



HAL
open science

La temporalité de l'imprescriptibilité en droit administratif

Anne-Laure Girard

► **To cite this version:**

Anne-Laure Girard. La temporalité de l'imprescriptibilité en droit administratif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2018, 3. hal-03120857

HAL Id: hal-03120857

<https://hal.science/hal-03120857>

Submitted on 25 Jan 2021

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.

Copyright

La temporalité de l'imprescriptibilité en droit administratif

Anne-Laure Girard

Professeur de droit public, Université de Poitiers, co-directrice de l'IDP (EA 2623)

De prime abord, l'imprescriptibilité apparaît comme une tentative aussi hardie qu'illusoire d'affranchir le droit de l'emprise du temps. Sa consécration instille la croyance en une possible neutralité du temps, qui cesse de compter et n'a plus alors à être décompté. Cette soustraction par les juristes de certains pans du droit à la marche des heures, à leur succession destructrice, ressemble à une marque d'intempérance. Elle paraît conforter la thèse de la folle « imagination » des hommes de droit qui interprètent la réalité avec une liberté que se refuserait le poète¹. L'imprescriptibilité constitue en effet une technique juridique qui offre à certaines institutions d'échapper au caractère fini de toute chose terrestre. La perpétuité ainsi accordée les place au-dessus de la condition humaine. Loin pourtant d'être la marque d'une extravagance, l'imprescriptibilité porte l'empreinte d'une inventivité fascinante. Grâce à elle, le juriste procède sciemment à une sacralisation. Par l'imprescriptibilité, le droit exprime la conviction que certains attributs, biens ou actions sont l'œuvre d'autre chose que des hommes ou, à tout le moins, qu'ils leur échappent. L'imprescriptibilité préserve moins en réalité de l'usure du temps qu'elle ne protège de la volonté humaine.

L'idée selon laquelle l'imprescriptibilité constitue une forme d'objectivation abritant les institutions ou actions conçues comme les plus précieuses, les plus caractéristiques de l'humanité et les plus indispensables à la vie sociale², bénéficie d'une rare longévité. Au XVIII^e siècle, Dunod de Charnage ou encore Pothier décrivent comme imprescriptibles les facultés découlant de la liberté naturelle et les opposent à celles qui naissent d'un acte de la volonté de l'homme³. La Révolution est impuissante à renverser ce cadre traditionnel de la pensée juridique comme l'atteste l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et de Citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » La glorification de l'imprescriptibilité, à l'époque même où s'affermirait l'opposition entre la volonté et le temps, n'est pas anodine. Projeté dans la modernité, le droit est conçu par les révolutionnaires comme un droit exclusivement posé et voulu par l'homme⁴. L'effet du temps est largement ignoré, tandis que la puissance créatrice et réformatrice des volitions est exaltée. L'imprescriptibilité marque le renversement exceptionnel et nécessaire de cette représentation au profit de la logique ancienne. Le temps fournit encore un utile subterfuge afin d'enrayer, dans certains domaines, l'énergie des intentions humaines. Cette représentation de l'imprescriptibilité survit sous la plume des civilistes du XIX^e siècle. Dès les premières pages de son ouvrage consacré à la prescription, Troplong énonce ainsi que certains droits sont « impérissables et éternels » et avertit que « le temps, qui n'a de prise que sur ce qui est contingent, ne peut pas plus les ébranler qu'il ne lui est donné de

¹ J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, Les Cahiers rouges, 2010, p. 79.

² V. notamment P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, reprod. en fac-similé de l'édition de 1963, p. 442 ; L. LEGER, *Théorie générale de la prescription extinctive*, Th. droit, Paris, imprimerie de Maulde, Doumenc et cie, 1897, p. 160.

³ « Il faut donc distinguer entre la faculté qui a son fondement dans la nature [...] et celle qui vient d'un titre, qui tire son origine d'un contrat [...] La première de ces facultés n'est pas sujette à la prescription [...] les facultés qui dérivent d'une convention, sont donc prescriptibles dans le même temps que l'action que la convention produit, quand même ces facultés auraient été stipulées perpétuelles ». F.I. DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Eglise et des dîmes*, Dijon, A. de FAY, 1744, pp. 90-91. V. également R.J. POTHIER, *Œuvres complètes*, Paris, Siffrein, Chanson, Videcoq, 1822, t. 16, pp. 200-201.

⁴ V. D. BARANGER, « Le temps du droit », *R.A.* 2000, numéro spécial « Le temps administratif », p. 32.

porter atteinte à Dieu même⁵ ». Ces droits imprescriptibles sont ceux reçus par l'individu de la nature ou de la loi pour « parvenir à sa fin comme homme, comme citoyen, comme propriétaire⁶ ». Ils constituent sa capacité civile. Tout en perpétuant ce discours⁷, Baudry-Lacantinerie concède à la fin du XIX^e siècle que le Code civil ne consacre pas ces facultés imprescriptibles. Cet aveu, au détour de longues pages consacrées à l'imprescriptibilité, dévoile que le mot sert longtemps aux civilistes à traduire certaines valeurs plus qu'il ne comporte de charge juridique. La conviction que certains attributs « sont à ce point essentiels qu'ils doivent exister indéfiniment »⁸ reçoit un écho déformé en droit privé. Si la vocation de chacun à devenir propriétaire est marquée du sceau de la perpétuité, le droit subjectif de propriété ne bénéficie pas de la même protection. Bien qu'il ne disparaisse pas par le non-usage, le droit de propriété sur un bien donné se transmet après une possession prolongée par un autre que le propriétaire originel⁹. L'imprescriptibilité a beau se présenter comme le « reflet et la manifestation » de Dieu¹⁰, le monde des hommes est dominé par la prescription. Son surnom même, la patronne ou protectrice du genre humain¹¹, l'atteste. La prescription irrigue le droit privé au point d'apparaître comme « le couronnement du Code civil¹² » et « l'une des institutions les plus importantes¹³ ».

Cardinale en droit privé, la prescription s'épanouit plus encore en droit public. En 1890, Raymond Saleilles devinait qu'« il n'y a pas de matière [...] où la prescription joue un rôle plus actif¹⁴ ». Ce lustre donné à cette technique juridique témoigne cependant d'une vraie rupture temporelle car le droit public se présente d'abord comme le terreau de l'imprescriptibilité. L'Ancien Régime est en effet empreint d'une utilisation asymétrique de l'imprescriptibilité, celle-ci devenant, sous la plume des juristes, la marque des puissants, et notamment des monarques. Charles Loyseau écrit ainsi qu'« il y a longtemps que tous les rois de la terre [...] ont prescrit la propriété de la puissance souveraine¹⁵. » Il ajoute que « le particulier n'étant habile à posséder la puissance publique, ne la peut par conséquent prescrire [...] les droits du roi, et principalement ceux de souveraineté [...] ne peuvent être aucunement prescrits par les sujets¹⁶. » Loin d'être utile uniquement au roi, l'imprescriptibilité sert toute forme d'autorité, comme l'a

⁵ R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, Paris, C. HINGRAY, 1835, t. 1, p. 3.

⁶ *Ibid.*, pp. 149-150 ; V. également A. J. MERLIN, *De la prescription acquisitive*, Th. droit, Paris, impr. de Moquet, 1857, p. 88 ; A. LE ROUX DE BRETAGNE, *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, Paris, A. Durand et Pedone, 1869, p. 97.

⁷ G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*, Paris, L. LAROSE, 1895, pp. 99-104.

⁸ V. N. KANAMAYA, « La Révolution et la prescription : la naissance du principe de l'imprescriptibilité de l'action en revendication en droit français », in *La Révolution et l'ordre juridique privé rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Paris, PUF, 1988, t. 2, p. 735.

⁹ V. dans le même sens, sur les limites concrètes de l'imprescriptibilité de l'état des personnes, M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Th. droit, Paris, Economica, 1994, p. 131 ; F. ZENATI, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTDC* 1996, pp. 347-348.

¹⁰ R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, *op. cit.*, p. 3.

¹¹ *Ibid.*, p. 329 ; T.-A. COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Paris, Dalmont et Dunod, 1862, 3^e éd., t. 3, p. 624 ; G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 1925, 3^e éd., t. 1, p. 72, en note.

¹² G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*, *op. cit.*, p. 18.

¹³ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. C. GUENOUX, Paris, F. Didot frères, 1846, t. 5, p. 291.

¹⁴ R. SALEILLES, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement* 1890, t. 19, p. 500.

¹⁵ C. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608, chap. IV, n°63, p. 91.

¹⁶ C. LOYSEAU, *Cinq livres du droit des offices*, Paris, Vve A. L'Angelier, 1613, 2^e éd., p. 188.

démontré Guillaume Leyte¹⁷. La technique de la prescription s'impose aussi difficilement face aux biens des puissants. Si l'imprescriptibilité du domaine de la Couronne est discutée même après l'édit du 30 juin 1539, le temps peine à ravir les biens du souverain, au point d'évoquer une imprescriptibilité de fait¹⁸ : « contre le roi, il n'y a prescription que de cent ans ; qui est ce qu'on dit communément : qui a plumé l'oie du roi, cent ans après en rend la plume¹⁹. » En 1804, l'article 2227 du Code civil avertit de l'authentique subversion engendrée par le moment 1789²⁰. Cette « norme d'assimilation²¹ », qui soumettait les personnes publiques « aux mêmes prescriptions que les particuliers », témoignait du bannissement du legs d'Ancien Régime et de la floraison du credo égalitaire²².

Le droit public, et notamment le droit administratif, s'offre donc comme un terrain hostile à l'imprescriptibilité au lendemain de la Révolution. Devenue rare, elle s'est récemment repliée un peu plus encore²³. Cette lente et constante régression de l'imprescriptibilité en droit administratif enseigne que cette technique, comme toute invention humaine, n'échappe pas au temps. L'imprescriptibilité ne signifie pas l'intemporalité. Loin d'être immuable, elle peut ainsi, sous les assauts du temps, être mise en sommeil ou en éveil. La validité des textes doctrinaux, législatifs ou de la jurisprudence qui la consacrent en droit administratif demeure en effet temporaire. Parce que l'imprescriptibilité est supposée recouvrir le plus précieux, la temporalité de cette technique trahit l'inéluctable mutation des valeurs irriguant le droit administratif. Explorer l'historicité de cet instrument revient alors à sonder également le mouvement temporel de ces représentations. Les manifestations de l'imprescriptibilité en droit administratif nourrissent trois récits différents. L'imprescriptibilité des compétences apparaît comme l'une de ces « règles latentes²⁴ » orientant les comportements alors qu'elle n'a pas encore été formulée, si bien que sa naissance même est contrariée (I). Marquée par l'intermittence, l'imprescriptibilité du domaine public connaît une existence troublée (II). Enfin, l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un agent public a succombé sous des assauts conjugués (III).

I] L'imprescriptibilité latente des compétences

La crainte de renouer avec les représentations d'Ancien Régime contrarie durablement la formulation du principe de l'imprescriptibilité des compétences (A). Ce silence constitue un héritage que le passage des années peine à affaiblir, alors même que le principe repose sur une solide assise théorique (B).

¹⁷ G. LEYTE, « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Droits*, 2000, n°31, p. 8.

¹⁸ B. PLESSIX, « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA* 2008, p. 1223.

¹⁹ A. LOISEL, *Institutes coutumières*, Paris, Durand, 1758, t. 2, p. 180.

²⁰ « Cette disposition a une grande importance. Elle consacre l'abandon de règles toutes différentes suivies dans le droit romain et dans l'ancien droit. Pothier écrivait encore, au siècle dernier, que le roi, à la vérité, n'est pas lui-même sujet à aucune loi humaine et par conséquent à celle de la prescription. » G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription, op. cit.*, p. 108. Dans le même sens, v. A.J. MERLIN, *De la prescription acquiescive, op. cit.*, p. 90.

²¹ G. ECKERT, J.P. KOVAR, « La réforme du droit de la prescription : aspects de droit public », *LPA* 2 avril 2009, n°66, p. 25.

²² V. dans le même sens, E. PICARD, « Prescription quadriennale », *RDCA* janvier 2009, n°134 ; C. FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Th. droit, Paris, Dalloz, NBT, t. 145, 2013, p. 230.

²³ V. l'article 36 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui met un terme à l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre les agents publics.

²⁴ R. VON IHERING, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. MEULENAERE, Bologne, Forni, t. 1, p. 32.

A- Une caractéristique indicible

L'imprescriptibilité de la souveraineté figure parmi les croyances révolutionnaires. Brandie à la chute de l'Ancien Régime pour traduire l'ensevelissement de l'Etat patrimonial, elle est revivifiée en 1848²⁵ comme pour conjurer toute instrumentalisation de la prescription contre le peuple. La souveraineté, toutefois, n'est pas la compétence²⁶. Le fait que l'on trouve les plus grands promoteurs de la notion de compétence en France parmi les fervents détracteurs de la notion de souveraineté en atteste²⁷. Et, si l'imprescriptibilité de la souveraineté ponctue l'histoire constitutionnelle française, celle des compétences administratives demeure, au contraire, souterraine²⁸.

La constance avec laquelle les auteurs défendent et déploient le principe de l'imprescriptibilité des compétences administratives contraste avec leur réticence à employer le mot. Tandis que les civilistes²⁹ répètent volontiers, même après la Révolution, l'assertion de Dunod de Charnage selon laquelle l'« on ne prescrit point contre la police générale, l'utilité et la salubrité publique³⁰ », les administrativistes font longtemps montre d'une plus grande réserve. Le terme « imprescriptibilité » est traditionnellement accolé au droit de propriété. L'affirmation selon laquelle les pouvoirs des organes administratifs ne s'éteignent pas par leur non-usage porte en elle le risque de raviver la confusion entre puissance publique et propriété. Au sein de la doctrine, seul Hauriou ose disserter sur les droits de puissance publique qui sont « entre les mains de l'Etat inaliénables et imprescriptibles ». Il présente même les fonctions publiques comme des choses « inaliénables et imprescriptibles » dont les agents ont « plus ou moins la possession », parfois même « la propriété temporaire³¹ ». Cet attachement à revitaliser les anciens cadres de la pensée juridique suscite l'ire de ses contemporains³². Mentionner l'imprescriptibilité s'apparente longtemps à une intolérable négation de la rupture politique, juridique et conceptuelle de 1789. Il faut attendre le XXI^e siècle pour que resurgisse clairement, dans certains écrits, « l'imprescriptibilité » du pouvoir de police et plus largement celle des compétences administratives³³. Jusqu'alors, c'est au moyen de périphrases que la majorité de la doctrine universitaire exprime cette conviction, parvenant, par ces détours à ne pas renouer avec le discours des artisans de l'Etat patrimonial. Loin de perpétuer la croyance ancienne que les droits du roi ne peuvent pas s'éteindre, les professeurs du XIX^e et du début du XX^e siècles renoncent à s'emparer frontalement de la question de l'effet extinctif de l'écoulement du temps sur les prérogatives de puissance publique. L'Ecole de Bordeaux évoque ainsi la « permanence » des

²⁵ V. l'article 1, Titre III de la constitution du 3 septembre 1791 ; V. l'article 25 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793, V. l'article 1 de la Constitution du 4 novembre 1848.

²⁶ Sur l'idée selon laquelle compétence et souveraineté ne sont pas « interchangeables », v. par ex. O. BEAUD, « « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Paris, Litec, Colloques et débats, 2008, pp. 8 et s.

²⁷ V. par ex. L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913.

²⁸ V. dans le même sens, B. PLESSIX, « La prescription extinctive en droit administratif. Note sous CE, Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, RFD A 2005, p. 375 et s.

²⁹ V. R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil, op. cit.*, p. 193 : « On ne prescrit pas contre les lois de police générale, soit que ces lois aient pour objet la sûreté ou la salubrité publique, soit qu'elles ne concernent que l'ornement et l'embellissement d'une cité ».

³⁰ F.I. DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Eglise et des dîmes, op. cit.*, p. 71.

³¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, L.S.R.G.L.A., 4^e éd., 1900, p. 532, p. 588.

³² V. R. FORNEL DE LA LAURENCIE, *De la délégation de compétence en droit administratif français*, Th. droit, Bordeaux, Gounouilhou, 1901, p. 18.

³³ V. C. LANDAIS, F. LENICA, « L'obligation de remise en état des sites à la charge des exploitants d'installations classées prescrite par trente ans », *AJDA* 2005, p. 1829 ; B. PLESSIX, « La prescription extinctive en droit administratif », préc., p. 375.

compétences qui peuvent être exercées « indéfiniment³⁴ ». Elle défend encore, au mépris de la jurisprudence, le pouvoir de l'administration de retirer « à toute époque » ses actes illégaux³⁵. Au même moment, les membres du Conseil d'Etat ne témoignent pas tous de la même circonspection. Si Georges Teissier énonce seulement que les représentants de la puissance publique demeurent toujours libres de modifier les règlements³⁶, Jean Tardieu convoque le « pouvoir imprescriptible³⁷ » de compléter ou d'abroger les dispositions réglementaires établies. En martelant un siècle plus tard que « le pouvoir de police est par nature imprescriptible, que « dans leur principe même, police et prescription sont incompatibles³⁸ », Mattias Guyomar inscrit son plaidoyer dans cette filiation intellectuelle. Pas plus qu'en 1907, le Conseil d'Etat ne mobilise cependant pas, dans sa décision d'Assemblée du 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, l'adjectif « imprescriptible » pour décrire les qualités des pouvoirs de l'administration. Durablement étouffée par la doctrine universitaire, sporadiquement scandée par la doctrine organique, l'imprescriptibilité des compétences administratives apparaît encore introuvable dans les décisions du Conseil d'Etat alors qu'aucun obstacle politique ou théorique n'empêche aujourd'hui sa consécration.

B- Une assise théorique solide

La prescription extinctive témoigne avec éclat du subjectivisme dont s'est nourri le droit civil français. Plutôt que d'admettre la capacité du temps à ravir un droit, les juristes ont très tôt placé au cœur de cette technique juridique un acte de volonté tacite. Dès le XVII^e siècle, les *Lois civiles* de Domat dévoilent que le silence, l'inertie, l'apathie du titulaire d'un droit subjectif revêtent un sens. L'indolence durable s'interprète comme un acquiescement du créancier ou du propriétaire : « Toutes ces sortes de prescriptions qui font [...] perdre des droits reposent sur cette présomption que [...] celui qui a demeuré si longtemps sans exiger sa dette en a été payé ou a reconnu qu'il ne lui était rien dû³⁹. » Au XIX^e siècle, Troplong répète que la prescription « n'est pas l'ouvrage de la seule puissance du temps ; elle prend sa base dans le fait de l'homme⁴⁰ ». Encore aujourd'hui⁴¹, la prescription extinctive s'appuie sur une « présomption d'aliénation ou d'abandon⁴² » qui délimite son champ d'application. Dès lors que le titulaire est supposé avoir renoncé à sa prérogative, la prescription extinctive n'atteint que « les choses qui peuvent être l'objet de conventions », « qui sont dans le commerce », qui peuvent être « possédées privativement⁴³ ». Elle ne déploie ses effets qu'à l'égard des droits subjectifs parce que son détenteur en dispose librement⁴⁴.

³⁴ V. par ex., L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 2^e éd., 1923, t. 3, p. 97 ; G. JEZE, *Les Principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 3^e éd., 1925, p. 14.

³⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, 2^e éd., t. 3, p. 731 et p. 734.

³⁶ G. TEISSIER, concl. sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot et autres, Rec. CE*, p. 460.

³⁷ J. TARDIEU, concl. sur CE, 6 décembre 1907, *Compagnie de chemins de fer de l'Est, Rec. CE*, p. 919.

³⁸ M. GUYOMAR, concl. sur CE, Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France, BDEI 01/10/2005*, pp. 15-18.

³⁹ J. DOMAT, *Œuvres complètes*, Paris, Firmin Didot, 1829, t. 2, p. 208.

⁴⁰ R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil, op. cit.*, p. 4. v. dans le même sens, A. LE ROUX DE BRETAGNE, *Nouveau traité de la prescription en matière civile, op. cit.*, p. 22.

⁴¹ v. par ex. M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, op. cit.*, p. 137.

⁴² A. LE ROUX DE BRETAGNE, *Nouveau traité de la prescription en matière civile, op. cit.*, p. 97.

⁴³ V. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription, op. cit.*, p. 81.

⁴⁴ Sur le champ d'application de la prescription, v. par ex. A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Thèse droit, Paris, Defrénois-Lextenso, 2010, p. 3, p. 69, p. 80.

Parangon de l'objectivisme, la compétence, par sa nature même, apparaît alors inconciliable avec cette technique juridique pétrie de subjectivisme. La notion allemande de compétence a été importée au début du XX^e siècle pour penser l'aptitude à produire des actes juridiques autrement qu'au moyen du droit subjectif. Ses promoteurs au début du XX^e siècle n'ont eu de cesse de souligner l'opposition radicale entre les deux notions. Parce que la compétence « n'est point une chose concrète, objet d'un droit de propriété », elle échappe à la « volonté » et au « bon plaisir » de celui qui l'exerce⁴⁵. L'indisponibilité qui caractérise la compétence avertit de l'incompatibilité structurelle entre le pouvoir de vouloir les actes administratifs et la prescription extinctive. L'inaction prolongée ne peut ici jamais recevoir la signification d'une renonciation, car la compétence n'est ni une possession, ni un droit dont l'organe est le maître. Cette « inabdication⁴⁶ », et partant cette imprescriptibilité, s'attache à la compétence comme à toutes les situations objectives. La compétence appartient ainsi aux situations juridiques perpétuelles identifiées par Roubier : « On ne veut pas dire par-là que la situation juridique envisagée ne prendra jamais fin, car c'est là une chose qui dépasse les prévisions humaines [...] Ce qu'on appelle la perpétuité d'une situation juridique, c'est simplement la vocation à la perpétuité d'une situation qui, si elle n'est pas affectée d'un terme de durée, durera indéfiniment, même au-delà de la vie de son titulaire actuel⁴⁷ ».

Derrière cette imprescriptibilité présentée comme constitutive, consubstantielle à la compétence, se dissimule un bannissement intentionnel de la prescription⁴⁸. La lecture des ouvrages de droit privé en dévoile les motifs. Nourris de philosophie individualiste et libérale, les civilistes ont paré la prescription extinctive d'une nette finalité moralisatrice, celle-ci étant dépeinte comme une juste punition de la désinvolture du sujet de droit. Troplong loue « la sagesse du législateur, qui a vu en elle un remède efficace contre la négligence des citoyens, et même une sanction donnée à l'amour de la propriété, en forçant ce sentiment à se réaliser par l'activité et la vigilance, et en le retrempeant aux sources nouvelles du travail et de la possession, quand il se perd dans des mains oubliées⁴⁹. » A la même époque, Baudry-Lacantinerie refuse de s'« apitoyer sur le sort du propriétaire ou du créancier que la prescription dépouille, et de maudire le possesseur ou le débiteur qu'elle enrichit » et Guillaouard affirme que « la loi n'est pas faite pour conserver les droits de ceux qui négligent de les faire valoir⁵⁰ ». Cette vocation punitive⁵¹ de la prescription la rend impropre et même nocive à l'égard des compétences administratives. Les civilistes eux-mêmes concèdent qu'aucun devoir légal « n'est à même de subir les effets conjugués de l'apparence et du temps, fondements de toute prescription », faute de quoi la violation continue de celui-ci permettrait de s'en délier⁵². Admettre que la mise en sommeil d'une compétence entraîne sa submersion dans les flots du passé revient à absoudre les autorités administratives de leur devoir d'exercer leur compétence. L'éviction de la prescription extinctive

⁴⁵ R. FORNEL DE LA LAURENCIE, *De la délégation de compétence en droit administratif français*, Thèse droit, Bordeaux, Gounouilhou, 1901, p. 28, p. 32, p. 36. L. DUGUIT, *L'Etat, les gouvernants et les agents, L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, repr. de l'ouvrage paru en 1903, p. 390 ; G. JEZE, « Sanction des règles sur le recrutement des fonctionnaires publics. CE, 18 mars 1904, Savary ; 20 mai 1904, Berrest ; 17 juin 1904, Bessonnet », *RDP* 1904, p. 518 ; J. DELVOLLE, *Les délégations de matières en droit public*, Th. droit, Paris, Sirey, 1930, p. 61.

⁴⁶ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 426.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 424.

⁴⁸ Sur la dichotomie entre imprescriptibilité volontaire et structurelle, v. A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁴⁹ R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, *op. cit.*, t. 1, p. V.

⁵⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*, *op. cit.*, p. 20 ; L. GUILLOUARD, *Traité de la prescription, Livre III, Titre XX du Code civil*, Paris, A. Pedone, 1901, 2^e éd., p. 51.

⁵¹ L. LEGER, *Théorie générale de la prescription extinctive*, *op. cit.*, p. 4.

⁵² A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, *op. cit.*, p. 85.

répond donc à un désir de protection du pouvoir contre ceux qui l'exercent. L'imprescriptibilité permet de contrer l'incurie des individus qui occupent temporairement la fonction d'organe administratif. Abrisant la compétence de toute mutation volontaire ou involontaire, elle renforce la dépersonnalisation du pouvoir.

L'imprescriptibilité des compétences préserve de surcroît la singularité temporelle de la fonction administrative. Les publicistes français et allemands ont établi qu'au sein des fonctions de l'Etat, celle confiée à l'administration est la seule à se déployer continuellement⁵³. Elle se traduit en « actes immédiats, incessants [...] constamment renouvelés⁵⁴ », au contraire des interventions du législateur et du gouvernement qui ne sont qu'exceptionnelles ou intermittentes⁵⁵. L'inexploitation durable d'une compétence administrative n'apparaît pas pour autant purement hypothétique. Le devoir d'exercer une compétence n'implique pas pour les organes administratifs celui d'édicter un acte. Les penseurs de la fonction administrative ont souligné cette liberté de s'abstenir⁵⁶, l'abstention n'étant pas le néant juridique. Comme en droit civil, l'inertie peut constituer une forme d'expression de la volonté⁵⁷. Et, cette abstention volontaire, cette somnolence apparente, n'entraînent pas la disparition des attributions confiées à l'organe. La fonction administrative échappe largement à l'influence du temps. Parce qu'elle représente « la vie même de l'Etat⁵⁸ », elle suppose le pouvoir « à tout moment et dans n'importe quelles circonstances de prendre les mesures nécessaires pour affronter les situations concrètes, incalculables et imprévisibles⁵⁹. » Les compétences rappellent alors les facultés, exaltées par les civilistes. Elles ont en partage la virtualité de l'intermittence qui découle de leur finalité même. Comme les compétences, les facultés ne disparaissent jamais, pas même après trente années sans en faire usage, car elles ont été données à l'homme pour en user en tout temps selon ses besoins⁶⁰. Troplong explique ainsi : « le défaut d'exercice de la faculté est parfaitement insignifiant [...] une faculté a cela de propre que son exercice est tout à fait subordonné aux éventualités de la vie et aux nécessités du moment [...] puisque les facultés ont été données à l'homme pour qu'il puisse s'en servir suivant ses besoins, ne serait-il pas absurde de les lui enlever, parce que, ce besoin n'étant pas né, il n'a pas eu à en faire usage ? Dans l'ordre juridique, les facultés sont les droits qu'on peut laisser sommeiller jusqu'à ce que la nécessité les éveille. Ce sont ceux que chaque homme tient en réserve pour [...] un avenir qu'il ne connaît pas, et satisfaire, plus tôt ou plus tard, des besoins contingents qu'il ne lui est pas donné de prévoir⁶¹. »

Aussi logique qu'utile, l'imprescriptibilité des compétences profite d'une assise conceptuelle si solide que son écho pourrait s'amplifier à tout instant en droit positif. A l'inverse,

⁵³ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, repr. de l'ouvrage paru en 1920, t. 1, p. 468 ; *L'Etat moderne et son droit*, trad. G. FARDIS, Paris, Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, reproduction de l'édition de 1911, t. 2, p. 321.

⁵⁴ E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP* 1900, t. 1, pp. 232-235.

⁵⁵ V. par ex., M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, L.S.R.S., 9^e éd., 1919, p. 35, en note. V. également R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, t. 1, p. 468.

⁵⁶ E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *préc.*, pp. 243-244 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 5^e éd., 1903, p. 185.

⁵⁷ V. sur ce point G. JEZE, « Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public. CE, 28 juillet 1905, *Mathieu*, 7 août 1905, *Ducreux*, *Zille-Desilles* », *R.D.P.* 1905, pp. 764-785.

⁵⁸ J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1907, p. 9 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁹ B. PLESSIX, *in La compétence*, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁰ A. LE ROUX DE BRETAGNE, *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, *op. cit.*, p. 98.

⁶¹ R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, *op. cit.*, t. 1, pp. 162-163.

la fermeté apparente de la règle de l'imprescriptibilité du domaine public contraste avec les hésitations conceptuelles qui ont accompagné son émergence.

II] L'imprescriptibilité discontinue du domaine public

L'histoire de l'imprescriptibilité du domaine public conforte la conception pendulaire du temps défendue notamment par Maurice Hauriou⁶². Les oscillations quant au principe même de sa résistance à la prescription acquisitive (A) comme les revirements pour le justifier (B) trahissent les intarissables allées et venues des théories juridiques.

A- Une règle inconstante

L'idée selon laquelle les dépendances du domaine public échappent à la prescription acquisitive peine longtemps à s'imposer. Au XVI^e siècle, l'esquisse de sacralisation du domaine de la Couronne est très vite contrariée. Par l'édit du 30 juin 1539, François I^{er} s'efforce de le soustraire au commerce des hommes, et plus largement à leur volonté, comme à toute emprise temporelle. Les opposants à la thèse de l'inefficacité de l'écoulement du temps sur la consistance du domaine ne tardent pas, cependant, à exploiter une ordonnance d'Henri II, rédigée en 1555 à propos du Dauphiné. En énonçant qu'une prescription de cent ans peut être opposée au fisc, le texte ravive la controverse⁶³. Tandis que d'aucuns y voient l'illustration d'une règle générale applicable à tout le royaume, d'autres l'interprètent comme une dérogation limitée à une seule province⁶⁴. L'édit d'avril 1667 portant règlement général sur le domaine de la Couronne s'emploie à étouffer ces querelles doctrinales persistantes. Désireux de restaurer l'intégrité d'un domaine jusqu'alors amputé au gré des besoins de financement de ses prédécesseurs, Louis XIV annonce que les biens réunis à la couronne le seront pour « toujours [...] nonobstant toute prétention de prescription et espace de temps ». L'inscription de l'imprescriptibilité du domaine dans un édit, présenté au demeurant comme « perpétuel et irrévocable », ne suffit pas néanmoins à l'implantation définitive du principe. Domat ou Dunod de Charnage enregistrent certes cette évolution. En soulignant que ce sont « les lois » ou « les édits » qui « rendent » le domaine du Roi imprescriptible⁶⁵, ils trahissent toutefois leur scepticisme face à une règle qu'ils regardent comme dépourvue d'assise logique. La banalisation du domaine par l'attitude profanatrice des monarques forme un legs intellectuel dont il est difficile de se départir. Le *Traité historique des droits du souverain en France* atteste de la persistance des résistances. Un siècle après l'édit de 1667, François de Paule Lagarde évoque encore « la prescription centenaire autorisée précisément contre le Roi par la Déclaration d'Henry II⁶⁶ ». Pour lui comme pour ses prédécesseurs, l'imprescriptibilité s'éclaire notamment « par la nature de la chose » ou par « la qualité de celui contre qui on l'allègue⁶⁷ ». Si Lagarde érige le « droit législatif », « le droit de faire la guerre et la paix », le droit de « forger monnaies » au rang d'attributs « absolument imprescriptibles », il conteste prudemment la protection du domaine contre l'usucapion : « Dans cette étendue qu'on donne partout à la prescription, on ne doit pas trouver étrange qu'on veuille s'en servir contre le Roi pour des choses qui sont de commerce et qui ne diminuent en rien les droits de souveraineté. Ainsi il doit

⁶² V. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd., p. 254.

⁶³ Sur les incertitudes antérieures au règne de François I^{er}, v. G. LEYTE, « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français (XVI^e-XVIII^e siècle) », préc., p. 9.

⁶⁴ V. X. GODIN, *La réformation des domaines de mainmorte en Bretagne sous le règne de Louis XIV. Le cas du regaire urbain de Nantes*, mémoire dact. de DEA d'histoire du droit, Université de Rennes 1, 1999, p. 24.

⁶⁵ J. DOMAT, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. 2, p. 220 ; F.I. DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Eglise et des dîmes, op. cit.*, p. 273.

⁶⁶ F. de PAULE LAGARDE, *Traité historique des droits du souverain en France*, Paris, Rozet, 1767, p. 93.

⁶⁷ J. DOMAT, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. 2, p. 220.

demeurer pour constant [...] que tout ce que le Roi peut accorder, donner, vendre, engager et généralement tout ce qui peut être mis hors de ses mains sans préjudicier à la souveraineté, peut peut-être s'acquérir par prescription ». Tandis que les biens propres du roi sont sujets aux mêmes prescriptions que ceux des particuliers, le domaine de la Couronne jouit d'un traitement similaire aux possessions de l'Eglise. Le délai de cent ans est encore requis pour ravir leurs propriétés.

La Révolution attise la confusion. Le décret du 22 novembre 1790 évince fermement, en apparence, l'imprescriptibilité en soumettant à une prescription quarantenaire les domaines nationaux. Parce que l'imprescriptibilité est traditionnellement mise au service de la protection des mineurs et des incapables⁶⁸, son bannissement revêt une portée symbolique intense. Il témoigne de l'achèvement de la minorité ou de l'incapacité politique de la Nation⁶⁹. L'accès à la propriété⁷⁰ traduit et renforce sa puissance en lui offrant le pouvoir de disposer souverainement de ses biens. La présentation du décret comme une déclaration d'émancipation de la Nation dissimule imparfaitement cependant les raisons pragmatiques qui incitent ses rédacteurs à revivifier la prescription. Dès 1789, l'impérieuse nécessité de « payer les créances arriérées et exigibles » contraint l'Assemblée nationale à autoriser la mise en vente d'une part des domaines de la Couronne⁷¹. L'ouverture à la prescription des seuls domaines nationaux dont l'aliénation a été permise par un décret de l'Assemblée nationale s'offre comme un gage aux acquéreurs d'une rupture définitive avec la pratique monarchique des révocations⁷². Conjoncturelle et accidentelle, la brèche dans l'imprescriptibilité du domaine de la Couronne reste circonscrite. Les forêts, les chemins publics, les rues, les fleuves et rivières navigables, les lais et relais de la mer, les ports demeurent notamment préservés de l'usucapion⁷³. Ce flux et reflux brouille inexorablement la lisibilité de l'imprescriptibilité du domaine. Le commencement du XIX^e siècle confirme l'historicité de cette technique juridique. Loin d'échapper à toute temporalité, elle apparaît, comme bien d'autres institutions juridiques à l'époque, particulièrement éphémère et fugace. Les soubresauts qui la secouent traduisent les convulsions de l'histoire constitutionnelle française. La Restauration s'accompagne ainsi de la résurgence de l'imprescriptibilité des biens compris dans la dotation de la Couronne, mais la situation des finances conduit à soumettre à la prescription l'ensemble des forêts dorénavant affectées à la caisse d'amortissement⁷⁴.

Désormais préservés de ces vacillations, l'imprescriptibilité du domaine public, et son corollaire l'imprescriptibilité de l'action domaniale, bénéficient d'un ancrage solide dans le droit positif⁷⁵. Amorcée au XIX^e siècle, cette consolidation s'épanouit dans le premier tiers du XX^e

⁶⁸ A.J. MERLIN, *De la prescription acquisitive*, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁹ V. les propos de l'un des rapporteurs du comité du domaine chargé de préparer le décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, Enjubault de la Roche, retranscrits par J.-M. HUET-GUYARD in *La distinction du domaine public et du domaine privé*, Th. droit, Paris, Domat-Motchrestien, 1939, p. 49 : « la Nation, sous les rois, pouvait être comparée à un mineur destitué de ses défenseurs, ce qui expliquait qu'on ne pouvait lui opposer une possession valable, il n'en sera plus de même maintenant ».

⁷⁰ V. les propos d'Enjubault de la Roche, retranscrits par J.-M. HUET-GUYARD in *La distinction du domaine public et du domaine privé*, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁷¹ V. l'article 2 du Décret du 19 décembre 1789 : « Les domaines de la Couronne, à l'exception des forêts et des maisons royales dont sa Majesté voudra se réserver la jouissance, seront mis en vente, ainsi qu'une quantité de domaines ecclésiastiques, suffisante pour former la valeur de 400 millions ».

⁷² Sur l'important contentieux suscité par la vente des domaines nationaux, v. par ex. les divers écrits de Léon Aucoc.

⁷³ V. l'art 2 du décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790.

⁷⁴ V. A. LE ROUX DE BRETAGNE, *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, *op. cit.*, t. 1, p. 167.

⁷⁵ V. notamment les références jurisprudentielles citées par C. LAVIALLE in « L'imprescriptibilité du domaine public », *RFDA* 1985, p. 34, note 38 et les développements de C. FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, *op. cit.*, p. 7. V. également l'article L. 52 du Code du domaine de l'Etat adopté en 1957 puis l'article L. 3111-1 de l'actuel CGPPP.

siècle. Les apparitions et disparitions du principe marqueront durablement la doctrine. Instillant l'idée que l'imprescriptibilité forme une caractéristique extrinsèque, contingente, elles retardent et compliquent sa justification théorique. Pas plus que la règle de l'imprescriptibilité du domaine public, le discours doctrinal qui s'y rapporte ne se caractérise par la fixité.

B- Un socle logique instable

Parce que l'imprescriptibilité du domaine public semble longtemps échapper à toute rationalité autre que financière ou politique, son explication logique constitue un authentique défi. La convocation successive des trois justifications classiques⁷⁶ de l'imprescriptibilité trahit les difficultés rencontrées pour la fonder rationnellement.

Sous l'Ancien Régime, la thèse de l'imprescriptibilité par nature du domaine public éclôt sous la plume des « domanistes⁷⁷ ». Ces derniers posent les fondations de l'Etat moderne, impersonnel et intemporel, en justifiant méthodiquement la pérennité de ses éléments matériels. Les domanistes, tels Bacquet, Choppin, de la Mare, isolent le domaine de la personne du roi et l'entrelacent avec la fonction souveraine. Tandis que le monarque ne détient qu'un droit de garde sur les biens dorénavant attachés à la fonction royale, ceux-ci jouissent de l'imprescriptibilité qui caractérise les droits de souveraineté. L'indisponibilité du domaine de la Couronne tend à se confondre avec l'indisponibilité de la Couronne elle-même. L'alliance des deux lois dans le formulaire du serment du sacre traduit cette contiguïté.

La Révolution compromet cette œuvre de sacralisation et d'objectivation du domaine en attisant une conception subjective de l'imprescriptibilité. La doctrine faisant dépendre l'application de l'usucapion de la personnalité du gardien ou du propriétaire⁷⁸ s'évanouit cependant dès l'aube du XIX^e siècle, au profit d'une analyse du domaine public en soi. La perspective et les débats changent néanmoins « radicalement⁷⁹ ». Alors que sous l'Ancien Régime, l'imprescriptibilité du domaine se rattache aux lois fondamentales du Royaume et relève des questions « d'ordre constitutionnel⁸⁰ », elle devient un sujet d'étude pour les civilistes et les administrativistes.

La thèse de la soustraction des biens du domaine public à la propriété privée, qui surgit au XIX^e siècle après la parenthèse révolutionnaire, semble un temps à même de fonder l'exclusion de l'usucapion. Au XVII^e siècle déjà, Pothier démontrait logiquement que la prescription étant un procédé d'acquisition de la propriété d'une chose, cette technique est impuissante à déployer ses effets sur les biens insusceptibles d'appropriation privée⁸¹. Maniée par les civilistes et les administrativistes jusqu'au début du XX^e siècle⁸², la thèse des « biens hors commerce », et partant celle de l'imprescriptibilité *par nature* du domaine public, présente de solides qualités scientifiques. Elle propose d'abord une explication simple de l'imprescriptibilité. En expliquant un principe applicable aux dépendances du domaine public par leur origine, elle relie de surcroît cause et

⁷⁶ « Il y a des choses qui sont imprescriptibles par elles-mêmes ; il y en a d'autres qui ne le sont qu'à raison de leur destination ; il y en a enfin qui ne le sont qu'à raison des personnes qui les possèdent ». R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, op. cit., t. 1, p. 144.

⁷⁷ Les développements sur la justification de l'imprescriptibilité du domaine sous l'Ancien Régime sont ici empruntés à un article d'Y. GAUDEMET intitulé « Le droit des biens publics : d'hier à aujourd'hui », in *Le service public : liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 203-207.

⁷⁸ V. en ce sens C. LAVIALLE, « L'imprescriptibilité du domaine public », préc., p. 28.

⁷⁹ Y. GAUDEMET, « Le droit des biens publics : d'hier à aujourd'hui », préc., p. 204.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 207.

⁸¹ R.J. POTHIER, *Œuvres complètes*, op. cit., t. 16, p. 145.

⁸² V. par ex. A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Larose et Forcel, 2^e éd., 1885, t. 5, p. 310 ; T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris, A. Fontemoing, 7^e éd., 1900, t. 4, p. 89 ; H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, A. Rousseau, 1900-1901, pp. 383 et s.

conséquences. A l'image des facultés, les biens échappant à l'appropriation sont dépeints comme « ceux que la Providence départit à tous indistinctement, comme l'air, la lumière, l'eau⁸³ » ou encore comme ceux qui « par la destination reçue de Dieu ne peuvent jamais devenir la propriété exclusive de personne », une telle possession étant « incompatible avec les vœux du créateur⁸⁴ ». L'imprescriptibilité offre, au XIX^e siècle comme dans la Rome antique⁸⁵, une traduction juridique de cette origine divine. Elle l'imprime dans le droit en soustrayant ces biens sacrés à l'empire des hommes.

Les vertus apparentes de la doctrine de l'imprescriptibilité par nature du domaine public dissimulent mal toutefois sa vocation explicative restreinte. Elle ne parvient pas à fonder rationnellement l'exclusion de l'usucapion dont profite l'ensemble des biens du domaine public. Elle délaisse les dépendances, tels « les chemins et les routes, les ports, les havres, les rades, les remparts, murs, fossés et portes des places de guerre », qui apparaissent difficilement comme des biens soustraits à la possession des hommes par une puissance supérieure. Si l'imprescriptibilité des éléments naturels est essentielle, celle des choses façonnées par l'homme demeure légale, « accidentelle », « factice » ou « artificielle⁸⁶ ». Condamnée à maintenir une justification duale, la doctrine de l'imprescriptibilité naturelle du domaine public contrarie le « besoin d'unité inhérent à l'esprit humain⁸⁷ ».

L'émergence de la thèse propriétaire sous les plumes de Simonet, Saleilles, Michoud, Hauriou, Mestre ou Waline⁸⁸ met fin à la dualité des justifications en imposant, dans le premier tiers du XX^e siècle, la seule thèse de l'imprescriptibilité par destination. Dès 1902, Barckhausen proclame que « personne ne conteste que notre droit ne déclare inaliénables et imprescriptibles, rien qu'à raison de leur destination directe et indéfinie, certains immeubles et même certains meubles dont profitent essentiellement l'ensemble ou les fractions principales de notre société civile⁸⁹. » Aussitôt que l'imprescriptibilité est liée à l'affectation des dépendances « à l'usage du public », « à un service d'utilité générale », « à un but d'utilité publique » ou « à un service public⁹⁰ », elle subit d'importantes mutations. Dès lors que l'imprescriptibilité du domaine public ne reflète plus l'empire du droit naturel et traduit des choix humains, elle ne revêt plus de caractère absolu et immuable⁹¹. Cette technique juridique devient précaire, temporaire, provisoire. Elle n'est plus placée hors du temps. Elle ne dure qu'aussi longtemps que persiste l'affectation, dont les auteurs soulignent à l'envie qu'elle « n'est pas perpétuelle⁹² ». Privée d'éternité, cette imprescriptibilité volontaire ne fait pas de l'homme l'égal de Dieu. Elle ensevelit au contraire la sacralité du domaine public et avertit qu'il n'existe plus de choses « placées au-dessus du pouvoir et de la disposition des hommes⁹³ ». L'idée selon laquelle le monde des hommes est l'œuvre d'autre chose que de ces hommes eux-mêmes ne nourrit plus le droit administratif. L'imprescriptibilité du domaine public s'éclaire entièrement par sa vocation utilitaire. Elle traduit un dessein, celui de

⁸³ R.J. POTHIER, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. 16, p. 252.

⁸⁴ A. LE ROUX DE BRETAGNE, *Nouveau traité de la prescription en matière civile, op. cit.*, pp. 119-120.

⁸⁵ « A Rome, une chose était imprescriptible par cela seul qu'elle était sacrée ». *Ibid.*, p. 149.

⁸⁶ R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil, op. cit.*, p. 145.

⁸⁷ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1914, t. 1, p. 160.

⁸⁸ V. notamment sur la thèse propriétaire M. WALINE, *Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Th. Droit, Paris, Jouve, 1925, pp. 93 et s.

⁸⁹ H. BARCKHAUSEN, « Etude sur la théorie générale du domaine public », *RDP* 1902, t. 2, p. 401.

⁹⁰ V. notamment C. AUBRY et C.F. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, 5^e éd., t. 2, p. 48 ; R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil, op. cit.*, p. 145.

⁹¹ R.J. POTHIER, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. 16, p. 252.

⁹² R. T. TROPLONG, *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil, op. cit.*, p. 145.

⁹³ R.J. POTHIER, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. 16, p. 252.

prémunir les biens du domaine public contre les tiers, afin d'éviter qu'ils n'en acquièrent la propriété après une possession prolongée et se révèle « plus utile encore pour protéger le domaine public mobilier⁹⁴ ». Puisque cet instrument, à l'inverse de l'inaliénabilité⁹⁵, n'est pas destiné à préserver les dépendances du domaine public contre les organes de l'administration, il peut accueillir une part de subjectivisme. Cette imprescriptibilité adventice n'a de sens que si les organes administratifs en conservent la maîtrise. L'imprescriptibilité par destination reflète alors la résurgence d'une forme d'asymétrie, les biens du domaine public échappant à la volonté des administrés et non entièrement à celle des organes administratifs. Ni la doctrine universitaire, ni la doctrine organique n'acceptent en effet toutes les virtualités de la théorie de l'imprescriptibilité par destination. L'imprescriptibilité ne cesse pas avec la désaffectation. Elle suppose encore la manifestation d'une volonté expresse de déclassement. Dès 1901, Berthélémy écrit ainsi : « on dit quelquefois que le déclassement peut résulter aussi d'un fait rendant impossible la destination publique du domaine [...] Mais encore faut-il que ce fait, pour valoir déclassement, émane de l'administration et soit régulièrement et légalement ordonné. Sans cela, l'imprescriptibilité du domaine public serait un mot vide de sens. On ne comprendrait pas que quelqu'un prétendît usucaper sans posséder privativement ; or une possession privative du domaine public suppose, de la part du possesseur, des travaux contraires à la destination normale de la dépendance possédée [...] ou bien cette occupation privative est inopérante, et le domaine public n'est jamais prescriptible, ou bien elle est efficace, et le domaine public est toujours prescriptible⁹⁶ ». Ce plaidoyer en faveur d'un « acte volontaire et conscient », d'une volonté « précise » et d'une décision formelle de déclassement est répété en 1925 par Waline, dans sa thèse, et en 1930 par Rivet, à l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt Marrot⁹⁷.

L'imprescriptibilité du domaine public semble aujourd'hui encore caractérisée par une certaine instabilité. Sa pérennisation suppose constamment de sonder ses bénéficiaires. Sa progression comme sa régression apparaissent alors comme deux évolutions également possibles. Puisque la destination ou l'affectation est supposée justifier et circonscrire l'imprescriptibilité, celle-ci pourrait être étendue aux nombreux biens du domaine privé, tels les chemins ruraux, qui sont affectés au public ou au service public⁹⁸. Toutefois, les vertus moralisatrices et pacificatrices de l'usucapion, louées par les civilistes depuis le XIX^e siècle, se concilient davantage avec la logique de valorisation du domaine public comme avec les intérêts patrimoniaux des occupants illégitimes du domaine public⁹⁹. La reconnaissance par la Cour de Strasbourg de droits au profit de ces derniers, notamment lorsqu'ils apparaissent de bonne foi et que l'administration, à l'inverse, s'est illustrée par ses négligences, semble annonciatrice d'un bouleversement des conceptions et des règles. Depuis le milieu des années 2000, l'interprétation extensive du droit au

⁹⁴ C. FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, op. cit., p. 7.

⁹⁵ C. LAVIALLE, « L'imprescriptibilité du domaine public », préc., p. 29.

⁹⁶ H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., pp. 386-387.

⁹⁷ V. M. WALINE, *Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, op. cit., p. 42 ; R. RIVET, concl. sur 20 juin 1930, Marrot, D. 1931.3.32 « Qui a donné à telle portion du territoire, plutôt qu'à telle autre, le caractère d'intérêt général constitutif de la domanialité ? Le fait que l'Administration a été, jusqu'ici, seule créatrice, entraîne l'obligation pour elle, le jour où elle estime que la parcelle classée ne répond plus à son objet, de marquer sa volonté de façon précise, par un acte formel de déclassement. Admettre [...] qu'une modification de fait peut suffire, c'est autoriser les tiers à donner, à l'occasion, à un défaut d'entretien momentané la portée d'un abandon définitif ; c'est, en réalité, considérer comme lettre morte le principe de l'imprescriptibilité du domaine ».

⁹⁸ C. FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, op. cit., p. 9.

⁹⁹ Sur l'idée selon laquelle « le marbre dans lequel semblent gravées l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public s'avère soluble dans les droits de l'homme », v. D. COSTA, « L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Bien public, bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fátome*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 87 et s.

respect des biens, garanti par l'article premier du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme, contraire ainsi la vigueur de l'imprescriptibilité du domaine public¹⁰⁰.

Le temps conserve donc son emprise sur l'imprescriptibilité. L'introduction de la prescription de l'action disciplinaire dirigée contre un agent public confirme que la validité de cette technique juridique n'est pas éternelle.

III] L'imprescriptibilité révolue de l'action disciplinaire

L'importance contemporaine de certaines valeurs, à l'instar de la sécurité juridique, condamne certaines règles anciennes, comme l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire, à la disparition (A). Cette modernisation du droit positif dissimule une véritable révolution conceptuelle (B).

A- Un principe renversé

En 1901, la décision *Sieur Walzjin Estherazy* dévoile un principe qui va régulièrement ponctuer la jurisprudence administrative jusqu'au début du XXI^e siècle¹⁰¹. L'attachement constant du Conseil d'Etat à l'idée que l'action disciplinaire à l'égard des agents publics « n'est soumise à aucune prescription », se nourrit d'une conception spécifique de l'imprescriptibilité. Elle conforte la conviction, énoncée dès la fin du XIX^e siècle par Lucien Léger, que « l'imprescriptibilité est la règle, la prescriptibilité l'exception¹⁰² ». L'utilisation intensive de la technique de la prescription dissimule cette évidence que l'écoulement du temps ne reçoit de signification juridique que lorsque le droit s'en empare effectivement. Sans cet acte d'appropriation et de construction, le temps demeure étranger au domaine juridique. Dès lors, l'imprescriptibilité, l'indifférence d'un droit ou d'une action au passage des années, n'a pas à être instituée. Elle existe sans acte de l'homme, tandis que la prescription, mécanisme dérogatoire, requiert une intervention humaine. Cette imprescriptibilité, qui est ici involontaire, se pare de la vertu de la longévité, voire de « l'intangibilité¹⁰³ ». La patience avec laquelle les agents publics et leurs conseils ont tenté de temporaliser la discipline, de doter l'écoulement du temps d'une puissance juridique extinctive est en effet demeurée infructueuse. Malgré l'inventivité de certains tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat s'est constamment abstenu de réguler le temps de l'action disciplinaire¹⁰⁴. Dans sa décision du 12 mars 2014, il confirme qu'« aucun texte ni aucun

¹⁰⁰ CEDH gr. Ch. 30 novembre 2004, n° 48939/99, *Öneriyildiz c. Turquie*, AJDA 2005.550, obs.J.-F. FLAUSS ; CEDH 11 octobre 2005, n° 37451/97, *N. et A. c. Turquie*, *Etudes foncières* 2005, n° 118, p. 40, chron. F. HAUMONT et P. STREICHEN ; CEDH 22 juillet 2008, n° 35785/03, *Köketepe c. Turquie*, RDI 2008, pp. 505-506, note N. FOULQUIER ; V. cependant CEDH gr. Ch. 29 mars 2010, n°34044/02, *Depalle c. France*, n°34078/02, *Brosset-Triboulet c. France*, AJDA 2010, pp. 1311-1318, note M. CANEDO-PARIS, confortant le régime français de domanialité publique, au moins lorsque la préservation du littoral et de l'environnement est en cause.

¹⁰¹ CE, 18 janvier 1901, *Sieur Walzjin Estherazy*, Rec. 37 ; CE, 27 mai 1955, *Sieur Deleuze*, AJDA 1955, t. 2, p. 275 ; CE, 14 juin 1991, *Aliquot*, Rec. T. 1023 ; CE 7 février 2001, *Thomas*, Rec. 838.

¹⁰² L. LEGER, *Théorie générale de la prescription extinctive*, op. cit., p. 160.

¹⁰³ C. FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, op. cit., p. 154.

¹⁰⁴ V. TA Montpellier, 8 février 2006, n° 0301341, S. c/ Min. de la Défense, JCP A 2006, 1086, concl. P. de MONTE et note J. M. MAILLOT ; V. la décision de la CAA Marseille, 12 décembre 2011, n° 09MA03062, *Mme Rodica*, AJDA 2012, p. 837, note G. PEISER, évoquant un « délai raisonnable pour engager les poursuites disciplinaires » ; V. surtout la décision de la CAA Marseille, 29 janvier 2013, n°11MA0224, AJDA 2013, p. 1642, note H.B. POUILLAUDE : « Considérant que si aucun texte applicable à l'ensemble de la fonction publique n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire, il appartient cependant à l'autorité compétente de respecter, sauf à méconnaître un principe général du droit répressif un délai raisonnable entre la date où elle a connaissance des faits qu'elle reproche à un agent, et celle où elle décide d'engager des poursuites disciplinaires contre lui, ainsi qu'entre cette dernière date et celle où elle décide de prononcer une sanction ».

principe général du droit n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire à l'égard d'un fonctionnaire »¹⁰⁵. L'inflexibilité dont il a fait montre contraste avec les illustres arrêts consacrant notamment l'effet « consolidant » du temps sur certaines situations juridiques¹⁰⁶. Elle s'oppose aussi à l'audace de la Cour de cassation qui, avant l'adoption de la loi Auroux du 4 août 1982, avait affirmé l'empire de la prescription sur les poursuites disciplinaires¹⁰⁷. Cette circonspection rappelle en revanche la réserve des membres du Conseil d'Etat face à la juridicisation du silence à la fin du XIX^e siècle. Dans son *Traité* par exemple, Laferrière dénonçait l'inertie de certaines autorités administratives tout en présentant le législateur comme la seule autorité légitime pour créer des fictions et étendre les hypothèses d'assimilation entre le silence et une véritable décision¹⁰⁸. Le refus du Conseil d'Etat comme du Conseil constitutionnel¹⁰⁹ de découvrir un principe jurisprudentiel bornant l'action disciplinaire trahit une conviction similaire, celle que l'imprescriptibilité forme un état naturel que l'adoption d'une loi est seule à même de renverser. Les juges réservent ainsi à la puissance législative la faculté de reconnaître la force destructrice du temps sur le droit, de « solder le passé¹¹⁰ », de transformer le passage des années en vecteur d'apaisement, d'oubli et de pardon.

Si cette imprescriptibilité n'apparaissait pas ici perpétuelle, dès lors qu'elle était bornée par la cessation des fonctions ou le décès de l'agent public¹¹¹, elle a suscité des critiques persistantes et de plus en plus vives au sein du Conseil d'Etat et de la doctrine, cette dernière invoquant tour à tour le droit du travail, les droits étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme¹¹². Parce que l'adoption de l'article 36 de la loi du 20 avril 2016 qui enserme la procédure disciplinaire dans un délai de trois années comblait les aspirations des agents publics aussi bien que de l'administration¹¹³, elle n'a provoqué ni débat au sein du Parlement ni réaction doctrinale. L'ensevelissement de l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire à l'égard des agents publics apparaît alors comme une authentique révolution silencieuse.

B- Une révolution conceptuelle

Le renoncement à l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire peut apparaître pour certains comme une confirmation de la parenté entre la répression pénale et la répression administrative. Nombre d'auteurs ont dépeint l'intemporalité de l'action disciplinaire comme une anomalie soumettant la faute disciplinaire au régime exceptionnel réservé au crime contre

¹⁰⁵ CE, 12 mars 2014, *Etablissement public départemental C.A.T. Foyer Louis Philibert*, n°367260.

¹⁰⁶ V. par ex. CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, n°197018 ; CE, Ass. 13 juillet 2016, *Czabaj*, n°387763.

¹⁰⁷ Cass. soc. 12 octobre 1977, *Société transports routiers automobiles de marchandises La Vignette c/ Beauceux*.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 429 et p. 433.

¹⁰⁹ CC, décision n°2011-199 QPC du 25 novembre 2011.

¹¹⁰ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4e éd., 2003, p. 139.

¹¹¹ Sur l'idée selon laquelle l'imprescriptibilité ne signifie l'éternité que lorsqu'elle est appliquée à l'Etat, v. F. LENICA, concl. sur CE, Avis, Ass., 16 février 2009, *Madame Hoffman Glemane*, RFD A 2009, p. 324.

¹¹² Sur la doctrine, v. par ex. S. BOLLE, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique », RFD A 2001, pp. 421 et s. ; F. LAURIE, « Faut-il mettre fin à l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires ? », AJDA 2002, pp. 1386 et s. ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 2005, p. 344 ; C. FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, op. cit., p. 156 et les nombreuses références citées par lui en note de bas de page 923. Sur la critique par le Conseil d'Etat, v. par ex. J. M. SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français », AJDA 2001, pp. 16 et s.

¹¹³ V. la chronique de C. MAUGUE et R. SCHWARTZ relative à la décision du CE, 14 juin 1991, *Aliquot* (AJDA 1991, p. 506) mentionnant que le secrétaire d'Etat à la Fonction publique s'était en l'espèce prononcé en faveur de l'instauration d'une prescription de l'action disciplinaire.

l'humanité¹¹⁴. Alors que l'essence de celui-ci justifie qu'il se maintienne dans le présent plutôt que de devenir un événement historique¹¹⁵, l'imprescriptibilité de la faute disciplinaire serait un accident dû aux seules lacunes du droit. Dès 1903 cependant, Henri Nézard avertissait de l'impropriété de la pensée pénaliste pour penser le temps de l'action disciplinaire¹¹⁶. Ni l'argument tiré du dépérissement de la preuve, ni la présomption de renonciation à poursuivre, imaginés pour éclairer la prescription de l'action publique ne résonnent en droit administratif¹¹⁷. Si certains pénalistes, pétris de raisonnements civilistes, ont évoqué le droit subjectif de punir, le modèle des facultés imprescriptibles a dès le XX^e siècle nourri la conceptualisation de la sanction disciplinaire. Même l'idée que le temps efface le souvenir des faits coupables¹¹⁸ a longtemps semblé impuissante à justifier l'encadrement temporel de l'action disciplinaire. Si les souvenirs humains sont périssables, l'oubli n'est pas du domaine de Dieu. Or, l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire constituait une rémanence de l'intemporalité de la sujétion, reconnue dans l'ancien droit public. Au XVIII^e siècle, Dunod de Charnage affirmait ainsi : « L'on ne peut se soustraire par la prescription, à l'autorité spirituelle du Souverain pontife, parce qu'il ne peut pas lui-même en accorder l'exemption ; cette autorité étant attachée de Droit divin au Pontificat, pour l'exercer sur tous les chrétiens [...] le droit divin étant immuable. Il en est de même de l'autorité des souverains, parce qu'elle vient de Dieu, et qu'elle est établie pour conserver le bon ordre et la tranquillité publique [...] L'obéissance et la révérence que les inférieurs doivent à leurs supérieurs sont imprescriptibles, parce que les supérieurs représentent les souverains qui les ont établis pour exercer leur autorité ; le bien de la société demande qu'on leur obéisse et qu'on les respecte¹¹⁹. » La nature de la faute, commise ici non contre l'humanité, mais envers Dieu, justifiait alors qu'elle soit placée hors du temps. Le pardon échappait ainsi à l'empire des hommes du droit. En remplaçant l'espérance dans la miséricorde divine par la certitude du pardon de l'autorité hiérarchique au-delà d'un délai de trois ans à compter du jour où elle a eu connaissance effective des faits, la loi du 20 avril 2016 procède à une authentique subversion. La disparition de l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire couronne la désacralisation de l'autorité. L'ensevelissement d'un vestige de l'ancien droit, et la rupture avec les dogmes dont il était porteur, parachèvent dans la plus grande indifférence, l'œuvre révolutionnaire.

Ces trois histoires de l'imprescriptibilité confortent la croyance en l'idée que « dans toute institution juridique peuvent se déceler avec une étonnante évidence certaines vues nationales fondamentales, dont le peuple n'a cependant jamais eu conscience ou dont il n'a eu que le pressentiment¹²⁰ ». Si l'étude des généalogies de l'imprescriptibilité dévoile certaines fins du droit administratif, elle avertit paradoxalement de l'étiollement du divin dans cette discipline. Le bannissement de l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire traduit une profanation de l'autorité hiérarchique, tandis que la consécration de l'imprescriptibilité du domaine public avertit de sa banalisation. C'est pour ne pas les avilir, ne pas les réduire à des objets de propriété, que

¹¹⁴ V. par ex. F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 344 ; A. BLANDIN-CAROLO, « Infraction pénale et droit disciplinaire », in S. NIQUEGE (dir.) *L'infraction pénale en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 192 ; F. LAURIE, « Faut-il mettre fin à l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires ? », préc., p. 1386.

¹¹⁵ V. R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *RDP* 1996, p. 400 ; A. LAQUIEZE, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », *Droits*, 2000, n°31, p. 27. Sur l'imprescriptibilité par nature des crimes contre l'humanité, v. par ex. Conseil d'État, avis du 29 février 1996, n° 358597.

¹¹⁶ H. NEZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Thèse droit, Paris, A. Rousseau, 1903, pp. 276-277.

¹¹⁷ Sur les justifications de la prescription en matière pénale, v. par ex. L. DUPRAZ, *De la prescription en droit pénal*, Lausanne, La Concorde, pp. 13-20 ; F. DEL PERO, *La prescription pénale*, Berne, Staempfli, 1993, pp. 41-44.

¹¹⁸ J.L. E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, H. Plon, 3^e éd. 1863, t. 1, p. 318.

¹¹⁹ F.I. DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Eglise et des dîmes*, op. cit., p. 72.

¹²⁰ R. VON IHERING, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, op. cit., t. 1, p. 47.

l'imprescriptibilité des compétences demeure inexprimée. La technique de l'imprescriptibilité n'est donc plus évocatrice du sacré.