



HAL
open science

Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique. Petites affiches, 2007, 165, pp.3. <hal-02116996>

HAL Id: hal-02116996

<https://hal.science/hal-02116996v1>

Submitted on 1 May 2019

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.



HAL Authorization

Droit public des biens

Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique

Le récent Code général de la propriété des personnes publiques, adopté par ordonnance, ne pouvait opérer la nécessaire réforme de fond du droit de la domanialité publique. En effet, la gestion domaniale moderne impose l'abandon de postulats séculaires, tels que la distinction domaine public/domaine privé ou le principe d'inaliénabilité, qui ne peut s'opérer que par la voie législative. Dans cette perspective, il apparaît qu'une étude de droit comparé et l'examen de propositions doctrinales jusque-là délaissées permettent d'envisager des solutions adaptées aux contraintes actuelles de la domanialité publique.

L'adoption récente du Code général de la propriété des personnes publiques (1) permet de régler un certain nombre de difficultés rencontrées par les praticiens du droit de la domanialité publique (2). Toutefois, avant même son entrée en vigueur, certains auteurs soulignaient les incertitudes liées aux nouvelles dispositions, ainsi que les questions restées en suspens (3). Force est donc de constater qu'une profonde réforme du droit de la domanialité publique reste d'actualité. En effet, malgré les efforts des rédacteurs, le procédé de l'ordonnance limitait nécessairement la portée des modifications envisageables et, en tout état de cause, ne permettait pas la réforme d'ampleur du droit de la domanialité publique dont les soucis, s'ils ne sont pas nouveaux, tendent à s'accroître. Les contraintes modernes de la gestion domaniale imposent une remise à plat des règles applicables.

On l'aura compris, l'objet de cet article n'est pas de faire un bilan des nouveautés apportées par le Code général de la propriété des personnes publiques, un certain nombre d'auteurs s'y étant déjà attelés de manière fort complète (4), mais plutôt de formuler des propositions en faveur d'une réforme de fond du droit domanial public.

Partant du constat de l'inadaptation patente de la dichotomie traditionnelle du droit de la domanialité publique, fondée sur une distinction entre domaine public et domaine privé des personnes publiques, et des attributs qui leur sont attachés, une approche à la fois pratique et comparatiste permet de proposer un cadre adapté au droit français de la domanialité publique, après avoir recensé les principales difficultés à résoudre.

En effet, dès lors que les difficultés liées à la gestion des dépendances domaniales des personnes publiques sont communes à l'ensemble des États occidentaux, il est intéressant de rechercher des idées de réforme hors de nos frontières. Il y a déjà plusieurs décennies, Jean Rivero avertissait : « L'administrativiste, aujourd'hui, est trop conscient des renouvellements qu'appellent, dans le droit et les institutions de l'administration, les mutations de la société et de l'État, pour se cantonner dans les certitudes, et se satisfaire de ses seuls héritages nationaux » (5). Cette approche aboutissant nécessairement à une remise en cause de la classification traditionnelle, il est par ailleurs apparu utile de revisiter certaines propositions doctrinales formulées à une autre époque et qui semble aujourd'hui répondre à certaines préoccupations de la gestion domaniale moderne (I).

Il en ressort deux concepts particulièrement intéressants : celui de **trust**, et notamment le concept de **public trust**, développé par la doctrine anglo-saxonne et la théorie de l'échelle de

la domanialité créée par Léon Duguit et perfectionnée par le doyen Jean-Marie Auby. Toutes deux paraissent en effet résoudre nombre de difficultés que la dichotomie actuelle engendre **(II)**.

Ainsi, nous tenterons de démontrer que malgré l'affirmation de Daniel Labetoulle, il n'est pas illusoire de « revendiquer à la fois l'idée d'une protection domaniale forte, au nom de la police, ou des libertés publiques ou de l'intérêt général, et revendiquer d'autre part les avantages économiques d'une exploitation en quête de rentabilité » [\(6\)](#).

I. La nécessaire réforme du droit de la domanialité publique

L'inadaptation de la distinction traditionnelle entre domaine public et domaine privé ne date pas d'aujourd'hui. En effet, la doctrine reconnaît désormais assez largement qu'elle trouve sa source dans une interprétation erronée des articles 537 et suivants du Code civil proposée par les auteurs civilistes, menés par Jean-Baptiste Proudhon. Comme le précisait Henri Barckhausen au début du siècle dernier : « Les arbres se reconnaissent aux fruits qu'ils portent. Une théorie juridique édifiée sur un contresens, en dehors de toute considération des faits et besoins sociaux, ne devait produire que des résultats peu satisfaisants à tous les points de vue, théoriques ou pratiques » [\(7\)](#) **(A)**.

Toutefois, si cette inadéquation de la classification traditionnelle a pu continuer à être ignorée jusqu'à présent, il devient de plus en plus difficile de nier que le décalage entre cette théorie et le droit positif ne cesse de s'accroître. En effet, le droit de la domanialité publique est aujourd'hui tiraillé entre deux logiques contradictoires **(B)**. D'une part, la logique économique, l'administration se comportant de plus en plus comme un acteur économique à part entière, ce qui induit une nécessaire rentabilité du domaine public. D'autre part, la revendication participative de la population et son souci croissant pour la préservation de l'environnement se font de plus en plus pressants.

A. La disqualification de la distinction traditionnelle domaine public/domaine privé

La distinction juridique entre domaines public et privé constitue l'une de ces constructions qui bien que « contestables dans leurs fondements demeurent bien établies, supportent allègrement l'affront des ans et même acquièrent, la force de l'habitude aidant, un poids et une respectabilité qui leur servent de mérites et suffisent à les mettre à l'abri d'éventuels revirements » [\(8\)](#). Bien que fondée sur un contresens **(1.)** et en décalage avec le droit positif **(2.)**, elle reste un postulat inébranlable du droit français de la domanialité publique, en témoigne sa reprise dans le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques [\(9\)](#).

1. Une distinction tronquée dès son origine

La distinction entre un domaine public et privé de l'État n'apparaît en réalité en droit français qu'au XIX^e siècle. Sous l'Ancien régime, les choses publiques forment un tout homogène appartenant au roi, le principe de la réunion des biens personnels du monarque et des biens de la couronne étant devenu définitif en 1607. Les biens sont tous soumis au même régime juridique, quelle que soit leur origine.

La Révolution n'a pas non plus été à l'origine de la distinction. En effet, le souci majeur de l'Assemblée nationale concernant le domaine public résidait dans la compatibilité entre les règles relatives au domaine de la couronne et le principe de la souveraineté nationale. L'article

8 de la loi domaniale des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 permet l'aliénation du domaine public, sous réserve de l'autorisation par le corps législatif, c'est-à-dire que sans disparaître totalement, le principe d'inaliénabilité du domaine public se trouve considérablement amoindri.

Ce changement dans le régime juridique du domaine public s'explique, selon Barrère de Vieuzac, simplement par le fait que « La nation a la propriété pleine et entière du domaine public. Cette propriété serait imparfaite si elle ne pouvait la transférer, quand les besoins de l'État l'exigent » [\(10\)](#).

Seuls quelques biens sont exclus du champ d'application de l'article 8 de la loi de 1790 comme par exemple les droits régaliens ou encore les édifices appartenant à la nation et affectés à des services publics. Pour autant, il ne semble pas que le législateur ait souhaité introduire une distinction entre domaine public et domaine national, ces termes étant synonymes. « À la veille de l'adoption du Code civil, il n'existe toujours pas de distinction entre le domaine public et le domaine privé » [\(11\)](#).

Comme le démontre Odile de David-Beauregard-Berthier, les dispositions du Code civil relatives au domaine public, outre le fait qu'elles étaient une préoccupation secondaire pour les rédacteurs du Code de 1804, apparaissent comme étant très largement inspirées des dispositions de la loi de 1790.

Mais, sous l'apparence d'une réforme anodine, c'est pourtant à ce moment là que s'opère le glissement essentiel dans l'évolution de la perception du domaine public. L'importance de l'impact de cette modification peut être expliquée par deux raisons principales. D'une part, le passage du domaine national au domaine public va être interprété comme opérant une différenciation entre domaine public et domaine privé, ce qui va entraîner la dichotomie que l'on rencontre encore aujourd'hui. D'autre part, il va en quelque sorte déposséder la nation des biens publics en en transmettant la propriété à l'État.

Le changement de vocabulaire va en effet entraîner chez les premiers commentateurs civilistes du Code Napoléon un raisonnement basé sur le droit romain. Bien que son origine soit généralement attribuée à Jean-Baptiste Proudhon, c'est en réalité Pardessus qui introduit pour la première fois la distinction (en 1806), en distinguant biens publics et biens nationaux. « Il faut donc bien se garder de confondre domaine public et domaines nationaux. Les domaines nationaux sont les biens susceptibles par eux-mêmes de devenir propriétés privées et dont les produits font partie des revenus de l'État ». Soit exactement la théorie de Jean-Baptiste Proudhon.

Selon ce dernier, il existe deux critères d'appartenance au domaine public. Le premier réside dans l'affectation du bien à une utilité publique, qui équivaut à une sorte de « droit d'usage ou d'usufruit établi sur ce fonds au profit du public » [\(12\)](#). Le caractère improductif du bien constitue le second critère. Cet aspect patrimonial explique le classement des forêts nationales, productives de revenus, dans le domaine privé. Il en déduit que les biens du domaine public sont inaliénables, de manière absolue pour le domaine public naturel, durant le temps de l'affectation au service public pour le domaine public artificiel.

Toutefois, il apparaît, selon nous, que la théorie proudhonienne contient quelques faiblesses, dont une, fondamentale. En effet, comme le démontre clairement Odile de David-Beauregard-Berthier [\(13\)](#), Jean-Baptiste Proudhon base son raisonnement sur une erreur de rédaction de

l'article 539 du Code civil. Selon lui, les **res nullus** et les biens des personnes décédées sans héritiers ne peuvent pas appartenir au domaine public puisqu'ils sont susceptibles de propriété. Ils doivent donc nécessairement être rattachés au domaine de l'État, qui deviendra par la suite le domaine privé. C'est sur la base de cette erreur d'interprétation que repose toute la théorie de Proudhon et par conséquent l'introduction en droit positif de la distinction entre domaine privé et domaine public. En effet, la doctrine, puis la jurisprudence et le législateur, vont suivre Jean-Baptiste Proudhon, très certainement parce que sa théorie avait le mérite d'introduire un peu de clarté dans un domaine du droit pour le moins obscur.

Cette distinction, qui ne souffrira guère de contestations à partir de la fin du XIX^e siècle, sera parfaite par le glissement de la notion de domaine de l'État vers celle de domaine privé, rendant mieux compte de la différence de régime juridique entre les deux catégories de biens. Dès lors, seront systématiquement opposés, le domaine public _ inaliénable, imprescriptible, réservé à la satisfaction de l'intérêt général, soumis à un régime de droit public et au juge administratif _ au domaine privé qui présenterait toutes les caractéristiques inverses. Cependant, on va le voir, cette distinction toujours d'actualité est loin d'être aussi systématique.

2. Une distinction qui ne correspond à aucune réalité positive

Traditionnellement, la disponibilité du domaine, sa fonction, la nature de son régime juridique et, par conséquent, la compétence juridictionnelle pour régler les conflits y afférents constituent autant de critères présentés comme caractéristiques de la distinction entre domaine public et domaine privé. Leur pertinence paraît aujourd'hui discutable.

a) Le critère de la disponibilité du domaine

Ce premier critère, fondateur de la distinction, est discutable dans la mesure où l'effectivité du principe d'inaliénabilité s'avère superficielle et relative.

Tout d'abord, l'appartenance au domaine public et donc l'inaliénabilité du bien dépendent de son affectation à l'usage du public ou à un service public. Sa simple désaffectation entraîne donc son aliénabilité. La portée du principe est donc des plus limitées et semble même artificielle, d'autant plus lorsque c'est la personne publique propriétaire qui gère le bien. En effet, bien que devant être justifiée par l'intérêt général et devant faire l'objet d'un acte formel, la désaffectation est loin d'être insurmontable. Comme l'analysait R. de Recy à la fin du XIX^e siècle, l'inaliénabilité peut ainsi apparaître comme « purement potestative » (14). Dans ce cadre, seul le domaine public naturel paraît réellement être soumis à la règle de l'inaliénabilité, dans la mesure où, en principe, seule la cessation d'un phénomène naturel peut entraîner celle de l'incorporation au domaine public. Toutefois, les concessions d'endiguage permettent de soustraire des parcelles au domaine public naturel. Le refus par le Conseil constitutionnel de consacrer le principe d'inaliénabilité comme ayant une valeur constitutionnelle (15) témoigne par ailleurs de son caractère spécieux.

Ensuite, il ne semble pas que l'appartenance au domaine public entraîne une protection systématiquement supérieure contre l'aliénation. Ainsi, le régime des forêts, qui font partie du domaine privé des personnes publiques, est bien plus protecteur que le régime juridique de la plupart des biens appartenant au domaine public. En effet, l'aliénation d'un bien appartenant au domaine forestier suppose une autorisation législative (16), alors que pour nombre de biens

du domaine public un simple acte réglementaire suffit à déclasser le bien et permettre l'aliénation.

b) La fonction du domaine

Le domaine public serait destiné à satisfaire l'intérêt général et constitué de biens affectés à l'usage du public ou à un service public alors que le domaine privé aurait une fonction essentiellement patrimoniale. Cette affirmation peut être contredite à bien des égards dans la mesure où tous les biens affectés à l'usage du public ne font pas nécessairement partie du domaine public, tous les biens appartenant au domaine public ne sont pas pour autant affectés à l'usage du public et la gestion du domaine privé ne répond pas forcément à une logique patrimoniale.

Tout d'abord, la relation entre l'affectation à l'usage du public et l'appartenance au domaine public n'est pas systématique. En effet, le sol et le sous sol de la mer territoriale font partie du domaine public naturel sans pour autant être affectés à l'usage du public. À l'inverse, l'affectation d'une dépendance naturelle à l'usage du public ne suffit pas forcément à lui donner la qualité de domanialité publique. Il apparaît en effet que lorsque la qualification de dépendance du domaine public pose des difficultés en termes de gestion du domaine, le législateur intervient pour classer de telles dépendances dans le domaine privé, alors même que celle-ci se trouve affectée à l'usage du public. Il en est ainsi de l'inclusion des chemins ruraux dans le domaine privé par l'ordonnance du 4 janvier 1959 ou encore des forêts domaniales par le Code du domaine de l'État [\(17\)](#).

Ensuite, le domaine privé peut être le siège d'activités de services publics. Ainsi en est-il des services de lutte contre l'incendie ou des logements des offices publics d'HLM, et plus récemment, des biens immobiliers de La Poste ou d'EDF.

Enfin, la fonction patrimoniale du domaine privé n'est pas absolue. Plusieurs arguments peuvent être avancés pour la contredire. D'une part, certains auteurs s'accordent pour considérer que les parcelles du domaine privé ne servent pas uniquement des intérêts patrimoniaux par le simple fait que leurs produits abondent le budget des collectivités publiques et sont ainsi réutilisées pour le fonctionnement des services publics [\(18\)](#). Par ailleurs, bien que faisant partie du domaine privé, les chemins ruraux sont bel et bien affectés à l'intérêt général. Enfin, à l'heure du protocole de Kyoto et de la charte constitutionnelle de l'environnement, il paraît difficile d'affirmer que les forêts n'ont pas vocation à servir l'intérêt général. D'ailleurs, leur régime juridique, et notamment les conditions de leur aliénation ou de leur bornage et de leur délimitation [\(19\)](#), démontrent bien cette fonction de la forêt. En outre, il semble difficile de ne pas considérer le reboisement comme une activité d'intérêt général.

c) La nature du régime juridique et contentieux du domaine

Le domaine public serait soumis à un régime juridique de droit public et relèverait du juge administratif alors que le domaine privé serait soumis à un régime juridique de droit privé et relèverait du juge judiciaire.

Cet argument n'est guère convaincant dans la mesure où de nombreuses règles exorbitantes du droit commun s'imposent aux biens appartenant au domaine privé. « En fait, l'idée que le domaine privé ferait l'objet de ce qu'on serait en droit d'appeler une gestion privée (selon le droit privé et le Code civil) est insoutenable » [\(20\)](#). En effet, même si un certain nombre de

règles régissant le domaine privé des personnes publiques sont contenues dans le Code civil ou relèvent du droit commun (bornage, protection pénale) et que le domaine privé n'est pas soumis au principe d'inaliénabilité, ces règles subissent tellement d'exceptions et de nuances qu'il devient difficile de soutenir qu'elles constituent encore un principe. Pour n'en citer que quelques unes, on peut préciser que les aliénations à titre gratuit sont interdites, que les dettes résultant de la gestion du domaine privé sont, comme toute dette publique, prescrites par quatre années, que les biens du domaine privé sont incessibles en deçà de leur valeur, qu'ils sont insaisissables.

Par ailleurs, la gestion du domaine privé voit l'intervention régulière de nombreuses règles de droit public puisque les actes pris sont de nature administrative du fait de leur auteur, et, en tant que tels, peuvent entraîner la responsabilité de personnes publiques. On peut également mentionner les régimes particuliers pour la gestion et l'exploitation de certaines ressources naturelles d'intérêt national (forêts, mines...). De manière générale, de nombreuses prérogatives de puissance publique interviennent également dans la gestion du domaine privé : appropriation des biens vacants et sans maître, succession en déshérence, recours à la procédure de réquisition, délimitation, bornage, nationalisation, expropriation, préemption, concession de services publics ou de travaux publics.

Pléthore de règles exorbitantes du droit commun existent dans le régime juridique des biens du domaine privé. Une assimilation entre domaine privé et droit privé est donc totalement superficielle et ne correspond à aucune réalité. Au regard du régime juridique des forêts ou encore des chemins ruraux, il n'est même pas possible d'affirmer que les biens appartenant au domaine privé des personnes publiques sont soumis à des règles plus proches du droit privé que du droit public.

S'agissant de la compétence juridictionnelle, la compétence de principe de la juridiction judiciaire subit de nombreuses exceptions qui font douter de la portée réelle de la règle. Pour René Chapus, « Le régime de ce contentieux est un des plus tourmentés qui soient. Sans doute, il est fait, comme tant d'autres, d'un principe et d'exceptions. Mais le principe, celui que ce contentieux relève des tribunaux judiciaires, comporte des exceptions si nombreuses, et souvent mal explicables, dans le sens de la compétence du juge administratif, qu'on ne peut le croire que bien peu fondé et bien fragile » (21). Sans développer en détail un contentieux tortueux, il semble par conséquent bien que la compétence judiciaire ne joue pas un rôle primordial dans la distinction entre domaine public et domaine privé.

Il apparaît donc que la dichotomie actuelle, fondée sur une interprétation erronée du Code civil, ne remplit pas sa fonction. Il convient donc de rechercher une nouvelle perception du droit de la domanialité publique. Avant cela, deux préalables semblent s'imposer. D'une part, il paraît intéressant d'envisager les solutions retenues dans d'autres systèmes juridiques afin d'éviter certains écueils. D'autre part, il faut tenter de cerner les raisons des difficultés actuellement rencontrées par le droit de la domanialité publique. C'est alors seulement qu'il sera possible de faire des propositions pour moderniser un droit de la domanialité publique, en quête de réponses.

B. La délimitation de la nouvelle conception

À partir du moment où la distinction séculaire est disqualifiée, il faut trouver un autre système, lequel devra répondre aux préoccupations actuelles de la domanialité publique. Un

détour par le droit comparé permet de mieux cerner la problématique. Il sera alors possible de proposer une conception adaptée aux nécessités contemporaines de la gestion domaniale.

1. L'approche comparée

L'approche comparée doit se faire en gardant à l'esprit l'inadaptation de la distinction domaine public/domaine privé. Les solutions dans des États où cette distinction n'existe pas seront à cet égard instructives.

a) L'exclusion des systèmes juridiques inspirés du droit domaniale français

Il apparaît que nombre d'États se sont largement inspirés du droit administratif français en édifiant leur propre droit public (22). En effet, ce n'est que dans le dernier quart du XIX^e siècle que le droit administratif s'est exporté hors de France. Le droit de la domanialité publique n'a pas échappé à ce mouvement. Dès lors, la distinction domaine public/domaine privé est présente dans de nombreux droits européens ou dans des régimes où l'influence française s'est faite ressentir.

Ainsi, le droit italien de la propriété publique distingue entre biens domaniaux et biens patrimoniaux, selon une logique semblable à la distinction domaine public/domaine privé en droit français. Les biens patrimoniaux ne sont considérés comme ayant un intérêt public que de par leur valeur économique. De même, l'influence française est tout à fait perceptible dans le droit administratif belge, et particulièrement dans le droit domaniale public où l'on retrouve la distinction domaine public/domaine privé. Classiquement, le domaine public est perçu comme ayant vocation à satisfaire l'intérêt général alors que le domaine privé a une fonction patrimoniale. Toutefois, la jurisprudence belge a privilégié une conception restrictive puisque les biens affectés à un service public ne sont pas inclus dans le domaine public. Les droits grec ou encore marocain reprennent également la distinction française.

D'autres systèmes juridiques présentent, outre l'influence française, l'empreinte d'un autre droit, qu'il soit germanique ou anglo-saxon. Une mention spéciale peut être adressée au droit suisse. Inspiré du droit français mais également du droit allemand, il reconnaît trois catégories de biens publics. Tout d'abord, le domaine public regroupe les biens qui peuvent être utilisés par toute personne (les routes, les espaces naturels...). Ensuite, les biens affectés à la réalisation d'un intérêt public spécial, mais qui ne peuvent être utilisés par les administrés que par l'intermédiaire d'une activité administrative (hôpitaux, écoles, gares...) constituent le patrimoine administratif. Enfin, les autres biens (forêts, immeubles locatifs...) sont réunis dans le patrimoine financier. Cette distinction ressemble fortement à l'appréhension de la domanialité publique du nord de l'Europe. Ainsi, on retrouve le même type de partage en droit finlandais.

Toutefois, ces systèmes se révèlent d'un intérêt limité dans la mesure où ils ne diffèrent pas véritablement du système français et l'introduction d'une troisième catégorie de biens publics ne paraît pas permettre de faire sortir le droit de la domanialité publique de l'impasse constituée par la distinction actuelle. Il faut donc envisager des systèmes qui diffèrent plus sensiblement de la tradition domaniale française.

b) Les systèmes ignorant la notion d'un domaine public, soumis à des règles spécifiques

Certains systèmes juridiques distinguent droit public et droit privé mais considèrent que la réalité immobilière des personnes publiques et leurs activités immobilières ne diffèrent pas par leur nature de leur équivalent chez les particuliers. En conséquence, elles ne sont en principe pas soumises au droit public. Le droit allemand constitue l'archétype en la matière.

On ne trouve en effet pas trace dans le droit administratif allemand de la dualité domaniale présente dans la plupart des pays européens. Le droit allemand base le régime juridique des propriétés des personnes publiques sur le droit de la propriété privée, celle-ci étant grevée d'une affectation de droit public. Seule l'utilisation du bien est régie par le droit public, le droit de propriété, lui, reste un droit de propriété privée. Les droits et obligations résultant de l'affectation à l'usage du public priment ceux inhérents au droit de propriété privée. Le droit public est alors grandement présent. Mais, il n'existe pas de domaine privé des personnes publiques.

Les systèmes de **common law** se situent dans la même mouvance (23). Toutefois, l'assimilation à la propriété privée y est plus complète. Sans nier totalement la notion de domaine public, celle-ci sert le plus souvent à signaler que le propriétaire n'est pas un particulier mais une personne publique. Dans le système juridique britannique par exemple, les règles de droit privé s'appliquent le plus souvent à l'administration. Ce principe est le fruit de la lutte séculaire contre les privilèges royaux et découle de la définition du principe de légalité par la doctrine britannique, perçu comme impliquant l'absence de pouvoir arbitraire de l'administration. Une idée directrice du droit anglais est en effet que l'administration doit être, chaque fois que cela est possible, traitée comme un simple particulier. Le droit de propriété des personnes publiques ne fait pas exception à la règle.

Cependant, dans tous les systèmes juridiques étudiés, certains biens publics connaissent un régime juridique spécifique et l'interférence avec le droit public semble inévitable, eu égard à l'identité du propriétaire. Même le droit anglais n'échappe pas à cette règle en réservant un régime juridique spécifique aux biens de la couronne (24).

Il apparaît donc que vouloir assimiler propriété privée et propriété publique est une entreprise vaine car même les systèmes les plus fermés à un pouvoir exorbitant de l'administration accordent des droits spécifiques aux propriétaires publics. Dès lors, si une opposition nette et franche entre un domaine public et un domaine privé des personnes publiques n'est pas satisfaisante, une assimilation complète entre domaine des personnes publiques et droits de propriété privée n'est pas plus réaliste.

2. Un compromis à trouver entre les systèmes néolibéraux et jacobins

Ces principes étant établis, il convient maintenant de déterminer avec précision les difficultés actuellement rencontrées dans la gestion du domaine public. Il apparaît que deux logiques contradictoires s'affrontent. D'une part, l'interpénétration entre gestion du domaine public et économie de marché est de plus en plus pesante. D'autre part, le poids de l'opinion publique dans la gestion domaniale est un élément de plus en plus influent que ce soit en termes de revendication pour le développement d'une démocratie participative ou pour une protection accrue de l'environnement.

a) L'interpénétration entre gestion du domaine public et économie de marché (25)

L'interaction entre domaine public et économie n'est pas un phénomène nouveau. Cependant, si les règles juridiques relatives au domaine public ont parfois évolué pour tenir compte de l'influence croissante de l'économie, les aménagements législatifs proposés ne suffisent pas à endiguer une crise déjà bien engagée. D'autant plus que ces mesures s'avèrent le plus souvent trop timides, plutôt rigides et donc inadaptées aux difficultés rencontrées.

Il apparaît que le domaine public reste relativement hermétique à la logique économique, alors que l'administration souhaite de plus en plus favoriser une rentabilité optimale de ses propriétés. Dans ce cadre, le domaine public est devenu une propriété foncière soumise à la loi de l'offre et de la demande (26), ce qui nécessite une adaptation du régime juridique de la domanialité publique. En effet, les règles relatives au domaine public se révèlent souvent inadaptées à la logique économique et font parfois obstacle à la rentabilisation du domaine public. Plusieurs raisons peuvent être avancées.

Tout d'abord, la précarité de l'occupation domaniale fait peser un certain nombre d'incertitudes sur l'implantation de l'entreprise privée, ce qui influe sur la valeur économique de celle-ci et sur son activité. Ensuite, les difficultés pour constituer des droits réels sur le domaine public limite les possibilités pour garantir les investissements de l'entrepreneur privé. De plus, la jurisprudence a développé des théories peu adaptées à une politique de productivité du domaine public ; ainsi en est-il de la théorie de l'accessoire.

En réalité, c'est le principe d'inaliénabilité qui pose ici beaucoup de difficultés. Ainsi, par exemple, il est un frein en termes de financement d'équipements collectifs, dans la mesure où les collectivités territoriales ont souvent besoin de faire appel aux entrepreneurs privés pour assumer une partie de la charge des investissements. Toutefois, les équipements étant par la suite affectés à l'usage du public, ils seront soumis à un régime de domanialité publique. Or le principe d'inaliénabilité est problématique en ce sens que l'occupation domaniale classique sous la forme d'une concession ne met pas l'investisseur à l'abri d'une éviction et que celui-ci ne peut le plus souvent pas constituer de droits réels. Par ailleurs, le principe d'inaliénabilité constitue également un obstacle de taille, s'agissant de son incompatibilité avec le régime de la copropriété, en raison de l'aliénation des parties communes et des problèmes liés aux hypothèques.

Cette inadaptation du régime juridique a pour conséquence une tendance des personnes publiques à contourner les règles pour attirer les investisseurs privés. Deux exemples permettent d'illustrer cette affirmation.

Tout d'abord, le traitement des biens des entreprises publiques telles que France Telecom, ADP, La Poste (27) ou EDF démontrent parfaitement la logique économique engendrant un détournement des règles de la domanialité publique, du fait de l'inadaptation du régime domanial aux règles du marché. Dans le cas de France Telecom et d'ADP, il y a eu transformation de l'entreprise publique en société anonyme, avec une extension du principe d'inaliénabilité à un patrimoine privé du fait de l'affectation des biens à un service public. En effet, l'État garde un droit de regard sur l'aliénation afin de s'assurer que la cession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'exécution des obligations de service public. Dans le cas de La Poste et d'EDF, les biens restent la propriété d'une personne publique. Toutefois, malgré leur affectation au service public, ils font partie du domaine privé. Pour autant, là encore, l'État garde un droit de regard en cas de cession. Pour Yves Gaudemet, « On substitue à l'inaliénabilité une aliénabilité sous condition, sous condition d'un contrôle public du respect de l'affectation » (28).

Ces arrangements démontrent bien la crise de la notion de domanialité publique dont le cadre explose sous les coups de boutoirs du législateur et de la jurisprudence, tant sa rigidité est inadaptée aux contraintes modernes, en grande partie liées à l'internationalisation de l'économie et à l'évolution du rôle de l'État (et par là, de l'extension de la notion de service public).

Pareillement, les atteintes au régime du domaine public maritime révèlent la même difficulté pour maintenir une protection optimale des biens publics. Le domaine public maritime fait, de longue date, l'objet de mesures de déclassement contestables sous la pression du marché immobilier. Les concessions d'endiguage ont été largement utilisées pour détourner les effets du principe d'inaliénabilité, lesquels sont renforcés sur le domaine public maritime.

La situation du domaine public maritime permet par ailleurs d'illustrer l'autre élément à prendre impérativement en considération dans la rénovation du droit de la domanialité publique : la force de revendication de l'opinion publique.

b) La pression de l'opinion publique

L'accroissement des activités économiques sur le domaine public maritime et les abus auxquels il a donné lieu permet en effet de mettre en évidence un élément indispensable à prendre en considération dans le cadre d'une étude du droit de la domanialité publique : l'influence croissante de l'opinion publique, en réaction à la pénétration du domaine public par les acteurs économiques privés.

L'utilisation à outrance des concessions d'endiguage a en effet entraîné une vague de contestation dans l'opinion publique à l'encontre des graves atteintes à l'environnement d'une part, et de l'appropriation individuelle du domaine public naturel d'autre part. À cet égard, la loi littoral du 3 janvier 1986 illustre la prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement contre les atteintes graves qui lui sont portées. Cette loi a érigé en principe l'interdiction de porter atteinte à l'état naturel des rivages de la mer, même si un certain nombre d'exceptions sont maintenues (service public, travaux publics avec déclaration d'utilité publique).

Toutefois, malgré la reconnaissance de tels droits en faveur du public pour l'utilisation des espaces naturels, le régime de la domanialité publique n'a pas pu éviter la destruction ou la détérioration de nombreux sites résultant de la pression du marché immobilier à laquelle les personnes publiques n'ont pas su résister.

Finalement, le marché est à l'origine d'une réduction considérable des droits des citoyens sur le domaine public, en même temps qu'il est la cause d'atteintes innombrables à l'environnement, soit du fait de la transformation du littoral pour le développement d'activités touristiques par des entrepreneurs privés, soit en raison de la logique patrimoniale de la gestion des services publics. La conjonction de ces deux atteintes a donné naissance à un courant qui fait désormais pression sur les personnes publiques au même titre que l'économie de marché et qu'il est indispensable de prendre en considération, tant son importance croissante est susceptible de faire évoluer de manière significative une perception renouvelée de la domanialité publique.

Ce n'est pas un hasard si ces deux éléments ont été l'objet de révisions constitutionnelles récentes : la revendication pour une démocratie participative a trouvé un écho dans la révision

constitutionnelle de 2003 sur l'organisation décentralisée de la République avec la mise en place de référendums locaux et la sensibilité environnementale croissante de la population a entraîné l'adoption de la charte constitutionnelle de l'environnement en 2005.

Les contraintes de la gestion moderne de la domanialité publique sont donc les suivantes : gérer la pression du marché économique, tout en maintenant une protection optimale du domaine public, notamment dans son aspect environnemental, sous le contrôle d'une opinion publique de plus en plus vigilante. On retrouve là les trois composantes reconnues comme constitutives d'un développement durable.

II. Propositions pour une nouvelle conception de la propriété publique

Dans ce contexte, l'inadaptation du cadre légal actuel se fait doublement sentir. Tout d'abord, la logique économique impose une flexibilité que la division domaine public/domaine privé ne permet pas. Dès lors, un assouplissement de la classification paraît nécessaire et tout naturellement la théorie de l'échelle de la domanialité paraît intéressante, en ce qu'elle semble répondre de manière plus satisfaisante aux contraintes de la gestion domaniale moderne (**A**). En même temps, la place de l'opinion publique doit être revalorisée. À cet égard, l'idée de « **public trust** » développée par les doctrines américaine, australienne ou encore indienne apparaît séduisante, sous réserve d'être adaptée au contexte français. Cette pression de l'opinion publique imposera **de facto** une meilleure prise en considération de la contrainte environnementale (**B**). Il devient alors possible de proposer un système qui, sans nier les prérogatives inhérentes au caractère spécifique de la personne publique, permet la prise en compte des contraintes actuelles de la nécessaire libéralisation de la gestion domaniale, tout en protégeant le domaine public des effets d'une privatisation à outrance.

A. Une cure de jouvence pour la théorie de l'échelle de la domanialité publique

La première partie de cette étude a permis de mettre en évidence l'inadaptation des schémas existant s'agissant de la propriété des personnes publiques. On a en effet souligné d'une part, le caractère spécieux de systèmes prévoyant deux ou trois catégories de biens publics, aux caractéristiques juridiques strictement définies. D'autre part, l'irréalisme d'une assimilation totale entre le régime des propriétés privée et publique, rend inévitable le recours à des mesures exorbitantes du droit commun pour tenir compte des prérogatives spécifiques des personnes publiques.

Dès lors, et par syllogisme, on peut aisément en déduire que les biens publics doivent nécessairement bénéficier d'un régime juridique prenant en compte leur nature spécifique. Pour autant, la diversité de ces biens ne permet pas de les enfermer dans un nombre de catégories limité et prédéterminé. Il est donc nécessaire d'associer régime de domanialité publique et pluralité de régimes juridiques. On pense alors bien sûr à la théorie de l'échelle de la domanialité, dans une perception qui doit nécessairement être renouvelée.

1. L'échelle de la domanialité de Léon Duguit, revue par le doyen Jean-Marie Auby

S'il est aisé de constater la rigidité de la distinction domaine public/ domaine privé, il n'est pour autant pas possible de soumettre tous les biens publics au même régime juridique. En cela, l'idée d'une échelle de la domanialité publique telle que proposée par Léon Duguit se révèle intéressante. Cette théorie part du constat que le régime juridique des dépendances domaniales n'est pas uniforme, ni même binaire ; celui de certaines catégories de biens se

rapprochant du régime de la propriété privée, alors que d'autres en sont beaucoup plus éloignées. En conséquence, l'auteur ne pouvait que conclure à l'inadaptation de la théorie de la domanialité publique en ce qu'elle impose de classer, de gré ou de force, tous les biens dans deux catégories distinctes puisque cela ne correspond pas à la diversité des régimes juridiques des différents types de dépendances domaniales.

Léon Duguit a donc proposé d'introduire plus de souplesse dans la classification et a établi une échelle de la domanialité publique comprenant six catégories (29) fondées sur trois critères que sont la structure du bien, la nature du service public auxquels ils sont affectés et le mode d'affectation.

La théorie de l'échelle de domanialité n'a néanmoins pas été reprise. La principale raison de cet insuccès réside certainement dans la critique formulée par Léon Duguit à l'égard de la dichotomie classique, soutenue par la grande majorité de la doctrine. Toutefois, il ne va pas jusqu'à proposer d'abolir la distinction classique entre le domaine public et le domaine privé puisque l'échelle de la domanialité se concentre sur le domaine public. L'auteur prône, à côté de celui-ci, l'existence d'un domaine privé dans lequel seraient rangés tous les biens meubles ou immeubles qui ne sont pas affectés directement au fonctionnement d'un service public et qui sont soumis à un régime se rapprochant beaucoup de celui de la propriété privée.

La théorie de Léon Duguit ne règle donc pas les difficultés liées à la délimitation entre domaine public et domaine privé. En revanche, le perfectionnement de la théorie telle que développée par le professeur Jean-Marie Auby, qui fera revivre la théorie de Léon Duguit, permet d'aller beaucoup plus loin. En lui apportant un certain nombre d'aménagements nécessaires et notamment en soulignant l'inadaptation de la distinction domaine public/domaine privé, le doyen a consacré deux études très importantes à la remise en cause de la distinction traditionnelle (30).

Proche de Léon Duguit sur le principe d'une gradation du caractère public de la domanialité des biens appartenant aux personnes publiques, Jean-Marie Auby élabore une théorie à la fois plus fine et plus réaliste. D'une part, parce qu'il y intègre l'ensemble des biens détenus par les personnes publiques, supprimant ainsi toute nécessité de l'existence d'un domaine privé. L'échelle classe les biens publics « selon qu'ils comportent un maximum d'exorbitance à ceux pour lesquels les règles de droit public sont peu nombreuses (elles ne sont jamais complètement absentes) » (31). Peu importe que la singularité provienne du régime contentieux, de la procédure pénale applicable ou encore du caractère inaliénable du bien, « La distinction du domaine public et du domaine privé, si l'on veut la maintenir, paraît donc s'établir dans un sens profondément relatif » (32) car il existe une grande diversité de situations. D'autre part, parce qu'il ne limite pas le nombre de catégories de biens, permettant ainsi une évolution nécessaire dans la perception de la domanialité publique. Il souligne par là les rôles respectifs du juge et du législateur dans l'édification des règles de domanialité publique, minimisant le rôle de la doctrine. Le doyen Jean-Marie Auby reproche en effet à cette dernière son échec dans la systématisation des différentes catégories de biens publics, inadaptées à la diversité des réalités juridiques.

Près d'un demi-siècle après cette analyse, le constat reste pourtant le même, la proposition du doyen Jean-Marie Auby n'ayant pas été suivie et n'ayant donc pas emporté de conséquences juridiques pratiques. En effet, les vertus pédagogiques de la distinction domaine public/domaine privé, et, certainement, le poids de l'habitude maintiennent la classification traditionnelle en place.

2. Une théorie à moderniser

Plus récemment, on sent toutefois le développement d'un courant doctrinal en faveur d'une remise en cause de la dichotomie traditionnelle, voire en faveur de la théorie de l'échelle de la domanialité (33), laquelle compte tout de même de fervents détracteurs (34).

À l'instar de Fabrice Melleray, nous pensons que la théorie élaborée par Léon Duguit et perfectionnée par Jean-Marie Auby est en « pleine adéquation avec le droit positif » (35).

Une des problématiques de la classification actuelle réside dans le champ trop étendu de la domanialité publique en ce qu'elle implique une vaste application du principe d'inaliénabilité, lequel fait obstacle à la constitution de droits réels sur le domaine public. Or si l'on remet en cause l'intangibilité du principe d'inaliénabilité pour le réserver aux seuls biens se situant à un niveau élevé dans l'échelle de domanialité publique, un nombre important de difficultés disparaissent : il existe donc clairement une nécessité de dissocier domaine public et inaliénabilité.

Une telle solution aurait le mérite de mettre fin à l'hypocrisie récurrente qui consiste à présenter les biens du domaine public comme inaliénables au contraire de ceux appartenant au domaine privé. La question de la détermination des biens soumis au principe d'inaliénabilité ne doit pas être source de difficultés : il s'agit des biens communs ou **res communes**, dans une perception modernisée.

Les **res communes** sont traditionnellement définies comme les « choses qui, par le droit naturel, sont à la libre jouissance de tous les hommes : l'air, la mer, les eaux courantes » (36). Toutefois, pour tenir compte des impératifs modernes de la gestion domaniale, il y a lieu d'élargir la notion des **res communes** et de l'étendre à l'ensemble du domaine public naturel, dans lequel serait bien évidemment inclus le domaine forestier. La doctrine ne semble d'ailleurs pas opposée à une telle solution. Ainsi, Jacqueline Morand-Deville considère que « même si l'activité de gestion du domaine forestier a le caractère d'un SPIC, rien ne semble s'opposer à la reconnaissance de la domanialité publique des forêts (...) » (37).

Ainsi, une réponse forte serait donnée à la préoccupation environnementale de plus en plus importante formulée par la population, en favorisant une inaliénabilité plus stricte et un régime juridique renforcé pour la protection de l'intégrité des espaces naturels.

Cette conception rejoint un courant doctrinal perceptible dans les pays anglo-saxons. En effet, de manière de plus en plus générale, la gestion et la délimitation du domaine public sont confrontées dans ces États à la logique de régimes néolibéraux dont les principes sous tendent une privatisation accrue des biens publics (y compris l'eau, l'air, la terre). Pour lutter contre un tel mouvement, une partie de la doctrine anglo-saxonne a tenté de démontrer la déloyauté de l'application au domaine public de la logique de marché. Les auteurs soutiennent qu'il n'est pas possible de défendre le caractère absolu de ce principe : chacun doit admettre que la libéralisation des biens ne doit pas nécessairement mener à leur privatisation complète et que l'intérêt général ou l'intérêt public doit être d'une manière ou d'une autre, maintenu par la loi, même si cela se limite à certains codes formels qui garantissent la disponibilité et l'utilisation des biens publics (38). Dans un tel système, tous les biens communs, tels que l'air, la mer et l'eau doivent être préservés des atteintes du marché. À l'heure du protocole de Kyoto et de la constitutionnalisation du droit de l'environnement, la nécessité d'ajouter à cette liste les forêts ne fait par ailleurs aucun doute.

Ainsi, on retrouve bien sûr en haut de l'échelle, les **res communes** alors qu'en bas, les activités purement économiques trouvent une place toute naturelle. Entre les deux, il existe toute une gradation de biens notamment affectés à l'usage du public ou aux services publics. Une telle construction a le mérite de faire disparaître la distinction entre domaine public et domaine privé. Chaque type de bien est régi par un régime juridique propre et se situe sur l'échelle de domanialité en fonction de ce régime et de son exorbitance par rapport au droit commun. Ce régime juridique et notamment les règles d'aliénabilité de chaque catégorie sont fixés par le législateur et précisés, si nécessaire, par le juge.

On voit déjà qu'une telle solution règle un certain nombre de difficultés. Outre celles déjà soulignées, la mise en place d'une échelle de la domanialité rend par exemple sans objet les débats sur la nature de service public de l'activité de gestion du domaine privé, fait disparaître les turpitudes liées aux chemins ruraux, aux forêts et aux ateliers-relais (39). Par ailleurs, la désaffectation n'est plus nécessaire, ce qui permet une gestion moins contraignante du domaine public (40).

L'échelle de domanialité assurant une certaine souplesse et tenant compte de la diversité des régimes juridiques des biens publics, il reste à déterminer un concept permettant la constitution de droits réels sur le domaine public tout en garantissant à la population une protection de ce même domaine. La notion de **trust**, étrangère au droit français, permet peut-être de concilier deux logiques généralement considérées dans l'Hexagone comme antinomiques.

B. Un trust à la française

Le concept de **trust**, issu du droit anglo-saxon, est étranger au droit français. Pourtant, adapté aux particularismes français, il permet de revoir la relation domaniale pour l'assimiler à une relation triangulaire, de type fiduciaire. Ainsi, il devient possible de replacer la population au centre du débat, tout en répondant aux impératifs économiques de la gestion domaniale, en même temps que la doctrine du **public trust** permet d'assurer une protection optimale des ressources naturelles.

1. La notion de trust appliquée au droit domanial français

Jusque récemment, la notion de fiducie était étrangère au droit français. Toutefois, cela a changé avec l'adoption de la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie (41). Une telle évolution entraîne la remise en cause de certains postulats du droit de la propriété en France et facilite ainsi la mise en place d'un concept équivalent en droit public.

La récente loi instituant la fiducie (42) présente un mécanisme proche du **trust** anglo-saxon, lequel connaît de par le monde un fort développement ces dernières années. La fiducie est « L'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés (...) présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (43).

Le **trust** quant à lui est une création de l'**equity** présente dans les droits anglo-saxons. Un **trust** existe lorsque le propriétaire d'un bien doit gérer sa propriété pour le bénéfice exclusif d'une ou plusieurs personne(s) ou dans un certain but (**charitable trust** ou **trust** caritatif). Le propriétaire est appelé le **trustee** et dispose des droits pour détenir et gérer le bien. Les

personnes dans l'intérêt desquelles le trustee doit agir sont les bénéficiaires. Ceux-ci bénéficient du **fructus**. Par essence, la fonction du **trust** est de séparer la gestion du bien de la jouissance des bénéfices qui en découlent.

La fiducie se rapproche du **trust** dans la mesure où le transfert de propriété se fait dans un but déterminé. Par contre, elle s'en distingue par le fait que seul le **trust** admet la coexistence de deux droits réels superposés sur le bien : le **trustee** dispose d'un droit de propriété au titre de la **common law**, alors que le bénéficiaire acquiert un droit de propriété en équité. On voit immédiatement l'utilité de transposer une construction équivalente au **trust** dans le cadre de la propriété publique.

En effet, il est permis de s'interroger sur la nature du droit de propriété des personnes publiques dans la mesure où les trois attributs classiques du droit de propriété (**usus, fructus** et **abusus**) ne sont pas pleinement effectifs. L'**usus** ou droit d'usage est relatif et contingenté par l'utilité publique. Le **fructus** ou la jouissance du bien est guidé par l'intérêt général et ses éventuels produits ne peuvent qu'abonder le budget des personnes publiques. Enfin, l'**abusus** ou droit de disposition est plus ou moins limité, selon la catégorie de biens et se rapproche le plus souvent d'un simple pouvoir de gestion (44).

Dès lors, deux solutions sont possibles : remettre en cause la qualité de propriétaire des personnes publiques ou accepter que le droit dont elles disposent est d'une nature différente de celui détenu par les personnes privées. Il apparaît qu'en voulant absolument qualifier le droit des personnes publiques de droit de propriété, la doctrine a enfermé le régime juridique des biens détenus par les personnes publiques dans des limites inadaptées à leurs spécificités. L'assimilation a entraîné la négation du caractère triangulaire de la relation (nation, personne publique, bien), alors qu'il constitue son essence même.

Dans ce contexte, la création d'un concept proche du **trust** permet de prendre en compte cet élément essentiel et autorise ainsi la mise en place de mécanismes rendant compte de la réalité de la relation entre les personnes et les biens. En effet, il est ainsi possible de remettre la population au centre de la gestion domaniale en lui accordant la place du bénéficiaire, l'administration étant bien entendu le fiduciaire ou **trustee** à qui une partie des droits inhérents à la propriété sont transférés afin de lui permettre de gérer les biens dans l'intérêt général. La personne publique est notamment dépositaire d'un mandat de gestion. Le constituant est la nation, qui a confié les biens nationaux à l'État. On peut ainsi revenir à la conception initiale de la domanialité publique, avant que ne s'opère un glissement patrimonial de la gestion du domaine public. La mise en place d'un système équivalent au **trust** permettrait de rendre à la population la place qu'elle a perdu et qu'elle revendique à présent.

Les bases de la fiducie reposent sur la loyauté, la fidélité et la propriété. Les fiduciaires sont soumis à un certain nombre d'obligations astreignantes, l'imposition desquelles permet de garantir une plus grande protection des bénéficiaires contre les agissements du **trustee**. Leur but est d'obliger ce dernier à agir systématiquement dans l'intérêt des bénéficiaires (45).

Une telle théorie opère une remise en cause de la propriété comme critère de la domanialité publique pour lui substituer l'affectation qui apparaît plus réaliste. Cela rejoint nombres d'auteurs, tels Maurice Hauriou, René Capitant ou encore Jean-Marie Auby qui proposaient de fonder la domanialité publique sur l'affectation et non sur la propriété. Pour Jean-Marie Auby, par exemple, « L'essentiel est l'affectation, la protection d'un but d'intérêt général, l'élément propriété n'est peut être pas indispensable » (46) : le domaine public serait aliénable mais non

son affectation ; autrement dit, on pourrait vendre le domaine public mais celui-ci devrait rester affecté, quel qu'en soit le propriétaire.

La transposition d'un concept équivalent au **trust** en droit français de la domanialité publique permettrait une telle appréhension. D'ailleurs, Yves Jegouzo proposait déjà le recours à la fiducie pour améliorer les relations entre collectivités publiques, particulièrement dans le cadre de la théorie des mutations domaniales (47). Le maintien de cette théorie et même sa consécration dans le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques (48) rend une telle proposition tout à fait d'actualité.

2. Un concept protecteur et réaliste

Le recours au système du **trust** facilite l'interpénétration des secteurs publics et privés et favorise la constitution de droits réels sur le domaine public. Dans le même temps, l'introduction de la doctrine du **public trust** ou **trust public** permet de répondre à la préoccupation environnementale de la population et d'assurer une protection optimale des ressources naturelles.

a) Le trust et la constitution de droits réels sur le domaine public

Le **trust** permet de constituer des droits réels sur le domaine public sans difficulté. Mieux, il permet de prévoir la possibilité d'activités de service public sur des propriétés privées. Deux hypothèses doivent donc être abordées : celle d'un transfert des droits réels attachés à une parcelle du domaine public à une personne privée et celle de l'affectation d'une parcelle privée à une activité d'intérêt général, toutes deux s'inscrivant dans le cadre d'un **trust**.

Tout d'abord, il est possible de prévoir la conclusion d'un **trust** entre l'administration et une personne privée, physique ou morale, relativement à une parcelle appartenant au domaine public. La personne privée se verrait conférer la qualité de **trustee**, l'administration celle de constituant et la population serait le bénéficiaire. La relation entre l'administration et l'entreprise/personne privée serait fondée sur l'obligation de prendre en compte l'intérêt général dans la gestion du bien. Tout manquement à cette obligation entraînerait la résiliation du **trust**. En conséquence, l'administration se verrait retransférer les droits réels détenus par le **trustee**. On retrouve donc bel et bien ici le critère de l'affectation du bien à l'intérêt général, le service public, comme critère d'application du droit de la domanialité publique.

Une telle possibilité est fondamentalement différente de la relation s'instaurant dans le cadre d'une occupation privative du domaine public ou une concession de service public, dans la mesure où la personne privée, qu'elle soit physique ou morale, se voit conférer automatiquement des droits réels étendus sur le domaine public. La transmission des droits réels sur le bien est effective mais reste soumise à une clause résolutoire, dans l'hypothèse où le fiduciaire ne respecterait pas l'affectation du bien ou les clauses du contrat.

En outre, il est possible de concevoir une autre fonction pour le **trust** dans le cadre de la domanialité publique. En effet, il est envisageable de conclure un **trust** entre une personne privée et une personne publique sur un bien privé, affecté à l'intérêt général ou à l'exécution d'un service public. Tant que dure l'affectation, l'administration se voit transférer un droit de regard sur la gestion du bien, pour préserver l'intérêt du public. Comme le suggérait le doyen Jean-Marie Auby, l'affectation serait alors « génératrice non pas de domanialité publique, mais d'une protection analogue à celle de la domanialité publique » (49). Dans un tel système,

la constitution de droits réels ne pose pas de difficultés dans la mesure où le bien est un bien privé, grevé d'une affectation d'intérêt général. Cette idée commence à faire son chemin en doctrine puisque, par exemple, Yves Gaudemet suggérait récemment une réflexion « non plus sur la propriété publique, mais sur la propriété privée, avec un régime d'affectation qui sera cette espèce de survivance de la domanialité publique » [\(50\)](#).

Cette possibilité se rapprocherait du système existant notamment en Suisse où l'État peut se contenter d'acquérir des droits réels restreints sur un bien qu'il a l'intention d'affecter à des fins d'intérêt général, les droits du propriétaire s'effaçant devant la destination publique du bien. Qu'il s'agisse d'une propriété publique ou privée, le bien grevé est considéré comme appartenant au domaine public, tant que dure l'affectation. Une telle solution n'est pas totalement étrangère au droit français dans la mesure où il existe déjà quelques exemples d'appropriation privée de choses publiques. On pense particulièrement aux canaux concédés à titre perpétuel ou encore aux chemins privés ouverts à la circulation publique, les monuments historiques... On pense également bien entendu aux biens de France Telecom ou encore d'Aéroports de Paris.

Toutefois, il ne faut pas oublier que certains biens publics, telles les ressources naturelles, nécessitent une protection supérieure. Il s'agit bien entendu des biens situés en haut de l'échelle de domanialité, à savoir les biens communs. Là encore, le recours à la doctrine anglo-saxonne s'avère fructueuse avec le concept très intéressant de **public trust**.

b) Le trust public

La doctrine du **trust public** a été développée aux États-Unis. L'idée générale qui la sous-tend est la suivante : alors que la propriété privée des terres et des ressources domine le droit de la propriété aux États-Unis, les ressources doivent pour toujours faire l'objet d'une propriété de l'État, dans le cadre d'un **trust public** pour le bénéfice et la libre utilisation de tous. Cette doctrine trouve son origine dans les droits romain et anglais et fait peser sur les États une obligation de préserver le libre accès et la libre utilisation par le public des biens communs.

Cette doctrine a conduit la Cour suprême des États-Unis à reconnaître dès 1840 des droits de propriété publique aux colonies, lesquels ont été transférés aux États au fur et à mesure de leur admission dans l'Union. Progressivement, cette doctrine s'est vue imposer des limitations et, par une décision capitale [\(51\)](#), la Cour suprême des États-Unis a reconnu que cette doctrine n'empêchait pas la vente du bien, même si son affectation au bénéfice du public doit être préservée. En conséquence, le public peut toujours faire valoir ses droits d'utilisation et l'obligation de préservation du bien. Il est notamment possible d'empêcher un État de transférer des biens soumis à un **trust public** à une personne privée dans la perspective de profits économiques au détriment d'une préservation du bien à long terme.

Le **public trust** a connu une résurgence dans les années 1970 aux États-Unis, sous l'influence essentielle de l'auteur Joseph L. Sax [\(52\)](#). Pour l'auteur, le **trust public** est un mécanisme à fort potentiel pour protéger les intérêts du public contre les tentatives des États de privatiser ou de limiter l'accès aux ressources naturelles. Il propose l'extension de cette doctrine à de nombreux domaines, notamment les cas de pollution de l'air, les pesticides, l'extraction minière à ciel ouvert ou encore les voies publiques et, de manière générale, aux questions de propriété publique.

Les idées développées par Joseph L. Sax et le mouvement professionnel environnemental des années 1970 a également entraîné l'adoption de dispositions constitutionnelles, au niveau des États fédérés, afin de codifier la doctrine du **trust** public, voire pour créer de nouveaux droits, comme celui à un environnement propre et sain. Joseph L. Sax a par ailleurs insufflé l'idée (53), puis activement participé, à l'élaboration d'une « loi modèle » (54) dans l'État du Michigan ayant pour objet de mettre en oeuvre un droit effectif du public à un environnement décent et de fixer le cadre pour le développement d'une jurisprudence sur la qualité environnementale. D'autres États ont par la suite adopté de telles lois (55), offrant ainsi la possibilité à toute personne d'agir pour protéger les ressources naturelles, y compris lorsqu'il n'existe pas de dispositions législatives adaptées ou lorsque la loi existe mais que les autorités refusent d'engager une action pour la faire respecter (56).

Dans ce cadre, la doctrine propose également de modifier l'appréhension du concept d'intérêt général ou d'intérêt public dans une conception qui accepte une participation du public dans la gestion des biens et services publics. Cela passe par la notion d'intérêt commun. L'intérêt commun, au contraire de l'intérêt général qui est la base du concept juridique de l'État-nation, est en réalité un intérêt général qui n'est pas rendu abstrait dans le contrôle de l'État mais plutôt réapproprié par les individus qui coopèrent dans la production politique et sociale ; c'est un intérêt public qui n'est pas cantonné dans les mains de l'administration mais géré démocratiquement par la population (57).

Cette conception des choses publiques diverge fondamentalement de la tradition jacobine française mais permettrait de répondre aux revendications actuelles de la population pour une participation active à la prise de décision, ainsi qu'à la demande pour un environnement sain. En effet, la conception des biens et des services publics a été développée à la lumière d'une théorie juridique qui considère le domaine public comme patrimoine de l'État et le principe de l'intérêt général comme un attribut de souveraineté. La remise en cause d'une telle perception est reflétée par la revendication participative actuelle de la population.


Une volonté politique conjointe des autorités publiques et des tribunaux suffirait pour permettre la transposition d'une telle doctrine en France. Bien sûr, une autorité de contrôle de la bonne gestion des biens mis en **trust** serait nécessaire et il faudrait d'une part, lui octroyer une indépendance certaine, d'autant plus importante qu'elle aura notamment à gérer des litiges avec les personnes publiques et d'autre part, la spécialiser dans son rôle. La solution d'une autorité administrative indépendante spécialisée, inspirée du médiateur de la République pourrait être appropriée à condition que ses pouvoirs soient étendus et qu'il lui soit possible de saisir la justice pour préserver l'intérêt commun. Cet intérêt à agir serait complémentaire de celui dont dispose généralement les bénéficiaires d'un **trust** afin d'obtenir une gestion du bien mis en **trust** conforme à l'intérêt général et aux dispositions législatives et conventionnelles applicables.

En définitive, les propos de Jean Rivero paraissent tout à fait appropriés : « En révélant, par rapport à d'autres systèmes, les points de faiblesse, et en suggérant, d'après l'expérience d'autrui, les moyens d'y remédier, la comparaison peut et doit devenir, pour une discipline [le droit administratif] que l'immobilisme conduirait doucement vers l'histoire, l'un des facteurs essentiels des progrès et des renouvellements nécessaires à la vie » (58). C'est avec à l'esprit cette recommandation que notre réflexion s'est modestement attelée à trouver des solutions dans des systèmes juridiques différents, au moment où les contraintes modernes nécessitent un renouvellement de l'appréhension de la gestion domaniale publique en France.

Carine DAVID

Docteur en droit public

Membre du laboratoire de recherches juridiques et économiques (LARJE) de l'Université de la Nouvelle-Calédonie



(1) Ord. n°2006-460 du 21 avril 2006, relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, Journal officiel du 22 avril 2006. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

(2) On peut citer parmi les aménagements apportés le durcissement du critère d'aménagement du bien, ce qui a pour conséquence de priver d'effet la théorie de la domanialité virtuelle. Le nouveau Code prévoit également un assouplissement de la règle d'inaliénabilité avec d'une part, la possibilité de cessions des biens du domaine public entre personnes publiques, sans déclassement préalable, et d'autre part, l'extension des autorisations d'occupations temporaires constitutives de droits réels aux collectivités territoriales.

(3) V. particulièrement les actes du colloque organisé par le Conseil supérieur du notariat, JCP N et I, n^{os} 43-44 du 27 octobre 2006, La circulation des propriétés publiques, p. 1881 à 1909.

(4) V. notamment, JCP N et I, n^{os} 43-44, op. cit., P. Yolka, Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques, JCP E n° 24/2006, p. 1043-1045 et le dossier paru à l'AJDA, n° 20/2006.

(5) J. Rivero, in Droit administratif français et droits administratifs étrangers, in Un siècle de droit comparé en France, Société de législation comparée, Livre du Centenaire, 1969, p. 199-209, et in Pages de doctrine, LGDJ 1980, p. 475-485.

(6) D. Labetoulle, CJEG, octobre 1991, n° hors série, p. 141.

(7) H. Barckhausen, Étude sur la théorie générale du domaine public, RDP 1902, t. XVIII, p. 401-446, et 1903, t. XIX, p. 31-69.

(8) D. Labetoulle, concl. sur T. confl., 4 juillet 1983, Gambini c/ Ville de Puteaux, JCP G 1984. II, n° 20275.

(9) Notons toutefois que la voie de l'ordonnance ne permettait pas de remettre en cause ce postulat du droit domanial français.

(10) Archives parlementaires, 1^{re} série, T. XX, p. 319.

(11) O. De David-Beauregard-Berthier, La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé, Thèse, Aix-Marseille 3, 1994, p. 53.

(12) J.-B. Proudhon, *Traité du domaine public ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, 2^e éd., revue par Dumay, Lagier, Dijon, 1843, 4 vol., p. 292.

(13) *Op. cit.*

(14) R. de Recy, *Traité de droit public*, 2 tomes, Paris, 1893, T. 1, p. 422.

(15) Cons. const., 18 septembre 1986, déc. n^o 86-217 DC, loi relative à la liberté de communication ; 21 juillet 1994, déc. n^o 94-346 DC, loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ; 23 juillet 1996, déc. n^o 96-380 DC, loi relative à l'entreprise nationale France Telecom.

(16) Art. L. 3211-5 du Code général de la propriété des personnes publiques ; CE, Sect., 9 novembre 1979, Association pour la défense de l'environnement en Vendée, Lebon, p. 406.

(17) Depuis peu, par le Code général de la propriété des personnes publiques (art. L. 3211-5).

(18) J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*

(19) C. forestier, art. L. 132-1.

(20) R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 2, 15^e éd., n^o 634, p. 529.

(21) R. Chapus, *op. cit.*, n^o 641, p. 534.

(22) O. de David-Beauregard-Berthier, *op. cit.* et J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*

(23) M.-A. Latournerie, *Point de vue sur le domaine public*, éd. Montchrestien, coll. Clefs, 2004.

(24) Biens qui constituent la majorité des biens publics.

(25) De manière générale sur cette question, v. D. Bailleul, *Le droit administratif en question : de l'intérêt général à l'intérêt économique général*, JCP A n^o 13 du 29 mars 2005, p. 1147.

(26) C. Marmontoff, *Domaine public et entreprises privées*, *op. cit.*

(27) V. notamment P. Yolka, *Le patrimoine immobilier de La Poste (observations en marge d'un récent arrêt)*, JCP A n^o 29 du 18 juillet 2005, p. 1269.

(28) Y. Gaudemet, *Synthèse des travaux, La circulation des propriétés publiques*, *op. cit.*, p. 1909.

(29) 1. toutes les choses affectées à l'usage du public ; 2. les chemins de fer ; 3. les dépendances affectées au service public de la défense nationale ; 4. les forêts ; 5. les immeubles affectés à un service public ; 6. les objets mobiliers.

- (30) J.-M. Auby, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration, EDCE 1958, p. 35-57 et Le problème de la domanialité des immeubles affectés à un service public, Mélanges Laborde-Lacoste, 1963, p. 11-28.
- (31) J.-M. Auby, op. cit.
- (32) J.-M. Auby, op. cit.
- (33) En ce sens, F. Melleray, L'échelle de la domanialité, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 287-300.
- (34) P. Yolka, La propriété publique. Éléments pour une théorie, thèse, LGDJ 1997, p. 529-535 pour qui la théorie de l'échelle de la domanialité est une proposition «de l'ordre du songe».
- (35) F. Melleray, L'échelle de la domanialité, op. cit., p. 293.
- (36) H. Roland et L. Boyer, Locutions latines du droit français, Litec, 2002.
- (37) J. Morand-Deville, Cours de droit administratif des biens, op. cit., p. 57-58.
- (38) M. Hardt et A. Negri, Multitude, Penguin Books, 2005, USA.
- (39) À ce sujet, v. P. Yolka, La condition juridique des ateliers-relais, JCP A n° 21 du 23 mai 2005, p. 1215.
- (40) V. par exemple, CAA Versailles, 23 mars 2006, Commune de Chesnay.
- (41) Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, JO du 21 février 2007, p. 3052.
- (42) Des tentatives d'introduction d'un mécanisme fiduciaire avaient déjà échoué : pas d'examen du projet de loi instituant la fiducie (n° 2583, AN, IX^e lég.) et retrait de l'avant-projet de loi sur le même sujet en 1994.
- (43) Article 1^{er} de la loi instituant la fiducie.
- (44) Sur les attributs du droit de propriété, G. Cornu, Droit civil. Introduction, les personnes, les biens, éd. Domat Montchrestien, coll. Droit privé, 12^e éd., p. 435 et s.
- (45) R. Douglas et J. Knowler, Trusts in principle, Thomson Lawbook Co., 2006, Sydney, Australie.
- (46) J.-M. Auby, op. cit.
- (47) Y. Jegouzo, Les relations entre institutions publiques en matière domaniale, actes du colloque Droit public et activités économiques, CJEG n° hors série, octobre 1991, p. 56.
- (48) Art. L. 2123-4 du Code général des propriétés des personnes publiques.

(49) J.-M. Auby, Actes du colloque Domaine public et activités économiques, CJEG, n° hors série, octobre 1991.

(50) Y. Gaudemet, Synthèse des travaux, actes du colloque : la circulation des propriétés publiques, JCP N n^{os} 43-44 du 27 octobre 2006, p. 1909.

(51) Cour suprême, 1892, Illinois Central v. Illinois (146 US 387 (1892)).

(52) J. L. Sax, The public trust doctrine in natural resources law : effective judicial intervention, 68. Michigan Law Review, 471 (1970).

(53) J. L. Sax, Defending the environment, Alfred A. Knopf Ed., 1971.

(54) Michigan Environmental Policy Act (MEPA), Mich. Comp. Laws Ann. § 324.1701-1706.

(55) V. notamment le Minesota Environmental Rights Act (MERA) de 1971.

(56) Mais là encore, il apparaît une forte disparité entre les États, tant du point de vue de la teneur des dispositions législatives et réglementaires, que de l'application plus ou moins stricte qui en est faite par les tribunaux.

(57) M. Hardt et A. Negri, Multitude, Penguin Books, 2005, USA.

(58) J. Rivero, op. cit. p. 485.