. 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 »[25].

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.

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 »[26].

---

[24] 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.

[25] Article 26 de la Grande Remonstrance présentée à Charles I le 1[er] Décembre 1641, cité par P. Deveney, *art. préc.* p. 42.

[26] Lord Hale, *De jure Maris*, p. 336, cité par P. Deveney, *art. préc.*, p. 46.

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 marchants (…) 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* »[27].

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 »[28]. 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 ténue à son époque, il écrit dans les années 1880[29].

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

---

[27] *Ibidem*, p. 355.

[28] *Ibidem*, p. 338.

[29] F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, London, Cambridge University Press, 1961, pp. 430-32.

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 »[30]. On signalera en passant que la notion de protecteur n'est pas une idée dépourvue d'histoire. Le lord protecteur 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'emporte 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 publique[31].

D'une part, au XIX[e] siècle et avec le règne du laissez-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 laissez-faire n'aime pas la propriété publique, car, pour elle, toute propriété doit avoir un titulaire identifié. Comme l'explique Jan S. Stevens « With the advent of the 19th century, tensions increased between the ancient concept of public rights to the beds and banks of waters and the newer laissez faire concept that all property should be put to use and developed. In the so-called « gilded age » of the late 1800's, a policy of open-handed disposition of public lands often extended indiscriminately to the beds of sovereign waters. More and more pressure developed to convey the publicly owned navigable waterways into private hands »[32].

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

---

[30] A treatise on the right of property in tide waters and in the soil and shores thereof, 1826, pp. 33-34.

[31] 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.

[32] 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.

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.

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[33]) 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 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.

Patrick Deveney explique que la notion apparaît aux États-Unis sous l'influence des idées jusnaturalistes[34]. 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 »[35].

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[36]. L'opinion du juge Kirkpatrick, de la Cour suprême du New Jersey, indique très clairement comment le droit de la domanialité

---

[33] Shively v. Bowlby, 152 U.S. 1, 13 (1894)

[34] P. Deveney, *art. préc.*, p. 52.

[35] Martin v. Waddell, 41 U.S. (16 Pet.) 367,410 (1842), cité par P. Deveney.

[36] 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).

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 l'ordre et de la protection, pas pour son usage personnel, mais pour l'usage du citoyen »[37].

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 »[38].

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

[37] Robert Arnold v Benajah Mundy 6 N.J.L. 1 (1821). L'arrêt est disponible en ligne à cette adresse : http://fas-history.rutgers.edu/clemens/NJLaw/arnold1821.html (visité pour la dernière fois le 9 août 2013).

[38] *Ibidem*.

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 »[39].

Et il poursuit en indiquant clairement le titulaire du pouvoir sur ces biens : « À la Révolution, tous ces droits royaux appartiennent aux citoyens du New Jersey (...) ; les citoyens de l'État, ayant la propriété juridique et l'usufruit sur ces biens, peuvent en disposer et en réglementer l'usage (...) ce pouvoir de disposition et de réglementation peut être exercée seulement par le pouvoir législatif, qui sont les représentants du peuple »[40].

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 1842[41]). Il s'agissait aussi d'un conflit sur la propriété d'un parc à huîtres dans la Raritan 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 : « The country mentioned in the letters patent [l'État du New Jersey], was held by the king in his public and regal character as the representative of the nation, and in *trust* for them ... . The dominion and property in navigable waters, and in the lands under them, being held by the king as a *public trust*, the grant to an individual of an exclusive fishery in any portion of it, is so much taken from the common fund in*trust*ed to his care for the common benefit »[42]. 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 Farnham[43] ainsi que par Patrick Deveney[44]. 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

---

[39] *Ibidem.*

[40] *Ibidem.* Cependant, cette décision a été plus tard renversée par la Cour suprême de l'État (Gough v. Bell, 22 N.J.L. 441 [Sup. Ct. 1850], aff'd, 23 N.J.L. 624 [E. & A. 1852] ; Borough of Neptune City v. Borough of Avon-By-The-Sea, 61 N.J. 296, 294 A.2d 47 [1972]).

[41] 41 U.S. (16 Pet.) 367 (1842).

[42] *Ibidem*, p. 409-411.

[43] 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, pp. 201-202.

[44] P. Deveney, *art. préc.*, p. 58.

retrouve dans un arrêt Bell v. Gaugh[45]. Le juge Elmer affirme ainsi dans cette affaire : « The prerogative of the Crown: so far as it gave to the King the shores of the sea and of navigable rivers, rather as private property than as a sovereign right for the protection of the public, was not applicable to a distant province; (…) There is no evidence that the *jus privatum*, the right of private property in the shore to low-water mark, was ever asserted in the colony as a right of the Crown, or that it has, until recently, been claimed by the state; but there is, on the contrary, in my opinion, the strongest evidence that this right has been abandoned to the proprietors of the adjoining land from the first settlement of the province, and exercised by them to the present day, so as to have become a Common right and thus the common law ».

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* ?

Les fonctions du *Public trust*

On verra d'abord les droits du public (A) et la protection des biens (B).

Les droits du public : un ensemble de servitudes

On verra ici la multiplicité des types de servitude que les tribunaux ont pu reconnaître au public (1) pour analyser ensuite la problématique de l'accès (2).

La multiplicité des types de servitude

La théorie du *public trust* n'est pas fondée sur la propriété publique. Techniquement, les droits du public seront matérialisés par une servitude. L'inaliénabilité portera donc non pas sur le bien, mais sur la servitude. La notion de *trust* permet la reconnaissance, au cas par cas, de droits dans le chef du public, sur une propriété publique ou privée.

Si l'on étudie le rivage, au moins dix catégories d'intérêts différents ont été reconnues. Navigation, circulation, et pêche sont les premiers intérêts à être consacrés[46]. Ensuite, les juges ont pu dégager comme intérêt le commerce, le droit

[45] 22 N.J.L. 441,457-58 (Sup. Ct. 1850).

[46] V. C. M. Rose, « The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property », *art. préc.*, p. 713. V. Martin v. Waddell, 41 U.S. (16 Pet.) 366, 412-14 (1842).

de collecter le sable et les pierres, les algues et les coquillages, la baignade, la conservation et l'esthétique et l'intérêt public[47]. La Cour suprême de Californie déclara à cet égard que les droits en question devaient être flexibles et pouvoir évoluer en fonction des nécessités du temps : « The public uses to which tidelands are subject are sufficiently flexible to encompass changing public needs .... The state is not burdened with an outmoded classification favoring one mode of utilization over another .... There is a growing public recognition that one of the most important public uses of the tidelands – a use encompassed within the tidelands *trust* – is preservation of these lands in their natural state, so that they may serve as ecological units for scientific study, for open space, and as environments which provide food and habitat for birds and marine life, and which favorably affect the scenery and climate of the area »[48].

La théorie caractérise certains droits comme étant protégés complètement ou pas du tout. On a donc des droits et une intensité différenciée de protection.

Cet éclatement des droits permet de concilier des exigences contradictoires avec lesquels les premiers juges américains du XIX^{e} siècle ont dû se battre. L'exemple de la Louisiane est frappant à cet égard. Cet État a été successivement français, espagnol, puis français de nouveau avant d'être vendu aux États-Unis. Les droits français et espagnols n'étaient pas toujours en accord sur bien des points et le *common law* non plus. Une question qui s'est posée est celle de la propriété des estrans du fleuve et du delta du Mississippi. Les juges adoptèrent la position du droit espagnol qui permettait la propriété privée de ces estrans. En droit espagnol, la propriété des alluvions pouvait être transférée à des personnes privées ce qui n'est pas la position du code Napoléon. Le *public trust* permet ainsi de conserver au public des droits inviolables d'utilisation, mais pas la propriété[49].

Le droit d'accès

Le droit d'accès aux parcelles du domaine public est rappelé par de nombreuses cours des États.

En 1918, le juge Benedict rappela ce droit inaliénable du public à pouvoir accéder à ces espaces[50]. Dans cette affaire, un promoteur demandait au juge d'enjoindre une collectivité locale de cesser de l'empêcher d'ériger une barrière pour empêcher le public d'accéder à la plage, dont il s'estimait propriétaire. Le juge aurait pu refuser l'injonction en utilisant de nombreux motifs. Il saisit cependant l'occasion pour réaffirmer l'inaliénabilité de ces espaces et le droit d'accès des citoyens à ces espaces. De surcroît, l'idée de *public trust* est au

---

[47] V. C. M. Rose, « The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property », *art. préc.*, p. 713-714 ; 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. pp. 221-223.

[48] V. Marks v. Whitney 6 Cal. 3d 251.

[49] V. M. Selvin, *The Public Trust Doctrine in American Law and Economic Policy*, 1789-1920, 1980 Wis. *L. Rev.* 1403 (1980), p. 1412.

[50] V. P. Deveney, Title, *Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis, 1 Sea Grant Law Journal 13* (1976). La décision en question, rapportée par Patrick Deveney, est Aquino v Riegelman 104 Misc. 228, 171 N.Y.S. 716 (Sup. Ct. King's County 1918).

fondement de la solution : « Je souhaite que l'on comprenne bien que le fondement de cette décision est que le requérant n'a pas et ne peut pas avoir acquis un tel titre sur la terre recouverte par la marée l'autorisant à établir des barrières permanentes en travers des lais, dont l'effet serait de priver le public de son droit de circuler dessus… »[51].

Le législateur n'a pas le pouvoir, directement ou indirectement, de donner, d'accorder des droits qui sont la propriété de tous les citoyens de ce Commonwealth, car le législateur détient en *trust* ces espaces qui sont à l'usage de tous et ne détient sur eux aucun droit de propriétaire. Aucun conseil ni aucune commission n'ont le pouvoir de vendre ou d'accorder à toute personne physique ou morale, les droits et la propriété qui sont détenus en *trust* pour le bénéfice de tous les citoyens de l'État, car ces droits sont inaliénables »[52].

La protection des biens

Nous étudierons successivement la protection négative des biens publics, qui interdit à l'administration d'aliéner certains biens (1), puis nous étudierons la protection positive des biens publics qui impose au contraire à l'Administration d'agir (2).

La protection négative

Qui peut les aliéner ? Les tribunaux affirment que la propriété de la Couronne a été transférée aux parlements des États. Cependant, dans certains 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-législative[53]. Cependant, il ressort de la jurisprudence que l'inaliénabilité ne porte pas directement sur le bien, mais sur les pouvoirs de police qui s'exercent nécessairement sur ce bien.

Dans un arrêt Arnold v Mundy il était question de la validité d'un droit de propriété privée sur le rivage, titre qui aurait été conféré par le roi à l'époque où le New Jersey était une colonie de la Couronne britannique. Les juges affirmèrent à cette occasion l'impossibilité pour la couronne d'aliéner ces biens, en ajoutant que même le législateur ne pouvait les aliéner. Chief Justice Kirkpatrick affirme à cette occasion que même le législateur : « ne pouvait priver les citoyens de leur droit commun (*common right*) ». Il ajoute qu'une telle « aliénation serait contraire aux principes de notre constitution, et ne pourrait être supportée par un peuple libre ». Cette position n'a pas été confirmée par la suite.

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 »[54] sur ces espaces.

---

[51] Aquino v Riegelman 104 Misc. 228, 171 N.Y.S. 716 (Sup. Ct. King's County 1918).

[52] Aquino v Riegelman, préc.

[53] V. C. M. Rose, « The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property », *art. préc.*, p. 736.

[54] 6 N.J.L. 1 (1821).

L'arrêt le plus significatif, car de la Cour suprême, est l'arrêt Illinois Central Railroad v Illinois[55]. 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 dédi. 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[56] 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 *trust*ee, et il consiste en différents intérêts protégés :

« [The title of Illinois to the lands below the navigable waters of Lake Michigan] 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. The interest of the people in the navigation of the waters and in commerce over them may be improved in many instances by the erection of wharves, docks, and piers therein, for which purpose the State may grant parcels of the submerged lands; and, so long as their disposition is made for such purpose, no valid objections can be made to the grants. It is grants of parcels of lands under navigable waters, that may afford foundation for wharves, piers, docks and other structures in aid of commerce, and grants of parcels which, being occupied, do not substantially impair the public interest in the lands and waters remaining, that are chiefly considered and sustained in the adjudged cases as a valid exercise of legislative power consistently with the *trust* to the public upon which such lands are held by the State. But that is a very different doctrine from the one which would sanction the abdication of the general control of the State over lands under navigable waters of an entire harbor or bay, or of a sea or lake .... The trust devolving upon the State for the public, and which can only be discharged by the management and control of the property in which the public has an interest, cannot be relinquished by a transfer of the property. The control of the State for the purposes of the *trust* can never be lost, except as to such parcels as are used in promoting the interests of the public therein, or can be disposed of without any substantial impairment of the public interest in the lands and waters remaining »[57].

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

[55] 146 U.S. 387 (1892).
[56] 101 U.S. 814 (25 L.Ed. 1079).
[57] *Ibidem*, p. 452-53.

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 »[58].

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. Patrick Deveney conclut sur ce point en affirmant : « in this sense, it is not any specific property which must be held inalienably in a « sovereign mode of possession », but sovereignty itself, the duty and power to regulate and develop the public's property for the public good, which is inalienable »[59].

Un arrêt de l'État de New York fait l'application de la même règle, dans l'affaire Coxe v. State[60]. Le juge aboutit ici à la même conclusion : « The title which the state holds and the power of disposition is an incident and part of its sovereignty that cannot be surrendered, alienated or delegated, except for some public purpose, or some reasonable use which can fairly be said to be for the public benefit ».

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.[61] le dit très clairement. Il s'agissait de la cession de terres comprenant des côtes ainsi que les terres sous-marines adjacentes. C'est arrêt établit que le législateur peut céder ces espaces : « Where the state has conveyed lands without restriction intending to grant a fee therein for beneficial enjoyment, the title of the grantee except as against the rights of riparian or littoral owners, is absolute, and unless the grant is attacked for some reason recognized as a ground for attack by the courts or the use thereof is prevented by the Federal government, there is no authority for an injunction against its legitimate use ».

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 affectation à l'usage du public, mais les pouvoirs de police du gouvernement.

La protection positive

La théorie n'emporte pas en effet qu'une interdiction des aliénations. La théorie du *public trust* confère des pouvoirs à l'Administration (a). La question qui a pu se poser, en doctrine, est de savoir à quel point le *trust* a pu imposer des obligations consistant à protéger la nature de manière générale (b).

a. – Les pouvoirs de l'Administration

Le *public trust* contient des obligations positives. L'étude du domaine public terrestre, les terres publiques, illustre particulièrement bien les pouvoirs que

[58] Illinois Central R.R. v Illinois 146 U.S. 387.
[59] V. P. Deveney, *art. préc.*, p. 61.
[60] 144 N.Y. 396, 39 N.E. 400 (1895).
[61] 218 N.Y. 459, 113 N.E. 521 (1916).

confère la théorie du *public trust*[62]. Les problèmes juridiques dans ce domaine sont différents de ceux que l'on a rencontrés concernant le domaine public maritime.

Dans l'affaire Light v. United States[63], il s'agissait d'appliquer un règlement du service des Forêts imposant la détention d'un permis pour faire paître ses animaux dans les forêts nationales. Justice Lamar considéra que « les terres publiques sont détenues en *trust* pour tout le peuple des États-Unis » et que, par conséquent, « le gouvernement a le devoir et le pouvoir de protéger le domaine public contre les atteintes ». C'est aussi en recourant à cette notion de *trust* que les tribunaux ont permis à l'État fédéral d'intenter des actions contre les personnes fermant l'accès ou portant atteinte aux terres fédérales[64]. Elle permet aussi à l'État fédéral de contester les titres de cession de terres acquis frauduleusement, d'expulser les occupants du domaine (par une action en *tresspass*).

Le *public trust* justifie donc une position particulière de l'État pour défendre les intérêts du peuple américain devant les tribunaux contre les atteintes des particuliers à ces biens. Les juges sont ainsi conscients de cela et ménagent un régime particulier à certaines actions concernant le domaine public terrestre. Dans l'affaire United States v. Ruby Co.[65], le gouvernement avait engagé une action pour récupérer la propriété d'un bien qui avait été frauduleusement attribuée à un propriétaire privé. Par la technique de l'*estoppel*, dont l'effet est de garantir la sécurité juridique d'une situation, le gouvernement aurait pu être empêché de prouver son titre de propriété en justice, en raison des assurances qu'il aurait données à l'intéressé. La Cour ménage ici une spécificité lorsqu'il s'agit de biens publics, en se fondant justement sur l'idée de *trust* : « the court can refuse to apply the doctrine [of estoppel] when equity-policy considerations so demand, even though the technical elements may be present. While we recognize that we have held that estoppel may lie in cases involving title to public lands, we are also aware that policy considerations demand that it not be so applied without compelling reasons. This principle is a corollary to the constitutional precept that public lands are held in *trust* by the federal government for all of the people. Thus, while one

---

[62] V. C. F. Wilkinson, *The Public Trust Doctrine in Public Land Law*, 14 U.C. Davis L. Rev. 282 (1980-1981), pp. 280-284.

[63] 220 U.S. 523 (1911).

[64] V. C. F. Wilkinson, *The Public Trust Doctrine in Public Land Law*, préc., p. 283. L'auteur cite à l'appui de cette affirmation : « Camfield v. United States, 167 U.S. 518, 524 (1897) (upholding authority of Congress to prohibit the erection of fences on private land that would have the effect of enclosing public lands); United States v. West, 232 F.2d 694, 696-99 (9th Cir. 1956) (government could enjoin grazing that had not been statutorily authorized); Forbes v. United States, 125 F.2d 404, 408 (9th Cir. 1942) (Secretary of Interior had authority to order an abandoned well, located on public lands, to be capped at the expense of a permittee); United States v. Thompson, 41 F. Supp. 13, 15-16 (E.D. Wash. 1941) (Secretary of Interior had authority to promulgate regulations governing grazing of livestock on the public lands) ».

[65] 588 F.2d 697, 704-05 (9th Cir. 1978).

may be sympathetic with the landowners in this case, we must not be unmindful that the land involved belongs to all the people of the United States. Therefore, even if the landowners had proven all the elements necessary for estoppel, they would additionally need to demonstrate such equities which, on balance, outweigh those inherent equitable considerations which the government asserts as the constitutional *trust*ee on behalf of all the people »[66].

En somme, au niveau du domaine public terrestre la théorie du *public trust* confère au pouvoir fédéral les pouvoirs nécessaires pour défendre ces biens.

b. – Vers une défense de la nature ?

La doctrine a essayé de pousser la notion plus loin encore, pour tenter d'intégrer un but de protection de l'environnement. Le *trust* n'est-il pas en effet plus large que la protection de la propriété, et ne peut-il contenir aussi un but environnemental ? Comment le *trust* et la propriété peuvent-ils justifier de mettre à la charge de l'Administration une responsabilité de protéger la nature ?

Joseph Sax est l'auteur qui a tenté de redécouvrir cette notion pour lui donner toute sa portée, notamment pour servir un but de protection de l'environnement. Pour cet auteur la notion apparaît d'abord comme une limite aux aliénations que les personnes publiques peuvent consentir. Il essaye cependant de comprendre la spécificité du *public trust* par rapport au droit de propriété privé. Pour un juriste américain, explique-t-il, l'essence du droit de propriété est dans la protection des attentes raisonnables (*reasonable expectations*)[67]. La propriété privée correspond ainsi à ce besoin de sécurité, de stabilité. Pour Sax, le *public trust* serait alors d'empêcher la déstabilisation des attentes collectives, serait de protéger la confiance collective. Cette définition permet à Sax de faire un lien avec un certain activisme environnemental, en mettant à la charge de l'autorité publique des obligations positives. En d'autres termes, la doctrine du *public trust* ne serait pas simplement une règle emportant l'inaliénabilité, mais aussi un devoir positif de gérer ces biens dans l'intérêt du public et des ressources naturelles. Cette confiance collective impose une sécurité dans la gestion des biens communs comme les ressources naturelles : « I do believe, however, that the *public trust* doctrine should be employed to help us reach the real is sues – expectations and destabilization – whether the expectations are those of private property ownership, of a diffuse public benefit from ecosystem protection or of a community's water supply…. Our task is to identify the *trust*ee's obligation with an eye toward insulating those expectations that support social, economic and ecological systems from avoidable destablization and disruption. Less acute intrusions should be selected where feasible »[68].

Cette tentative n'a pas eu d'effet pratique en jurisprudence.

---

[66] *Ibidem.*

[67] V. J. Sax, *Liberating the Public Trust Doctrine from Its Historical Shackles*, 14 U.C. Davis L. Rev. 185 (1980-1981), pp. 186-187. Il cite comme référence pour cette affirmation : Michelman, Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation Law", 80 HARV. L. REV. 1165 (1967).

[68] V. J. Sax, *Liberating the Public Trust Doctrine from Its Historical Shackles*, préc., pp. 192-193.

CONCLUSIONS

La doctrine du *public trust* est donc loin d'être clair. 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 »[69]. 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 résonnance 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 biens[70].

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 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 administrative. 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

---

[69] V. J. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Ressource 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.
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1805.

[70] V. E. Fatôme, « A 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.

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 »[71]. 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 empêchement 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 »[72]). 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.

[71] E. Fatôme, « *A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public* », AJDA, 23 juin 2003, p. 1192.

[72] V. D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, thèse préc., p. 45.