

Jacques Caillosse
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, Paris-2

LE PRINCIPE D'INALIÉNABILITÉ DU DOMAINE PUBLIC

UDK: 35. 07. (44)

Primljeno: 1. 12. 2017.

Izvorni znanstveni rad

Predmet ovog rada je načelo neotuđivosti javnih dobara. Načelo neotuđivosti javnih dobara je oduvijek predmet javne rasprave. Naime, spomenuto načelo se percipira kao komercijalno kretanje dobara na koje se odnosi, te je također određeno i kao jedno od glavnih pravnih prepreka ekonomskoj « privlačnosti » javne imovine.

Ključne riječi : Francuska, javna dobra, načelo neotuđivosti

Ce sujet, classique, déjà évoqué à Split lors de précédents colloques ¹(en 2007 et 2008), mérite d'être «réinvesti», partout où il est question de s'interroger sur l'*action administrative* en général. Il concerne la part (positive mais aussi, le cas échéant, négative) qui revient au droit des biens publics dans l'analyse globale des conditions de mise en œuvre des politiques publiques. En l'occurrence, il va s'agir d'engager cette analyse sous un angle bien particulier : aujourd'hui le principe d'inaliénabilité du domaine public est surtout perçu comme l'une des contraintes que le droit fait/ferait peser sur l'action publique.

Regardé d'un strict point de vue juridique le sujet est d'une très grande technicité et provoque une littérature doctrinale particulièrement abondante². Mais telle n'est pas ici la raison de son choix : la vieille question de l'inaliénabilité du domaine public offre un accès, parmi d'autres, au grand débat contemporain sur la nature des relations que le droit français de l'administration entretient avec ce que l'on appelle les exigences d'une économie moderne. Voilà l'argument principal du propos qui va suivre. Avant d'en venir à son développement, il y a lieu d'en circonscrire

¹ V. en particulier les contributions de M-A. Latournerie, *Problématique du droit des propriétés publiques en France*, et de E. Geffray, *Les différentes formes de protection du domaine public en France*, dans M. Gjidara, Z. Radic, D. Aviani, N. Simac, B. Britvic Vetma et Z. Piculjan (dirs), « Journées juridiques et administratives franco-croates », vol. 1, Partie générale : l'administration publique, Split/Paris, 2016, p.145 et s., et, p.163 et s.

² Retenons les livraisons n°5/2006 de la RFDA, *Propriété publique, domaine public*, et n°20/2006 de l'AJDA, *La codification du droit des propriétés des personnes publiques*. V. aussi le dossier *Le domaine public naturel* dans le n°42/2009 de l'AJDA. Cf. encore la thèse d'H. de Gaudemar, *L'inaliénabilité du domaine public*, Université de Paris 2, 2006, et les Actes du colloque *Domaine public et activités économiques*, n° hors série, octobre 19991, de la revue *Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz* (CJEG)

le champ. Pour cela quelques remarques suffiront, qui vont porter sur l'objet, la problématique et l'organisation générale de mon analyse.

Objet. De quoi exactement l'inaliénabilité du domaine public conduit-elle à parler? Ce thème concerne l'existence, à côté de la propriété du droit commun dont le Code civil précise l'identité juridique, d'une très importante propriété publique. Traditionnellement en France, une partie de cette propriété publique à laquelle on réserve le nom de domaine public, est tributaire, pour ce qui est de la détermination de son périmètre comme de son mode de fonctionnement, du système des règles propres au droit public³. L'une de ces règles, l'inaliénabilité, fait particulièrement débat : perçue comme un obstacle à la circulation marchande des biens auxquels elle s'applique, elle est désignée comme l'un des principaux freins juridiques à l'attractivité économique de la propriété publique⁴.

Problématique. Installé dans la longue durée de notre histoire, notre principe n'a pas pour autant disparu de la liste des questions d'actualité, du moins depuis la période 1960/1970. Il reste en effet indissociable d'un questionnement récurrent, et jamais pleinement satisfait, sur l'aptitude des biens domaniaux à accueillir les activités marchandes, à servir l'investissement et le développement économique⁵. Toute réflexion sur l'inaliénabilité du domaine public se trouve de ce fait aujourd'hui tiraillée entre deux discours-types en compétition. Le premier auquel la promotion juridique des valeurs environnementales (par le droit de l'Union européenne comme par le droit constitutionnel) a conféré une légitimité accrue se veut garant d'une protection de la domanialité publique menacée jusque dans son existence par une trop grande ouverture à la logique industrielle et commerciale. Le second qui prend appui sur une large coalition d'intérêts où se retrouvent des agents économiques publics et privés, mais aussi une part importante de la doctrine juridique, dénonce tout à la fois le périmètre trop généreux de la domanialité publique et le caractère contre productif de ses règles de gestion. Chacune des réformes ou promesses de

³ Le sujet proposé ici n'a, en tant que tel, rien de spécifiquement français. On retrouve en effet dans de nombreux droits nationaux le principe d'une nécessaire inaliénabilité de certaines catégories de biens publics. Ce principe s'inscrit alors dans une problématique plus générale visant à soumettre ces biens à un droit spécial, dérogeant au droit commun de la propriété privée. Reste que tous les Etats ne pratiquent pas cette singularité : s'ils admettent que les biens publics ont une fonction spécifique, ils ne leur imposent pas pour autant un droit spécial. Ils relèvent donc du droit courant de la propriété. Cela ne signifie pas que les collectivités publiques peuvent faire un libre usage de leur droit de propriété. L'affectation des biens domaniaux peut en effet rester inaliénable. Le cas français n'a donc rien d'unique : on retrouve ailleurs, sous d'autres formes, certains des principes qui l'informent. Mais il existe malgré tout en cette matière un certain particularisme français : il tient à l'histoire nationale, au rôle qu'a pu y jouer, jusque dans la conception des montages étatiques, le partage droit public/droit privé, ainsi qu'à l'importance tout à la fois matérielle et symbolique que revêt en France la propriété publique.

⁴ V. en ce sens les Actes, précités, du colloque *Domaine public et activités économiques*, des 20 et 21 septembre 1990. V. encore les travaux du colloque organisé par le Conseil d'Etat le 6 juillet 2011 sur *La valorisation économique des propriétés publiques*, La doc. française, Paris, 2013. On lira aussi l'étude de C. Manson, *Valorisation économique du domaine public et performance*, dans N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, col. «Colloques et débats», Paris, 2010, p. 227-244.

⁵ V. encore pour un exemple très récent l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, JORF n°0093 du 20 avril 2017. Sur ce texte, v. notamment J-G. Sorbara, *La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017*, RFDA, 2017, p. 705-714.

réforme visant le droit des propriétés publiques dépend de cette compétition des discours. Son résultat momentané donne à lire l'économie des réformes en cours ou en projet.

Organisation du propos. Même si l'on est ici tenu à des analyses succinctes, on ne peut sans risque de malentendu éviter de soumettre le principe d'inaliénabilité à une double lecture, laquelle correspond à sa double identité juridique : il est tout à la fois le produit d'une longue histoire qui continue de l'habiter et celui d'une actualité dominée par la lecture économique du droit. La première nous a appris à penser la domanialité publique hors commerce, la seconde entend bien nous libérer de cet héritage. Je vais donc revenir sur l'inscription durable du principe d'inaliénabilité dans notre histoire institutionnelle (*partie 1*), avant d'interroger la portée actuelle du principe (*partie 2*).

PARTIE 1

L'INSCRIPTION DU PRINCIPE D'INALIÉNABILITÉ DANS L'HISTOIRE INSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

Accordons-nous sur le sens de cet intitulé. Ce n'est évidemment pas à une histoire du principe d'inaliénabilité qu'il prétend introduire. Non seulement parce qu'il existe quantité de travaux qui en font leur objet, mais parce que la fonction donnée au présent texte est infiniment plus modeste. On ne trouvera ici que quelques repères chronologiques : il s'agit d'établir ainsi l'aptitude reconnue à un principe de «fonctionner», c'est à dire de demeurer juridiquement actif, dans le temps long de l'histoire institutionnelle.

Cette seule persistance constitue, au-delà du droit, un authentique phénomène politique. A travers elle, en effet, c'est une certaine expérience du partage public/privé que l'on voit se construire et s'imposer⁶ et, plus encore, c'est une certaine conception de l'Etat qui est à l'œuvre⁷. Pour argumenter au soutien de cette thèse, évoquons brièvement les antécédents lointains du principe d'inaliénabilité des biens domaniaux (1.-1), avant de décrire ses principales expressions contemporaines en droit français (1.-2).

⁶ V. en ce sens la thèse de P. Chrétien, *La distinction des domaines comme forme symbolique*, Paris 1, 1990.

⁷ V. par exemple, C. Lavialle, *La distinction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'ancien Régime*, Droits, n°15/1992, p. 19-31.

1.-1. Les antécédents lointains

Soyons clair sur les raisons de ce bref détour par l'histoire. On ne cherche nullement à laisser croire que l'actuel principe d'inaliénabilité des biens du domaine public existait dès l'Ancien Régime, sous la forme qu'on lui connaît aujourd'hui. En l'installant dans la longue durée, on vise à identifier un processus de construction juridique qui n'a rien de linéaire et au cours duquel le principe a connu pour survivre des transformations de forme et de statut. C'est en ce sens, et seulement en ce sens, que l'on peut dire de l'actuelle inaliénabilité de certaines propriétés publiques qu'elle a de lointains antécédents juridiques. Dans les limites ainsi posées, il est permis d'avancer que se retrouve aujourd'hui dans l'économie même du principe l'héritage d'anciennes institutions. Deux d'entre elles continuent de s'y faire entendre, si l'on peut ainsi s'exprimer.

Dans les idées et les pratiques qui sont aujourd'hui développées au titre de l'inaliénabilité du domaine public on retrouve les *traces* d'une vieille institution de la France médiévale: *la Couronne*⁸. Par opposition à la catégorie des biens propres dont le roi avait la libre disposition, les biens composant la Couronne connaissent un régime juridique tout à fait dérogatoire. En février 1566, le fameux édit de Moulins en proclamait l'inaliénabilité. Si le texte fait du roi le gardien de ces biens qui lui sont confiés en dépôt, il lui en refuse la libre disposition. Considéré comme l'une des lois fondamentales du royaume, ce principe d'indisponibilité du domaine de la Couronne, soustrait à la propriété privée du souverain, devient ainsi une sorte de principe constitutionnel avant la lettre⁹. L'invention de l'Etat moderne n'est évidemment pas étrangère à ce rejet de la conception patrimoniale du pouvoir. L'Etat voit ici son existence consacrée indépendamment des droits du souverain : elle trouve des points d'appui dans ces «choses publiques» (rivages de la mer, rivières navigables et flottables, grands chemins, places publiques, etc...) affectées à l'usage de tous et tenues hors appropriation privée, auxquelles le droit romain réservait déjà un sort spécial.

Le tracé historique du principe d'inaliénabilité passe par une deuxième institution marquante datant du XIX^{ème} siècle. Il est d'autant plus intéressant de l'évoquer ici qu'elle est de source doctrinale. Aussi décrite soit-elle¹⁰, la *distinction domaine public/domaine privé* ne demeure pas moins juridiquement active. Contrairement au domaine privé qui est réputé justiciable du droit privé ou, pour le dire plus justement, d'un droit qui a le Code civil pour modèle revendiqué, le domaine public est fondamentalement soumis à un droit « à part », exorbitant du droit

⁸ V. G. Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale, XII^{ème}-XV^{ème} siècle*, PU Strasbourg, 1996.

⁹ V. pour un développement de cette thèse, Y. Gaudemet, *Le droit des biens publics : d'hier à aujourd'hui*, in *Le service public*, Mélanges en l'honneur de M. Long, Dalloz, Paris, 2016, p. 203-220.

¹⁰ V. par exemple l'intervention de Mme Latournerie lors du colloque *Domaine public et activités économiques* (20 et 21 septembre 1990). Cf. les « Actes » précités de ce colloque, op. cit., p.15 et s. V. encore sa contribution précitée au 2^{ème} colloque de Split, sept. 2008, sous le titre *Problématique du droit des propriétés publiques en France*, in « Journées juridiques et administratives franco-croates », *Miscellanea 1*, p. 145-159.

commun. A l'origine de notre distinction est même posée cette idée que les biens relevant de la domanialité publique, parce qu'ils sont affectés à l'utilité publique, ne peuvent relever de la propriété telle qu'elle est pensée dans le Code civil. En raison même de leur finalité ils sont voués à être maintenus hors commerce. Inaliénables et imprescriptibles ces biens-là sont placés sous la garde de l'administration qui en assure la protection. S'il continue de susciter aujourd'hui nombre de réserves doctrinales, c'est que ce partage domaine public/domaine privé est plus brouillé que jamais. Dès les débuts du XX^{ème} siècle, la doctrine, inspirée par Maurice Hauriou, avait admis la thèse d'une *propriété administrative* de droit public. Et puis peu à peu l'idée s'est imposée que l'administration, toutes catégories confondues, était bel et bien propriétaire de son domaine public et que ce dernier participait au même titre que le domaine privé de la même notion civiliste de propriété. Si quelques doutes pouvaient encore persister en doctrine sur l'existence de ce fonds juridique commun, ils ont été levés avec la publication, le 21 avril 2006, de l'ordonnance relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)¹¹. Ce même texte n'abolit pas pour autant, loin s'en faut, le vieux partage domaine public/domaine privé. C'est qu'avec lui continue de prévaloir une approche de la domanialité publique comme mode dérogatoire d'exercice du droit de propriété¹², commandé par l'idée d'affectation à l'utilité publique.

1.-2. Les expressions contemporaines du principe d'inaliénabilité

Rappelons qu'il est ici simplement question de *décrire* un phénomène juridique : la pérennité du principe d'inaliénabilité dont il s'agit de repérer les principaux points d'ancrage dans l'ordre juridique. Si l'on peut dire la question juridiquement réglée depuis l'avènement du CG3P, elle a longtemps trouvé ses solutions dans la jurisprudence. Cette dernière a bien souvent précédé les textes qui se sont bornés à la confirmer – quand ils n'ont pas été conçus pour l'infirmier¹³ ! C'est d'ailleurs encore en partie le cas avec l'actuel CG3P. Avant d'évoquer les enjeux de ce texte, quelques aperçus sur la jurisprudence s'imposent.

1.-2.1. Brefs aperçus sur la jurisprudence.

Des jurisprudences faudrait-il dire, car le sujet de l'inaliénabilité n'apparaît pas seulement dans la pratique de la juridiction administrative, il est encore, pour le moins, l'affaire du Conseil constitutionnel et celle du juge européen des droits de l'homme. On s'en tiendra à ces trois seuls exemples. Ils permettent d'établir l'identité juridique inaltérée du principe malgré les critiques auxquels il est exposé.

¹¹ V. sur ce texte les *dossiers* précités constitués par les revues AJDA et RFDA.

¹² Une formule que j'emploie après C. Lavalleye, *Droit administratif des biens*, PUF, col. «Droit fondamental», Paris, 1996, p. 91.

¹³ V. pour un exemple récent l'ordonnance précitée du 10 avril 2017 « revenant » sur la décision CE, Section, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n°338272 et 338527.

a) De la jurisprudence constitutionnelle, il est pour nous ici deux grandes leçons à retenir, qui portent en creux le sens des évolutions que le législateur consacrera ultérieurement avec la publication du CG3P. Ainsi, dans une décision en date du 26 juin 1986, et plusieurs fois confirmée depuis, le Conseil relève que la protection constitutionnelle du droit de propriété – telle qu'elle résulte de l'article 17 de la DDHC - «ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à titre égal, les propriétés de l'Etat et des autres personnes publiques». C'est dire que la propriété publique n'est donc pas d'une nature spéciale, que le concept de propriété est unique, valant indifféremment pour les biens publics et privés. Voilà une affirmation riche de conséquences matérielles : la propriété publique est alors pensée au même titre que la propriété privée comme un objet économique à valoriser. Cet alignement du public sur le privé ne vaut pas pour autant assimilation des deux catégories. La propriété publique a beau procéder de la conception civiliste de la propriété, elle ne reste pas moins singulière, en raison de son affectation nécessaire à l'utilité publique, ou, pour parler à la manière de R. Chapus, de son affectation au plus grand service des tiers. Or, on le sait, c'est cette affectation qui est inaliénable. Encore convient-il de s'entendre sur la force juridique de cette proposition. Par une décision du 21 juillet 1994¹⁴, le juge s'est clairement refusé à constitutionnaliser la règle d'inaliénabilité du domaine public, admettant de ce fait que la loi puisse valablement y déroger. Mais cette liberté est donnée au législateur sous condition : il ne peut en faire usage pour priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent par ailleurs à la protection du domaine. Ce dernier sert de support matériel, ne l'oublions pas, à des activités qui bénéficient d'une reconnaissance constitutionnelle. Tel est le cas pour la liberté d'aller et de venir et la continuité du service public.

b) Avec la jurisprudence du Conseil d'Etat deux autres enseignements se sont imposés. Il y a tout d'abord la volonté du juge administratif – fortement affirmée, en tout cas jusqu'à la récente publication du CG3P – d'imposer une conception pour le moins généreuse de la domanialité publique, en sollicitant l'usage de certaines notions et autres techniques juridiques (on pense à sa manœuvre des critères du domaine public comme la notion d'« aménagement spécial », ou encore aux « jeux » auxquels il se livre avec le concept d'élément « accessoire » au bien principal constitutif du domaine public)¹⁵. Mais il faut encore insister sur la lecture pour le coup très rigoureuse du principe d'inaliénabilité qui sous-tend sa jurisprudence. Dans un corpus considérable, retenons pour illustration les deux exemples suivants.

Le 6 mai 1985, dans un arrêt abondamment commenté, *Association Eurolat et Crédit foncier de France*, le Conseil d'Etat réaffirme avec une force toute particulière une jurisprudence traditionnelle qui tire de la règle d'inaliénabilité l'impossibilité de constituer des droits réels sur le domaine public, au bénéfice de ses

¹⁴ V. Cons. Const., 21 juillet 1994, AJDA, 1994, p. 786, note Gondouin.

¹⁵ Ces sujets ne pouvant être approfondis ici, je fais renvoi aux manuels de Droit administratif des biens. V. par exemple, S. Boussard et C. Le Berre, *Droit administratif des biens*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2014, N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, Paris, 2015, Y. Gaudement, *Traité de droit administratif*, tome 2, *Droit administratif des biens*, LGDJ, Paris, 2014, etc.

occupants privés¹⁶. C'est en l'occurrence d' incompatibilité de principe entre ces droits réels et l'identité juridique du domaine public que parle le juge administratif. Cette décision qui – c'est le moins qu'on puisse en dire - suscita en doctrine bien des réserves , n'est pas étrangère à une loi du 5 janvier 1988 qui fait le choix contraire d'autoriser la conclusion de baux emphytéotiques sur le domaine public des collectivités territoriales¹⁷.

Un autre exemple probant peut être fourni par un arrêt rendu le 6 mars 2002 par la Section du contentieux du Conseil d'Etat, dans une affaire *Mmes Triboulet et Brosset-Pospisil*¹⁸. On y voit le juge administratif valider, au nom du principe d'imprescriptibilité du domaine public, l'obligation faite à un particulier de démolir à ses frais une construction édifiée, depuis des décennies, en bordure de mer, alors même que cette occupation des rivages avait été tolérée par l'administration pendant tout ce temps. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat relève que « les requérants ne peuvent utilement se prévaloir, pour constater l'obligation de remettre les lieux dans leur état antérieur à l'édification de la maison sur le domaine public maritime, de l'ancienneté de l'occupation des lieux, ni de ce que l'administration a toléré la poursuite de cette occupation...»

c) Cette même affaire fournit l'occasion d'évoquer le cas de la jurisprudence européenne, puisqu'elle a fait l'objet d'une saisine de la Cour de Strasbourg et qu'il en est résulté deux décisions du 29 mars 2010¹⁹. Les « considérant » de ces décisions donnent à lire une défense et illustration des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public, conduites au nom des grandes valeurs de la défense de l'environnement et du libre accès au rivage. Ce plaidoyer inattendu – en tout cas par la doctrine - est d'autant plus édifiant qu'il intervient dans une situation où l'administration propriétaire, en l'occurrence celle de l'Etat, avait pour le moins fait preuve de désinvolture, en tolérant une construction illégale pendant une période de 80 ans...

On comprend mieux à travers ces quelques exemples pourquoi les critiques les plus libérales du droit administratif ont pu faire du principe d'inaliénabilité l'une de leurs cibles privilégiées : ses effets matériels (entendez, dans le champ des relations économiques) sont jugés d'autant plus inacceptables que sa « surface » juridique demeure considérable. Telle est la raison d'être que se donne la réforme introduite en 2006 par le CG3P : elle entend agir sur les fonctions socio-économiques du principe d'inaliénabilité.

¹⁶ V. CE, 6 mai 1985, *Asso. Eurolat et Crédit foncier de France*, RFDA, 1986, p.21, concl. B. Genevois.

¹⁷ V. la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation.

¹⁸ V. sur ce contentieux, la note de R. Hostiou, RFDA, 2003, p. 60-64.

¹⁹ V. CEDH, 29 mars 2010, *M. Depalle c/France*, et, *Mme Brosset-Triboulet c/France*, AJDA, 2010, p.1311-1318, note M. Canedo-Paris.

1.-2.2. Les enseignements du Code général de la propriété des personnes publiques

Partons de ce constat qui ne souffre guère de discussion : le nouveau Code fait subir de sérieuses inflexions au droit de la domanialité publique dans son acception la plus traditionnelle, celle pour laquelle la fonction principale de ce droit est de servir la protection des biens publics, plus que leur exploitation économique. Mais une fois cette première certitude affirmée – et cela n'est pas rien -, il faut bien convenir que les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité des biens du domaine public continuent de faire pleinement partie de notre droit positif. Aujourd'hui encore il y a donc lieu de considérer comme toujours actuel ce que R. Chapus énonçait dans les différentes versions de son manuel²⁰: «la notion d'inaliénabilité est indissociable de la notion de domaine public. Il existe un domaine public dans la mesure où existent des dépendances domaniales frappées d'inaliénabilité».

Reste que si le CG3P énonce à son tour et malgré tout ce vieux principe, il le fait dans un contexte transformé qui en modifie les clés de lecture et les modes d'interprétation. L'essentiel consiste, à nos yeux, en ceci : les personnes publiques ont fini, elles aussi, par considérer leur domaine public comme autant de propriétés qu'il leur appartient de faire fructifier. Et le Code donne forme juridique à cette nouvelle configuration mentale. Certes, dira-t-on, en faisant toute sa place au principe d'inaliénabilité le texte ne revient pas sur cet héritage juridique national. Mais retrouve-t-il pour autant ses anciennes fonctions? Il ne peut échapper à une sorte de déclassement de son « statut »: par la force des choses, l'inaliénabilité est vouée à n'être plus qu'un *principe tempéré*²¹.

Surtout, avec la publication du Code, se trouve définitivement établie cette idée selon laquelle domanialité publique et propriété publique sont deux réalités juridiques distinctes. La notion de domanialité publique ne donne aucun accès direct à une propriété, matérielle ou immatérielle. C'est le nom que reçoit le régime juridique applicable à certains biens publics, un régime tout entier organisé autour de la problématique de l'affectation²². Voilà justement la thèse que fait entendre le Code : le principe d'inaliénabilité ne concerne pas la propriété en tant que telle, mais son affectation. Il ne s'agit pas tant de sauvegarder une dépendance domaniale que de préserver son affectation à l'utilité publique. En droit, c'est cela seul qui compte : l'inaliénabilité n'a de sens qu'au regard de l'utilité publique que sert le domaine public. Ainsi s'explique que puisse être désormais autorisée la constitution de *droits réels* au bénéfice des occupants privés du domaine public. A partir du moment où l'usage de ces droits n'en compromet pas l'affectation, il n'existe aucune bonne

²⁰ V. R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, Paris, 15ème éd.

²¹ J'emprune cette expression à l'étude de C. Pisani et C. Bosgiraud, *Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques*, AJDA, 2006, p. 1098-1106.

²² C'est la thèse que développe Y. Gaudemet (*Le droit des biens publics: d'hier à aujourd'hui*, dans *Le service public*, Mélanges en l'honneur de M. Long, Dalloz, Paris, 2016, p.203-220): ce que l'on désigne sous le nom de domanialité publique s'entend d'un régime juridique applicable à certaines propriétés publique, en raison de leur affectation. Elle n'est pas, en tant que telle, une forme spécifique de propriété.

raison de penser qu'ils entrent en contradiction avec les principes de la domanialité publique.

PARTIE 2

INTERROGATIONS SUR LA PORTÉE ACTUELLE DU PRINCIPE

Le principe d'inaliénabilité ne saurait se prêter à une lecture exclusive. Sa signification n'est pas étrangère aux transformations que sa longue histoire lui a fait subir. Si le mot « inaliénable » n'a guère quitté le lexique qu'emprunte le droit du domaine public, il a connu de profonds changements de sens. Par delà les apparences d'une sémantique immuable, le principe en usage en ce début de XXI^{ème} siècle n'est certainement plus celui qui prévalait au XIX^{ème} siècle et pendant toute la première moitié du XX^{ème} siècle. C'est sur ces changements de sens²³ que je souhaite maintenant attirer l'attention. Ils sont logiquement induits par les évolutions politiques et idéologiques qui traversent la société française. Autant de mouvements matériels aussi bien qu'intellectuels qui portent à des usages de plus en plus différenciés des propriétés publiques et du principe d'inaliénabilité. Il est une manière « simple » d'entrer dans cette problématique, à partir d'un double questionnement, l'un sur les principaux facteurs explicatifs du changement juridique (2.-1), l'autre sur les formes mêmes que prend ici ce changement (2.-2).

2.-1. Sur les facteurs explicatifs du changement juridique

Parmi les causes multiples qui font changer le système des règles juridiques applicables aux biens publics en général ou qui poussent à ces changements, trois phénomènes méritent de retenir plus spécialement notre attention. Ils sont de nature et d'importance bien différentes, mais contribuent tous trois à mettre *sous tension* l'ensemble du droit des propriétés publiques. Pour une très large part, la publication en 2006 d'un nouveau Code est la résultante de ces trois forces.

De la première de ces forces, on peut dire qu'elle est structurelle car elle est entretenue par les mouvements de la pensée managériale²⁴. En se faisant dominante, la raison économique a provoqué une large adhésion aux règles comme aux croyances du *new public management*. Nul doute qu'en cette affaire le droit et les politiques de l'Union européenne auront joué tout leur rôle en valorisant l'approche économique

²³ V. pour une réflexion plus approfondie sur la notion même de changement juridique, Y. Gaudemet, *Le changement en droit public des biens : les transformations de la propriété publique*, Revue de droit d'Assas (RDA) n°10/2015, p. 233-240, et, *Le droit public des biens: d'hier à aujourd'hui*, contribution précitée aux Mélanges M. Long.

²⁴ Là-dessus, v. la première partie de mon ouvrage, *L'Etat du droit administratif*, intitulée *Droit administratif, Etat et management*, LGDJ/Lextenso, coll. «Droit et Sociétés», Paris, 2015.

et marchande de l'action publique elle-même. Ces façons nouvelles de penser ont, bien entendu, été appliquées au système juridique des propriétés administratives²⁵ et on voit mal comment elles auraient pu s'accommoder du principe d'inaliénabilité dès lors qu'il est perçu comme un dispositif de fermeture à la logique marchande, verrouillant des biens qu'il va s'agir d'ouvrir à l'investissement et aux échanges économiques.

Il est un autre facteur structurel du changement juridique qu'accomplit le nouveau CG3P. Il s'agit du phénomène de *raréfaction de l'espace* lié aux développements de l'urbanisation. On peut difficilement ignorer que pareil processus oblige à repenser jusqu'aux modes de construction eux-mêmes. Dans le but de réduire la consommation d'espace, on en est venu à superposer les volumes à bâtir, que ce soit en construisant en hauteur ou en investissant le sous-sol. Ces opérations complexes mêlent fatalement biens publics et biens privés, obligeant à imaginer des formes juridiques nouvelles. Autant de mouvements qui mettent notre principe d'inaliénabilité sous tension dès lors, par exemple, qu'il faut instituer, au bénéfice d'acteurs privés, des *servitudes* sur des fonds publics.

On doit encore compter avec un troisième facteur. S'il est plus conjoncturel, il pèse désormais lui aussi durablement sur les conditions de mise en œuvre de l'action publique. Sont ici visées les *politiques de décentralisation* conduites en France depuis le début des années 1980. Avec elles, la question des biens n'a pas manqué d'être portée sur le terrain juridique. La redistribution territoriale de l'administration et des services publics²⁶, telle qu'elle résulte des transferts de compétence du centre vers les périphéries, suppose sinon d'organiser des transferts de propriété, du moins de repenser la gestion locale de certains biens étatiques notamment. Bref, cette nouvelle circulation des biens publics entre l'Etat et les collectivités territoriales, comme d'ailleurs entre ces dernières, va justifier un nouveau regard sur le principe d'inaliénabilité²⁷.

2.-2. Sur les formes du changement juridique

²⁵ V. pour une argumentation en ce sens, l'étude précitée de C. Manson.

²⁶ Sur ce sujet, v. J. Caillosse, *Du service public dans ses rapports avec le(s) territoire(s)*, dans Mélanges en l'honneur de M. Long, ouvrage précité, p. 89-109.

²⁷ Notons qu'aucun des phénomènes très brièvement évoqués ici n'est déterminant par lui-même. Ils ne sont juridiquement actifs qu'à la condition d'être pris en charge par des acteurs sociaux qui agissent en leur nom et en font leur cause. Il est tout à fait envisageable – mais cela n'est guère concevable dans le cadre du présent travail – d'entreprendre une étude des processus, ayant conduit au changement de donne juridique, en identifiant les acteurs les plus impliqués. On y trouverait des responsables de la haute administration et du secteur public, des chefs d'entreprises engagées dans l'aménagement et l'équipement, etc...Il serait intéressant d'examiner également le rôle de certaines professions juridiques – on pense notamment aux notaires dont l'un des derniers congrès avait justement pour thème *La propriété publique* – qui font aussi métier de ces mouvements de biens. Les juristes n'ignorent pas non plus le rôle des acteurs associatifs, notamment des grandes fédérations d'associations de défense de l'environnement, qui s'expriment très volontiers sur le terrain du droit. Sans doute y aurait-il encore beaucoup à dire sur le très fort «investissement» d'une part de la doctrine universitaire dans ces matières sensibles.

La description des formes du changement propre au droit des biens publics doit être conduite par référence à une distinction dont la fragilité logique est souvent dénoncée par la doctrine²⁸ mais que malgré tout le droit positif consacre. Les textes organisent en effet le partage entre un domaine public dit « artificiel » et un domaine public réputé « naturel »²⁹. Selon que les biens relèvent de l'un ou de l'autre de ces ensembles, les usages du principe d'inaliénabilité ne sont pas les mêmes. La différence entre eux peut être ainsi résumée : autant pour les biens constitutifs du domaine public artificiel, le principe d'inaliénabilité doit composer avec les exigences de la valorisation économique, autant pour les propriétés qui composent le domaine naturel, notre principe reste opposable à la logique de l'exploitation économique.

Mais avant même de préciser les conséquences juridiques de cette opposition, il n'est pas inutile, afin de prévenir de trop faciles malentendus, de revenir en quelques mots sur la logique même du partage entre l'artificiel et le naturel appliqué à l'expérience des propriétés publiques³⁰. Ce n'est évidemment pas une quelconque croyance en la nature des choses qui « fait » le domaine dit naturel. Cette nature-là est une qualification juridique : c'est en l'occurrence la loi seule qui fait de l'élément-nature (par exemple le phénomène des marées pour la définition des rivages de la mer) le fait producteur de la domanialité publique. Bref ce n'est pas en tant que produits de la nature que les biens composant le domaine public naturel sont l'objet d'un traitement juridique « à part »; ils sont pure création d'un droit qui fait de la référence imaginaire à la nature le facteur déterminant de leur régime juridique.

2.-2.1. L'inaliénabilité et l'exploitation économique des biens du domaine public artificiel

Le sens général de l'évolution juridique en cours a pu être ainsi présenté: «Le centre de gravité de la théorie domaniale se déplace d'une logique de protection (centrée sur l'affectation publique) vers une démarche de valorisation (fondée sur le droit de propriété)³¹». Tel est le mouvement juridique qu'il s'agit de décrire ici, à travers quelques exemples significatifs.

L'appartenance du CG3P est sensible dans deux types de situations bien différentes mais pour lesquelles le projet est le même : faciliter et favoriser l'échange économique et une mise en valeur que la conception traditionnelle de l'inaliénabilité pouvait rendre problématique sinon impossible. La première hypothèse concerne les rapports entre

²⁸ V. par exemple, C. Laviolle, *Existe-t-il un domaine public naturel ?*, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, mai 1987, p. 627 et s.

²⁹ V. sur cette catégorie le dossier précité, constitué par l'AJDA n°42/2009, sous le titre *Le domaine public naturel*

³⁰ V. pour une réflexion moins allusive sur le sujet, J. Caillosse, *Plaidoyer pour le domaine public maritime naturel*, dans *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, col. «Les voies du droit», Paris, 2008, p. 76-103.

³¹ Ces mots sont de P. Yolka, *Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques*, JCPN, 16 juin 2006, p. 413.

les propriétaires publics de biens domaniaux et les occupants à titre privatif de ces derniers. Ici, le droit devait changer pour procurer aux occupants installés sur le domaine la sécurité dont ils ont besoin pour y investir. Avec la deuxième hypothèse on est confronté à une tout autre situation où il est question de la circulation des biens publics eux-mêmes. L'essentiel consiste en l'occurrence à régler les échanges de biens domaniaux entre personnes publiques. Tel est au total ce qu'accomplit juridiquement le Code pour soutenir la valorisation économique de la propriété publique: tout en favorisant l'institution des droits des acteurs privés sur les biens publics, il facilite grandement la circulation des biens entre patrimoines publics.

a) Quels droits pour les acteurs privés sur les biens publics? En réponse à cette question, le législateur accepte de *déroger* au principe d'inaliénabilité en reconnaissant l'existence de *droits réels* au bénéfice des occupants privatifs du domaine public. Encore faut-il ne pas se méprendre sur la signification d'une pareille révision des dogmes ! Si elle consiste en un véritable et incontestable démembrement du droit de propriété portant sur le domaine public, en cela que la propriétaire public ne dispose plus des mêmes droits sur son bien, elle n'aboutit en aucune façon à un démembrement du bien domaniaux lui-même. Seule s'en trouve modifiée la propriété dont il est l'objet. Le domaine en tant que réalité matérielle est une chose, le régime juridique de la propriété dont il est l'objet en est une autre. Ajoutons que le nouveau Code ne se limite pas à clarifier les rapports propriétaires/occupants du domaine public dans un sens beaucoup plus favorable à ses derniers, il facilite également les relations entre les propriétaires et leurs voisins en reconnaissant à ceux-ci la possibilité de bénéficier de *servitudes réelles* sur le domaine public, dès lors bien sûr qu'elles n'en compromettent pas l'affectation à l'utilité publique.

b) Quelle circulation des biens publics entre patrimoines publics? Dans ce qu'énonce par ailleurs le nouveau Code, une place doit être faite à l'idée suivante : des cessions à l'amiable ou des échanges de biens domaniaux entre personnes publiques³² peuvent être effectués, *sans déclassement préalable* des biens considérés. Evidemment ces mouvements sont conditionnés. Les biens cédés à l'amiable ont vocation à entrer dans le domaine public de la personne publique qui les acquiert pour l'exercice de ses propres compétences. Quant aux biens échangés, ils participent d'opérations qui visent à améliorer les conditions d'exercice d'une mission de service public. Or, cette circulation de biens est désormais considérable du fait des politiques de décentralisation.

2.-2.2. *Quelle inaliénabilité pour les biens du domaine public naturel?*

Difficile d'en venir à cet aspect du sujet en écartant la question naïve qui le commande : pourquoi la problématique de l'inaliénabilité prend-elle ici des formes particulières ? L'une des réponses principalement données à cette interrogation est la suivante : le domaine public naturel rassemble des biens considérés comme

³² Le législateur a même retenu la possibilité de l'échange entre biens publics et biens appartenant à des personnes privées. Mais le *déclassement* est alors un préalable nécessaire et l'acte d'échange suppose la présence de clauses garantissant la continuité du service public.

irremplaçables et auxquels, pour cette raison, une protection particulière est due. L'évocation de la promotion politique de l'environnement – donnée dont les décisions précitées de la CEDH en date du 29 mars 2010 font plusieurs fois le rappel – est une autre des réponses à la question. La valeur écologique de ces biens rares justifie qu'ils soient mis à l'abri de la spéculation foncière et immobilière³³. D'où cet article L.2124-2 du CG3P, issu de la loi littoral du 3 janvier 1986: «il ne peut être porté atteinte à l'état naturel du rivage de la mer, notamment par endiguement, assèchement, enrochement ou remblaiement, sauf pour des ouvrages ou installations liés à l'exercice d'un service public ou l'exécution d'un travail public dont la localisation au bord de mer s'impose pour des raisons topographiques ou techniques impératives et qui ont donné lieu à une déclaration d'utilité publique...»

Ces réponses une fois rappelées, il importe de préciser que le droit public français ne sanctuarise pas pour autant, loin s'en faut, cette propriété publique qualifiée de « naturelle ». La protection dont elle bénéficie n'aboutit nullement à la maintenir en dehors des échanges commerciaux. Reste que le « commerce » auquel elle se prête ne peut se traduire par des aliénations. C'est pourquoi le droit institue des formes d'occupation privative des dépendances du domaine public naturel – on pense en particulier aux rivages de la mer –, pour autant qu'elles n'aboutissent pas au démembrement de la propriété publique. En d'autres mots, sur cet espace reconnu comme domaine public naturel, la constitution de droits réels au bénéfice d'éventuels occupants reste impossible.

Ces considérations restent de nature purement juridiques. Il faudrait pouvoir les compléter ou les corriger par des observations empiriques. Le contentieux montre que la réglementation – notamment celle qui intéresse le littoral – ne cesse pas d'être soumise à de très vives tensions³⁴. Et, il convient de le redire une fois encore, les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité n'ayant pas été érigés en principes constitutionnels, ils restent plus ou moins vulnérables et toujours susceptibles de connaître des dérogations par voie législative. C'est notamment le cas pour le littoral des collectivités territoriales outre-mer³⁵.

³³ En cela l'argument écologique – appelons-le ainsi – rejoint celui du plus grand service de la collectivité. Ainsi que l'observe S. Caudal (*La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement*, AJDA, 2009, p.2332) : «c'est parce que le domaine public naturel, qu'il soit maritime ou fluvial, est affecté à l'usage collectif du public – et d'abord à la liberté d'aller et de venir – qu'ont été interdites les occupations privatives, le plus souvent destructrices».

³⁴ La question, on le sait, n'est pas nouvelle. Je prends la liberté d'un renvoi à ma propre thèse, *L'intérêt général, la Croissance, et les avatars du droit administratif des biens*, Université de Rennes 1, 1978, 598 p., non publiée.

³⁵ V. sur ces questions, l'étude précitée de S. Caudal, *La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement*.

Au terme de cet examen, quels éléments de conclusion peut-on esquisser ? Les uns intéressent la théorie générale du droit administratif, les autres concernent l'analyse des politiques publiques.

Théorie générale du droit administratif. Le principe d'inaliénabilité appartient à ce qu'on peut appeler le «noyau dur» de la domanialité publique. Il est, à sa manière, une sorte d'expression condensée du droit administratif «historique», si l'on entend par là un droit qui a joué tout son rôle dans la consécration d'une certaine conception de l'Etat et du mode de représentation des rapports sociaux qui s'y réfléchit. Or, plus que jamais depuis les années 80, ce système (conception de l'Etat et mode de représentation des rapports sociaux) est destabilisé, il passe par une phase, toujours active, de déconstruction/reconstruction. Les réactions contrastées que suscitent les usages du principe d'inaliénabilité forment une excellente grille de lecture des tensions qui, aujourd'hui, traversent l'ensemble du droit administratif. On y voit en particulier comment tout un travail de *métissage juridique* s'y accomplit, entre le droit public et le droit privé, entre le droit national et le droit supra-national, etc...

Analyse des politiques publiques. Le programme qui consiste à favoriser partout et à tout prix le «développement économique», y compris sur le domaine public – jusque dans ses parties dites «naturelles» - est, dans l'ensemble, largement partagé et approuvé. Et il tend même à l'être de plus en plus, comme le montrent la production législative, la jurisprudence administrative et la doctrine des publicistes. Au fond, tout se passe comme s'il n'y avait là que le déroulement d'une véritable loi naturelle qui réclamait sa simple traduction juridique. Telle serait finalement la forme prise par la Modernité.

Ce programme ne devrait-il pas nous inciter à une réflexion critique ? Jusqu'où est-il justifiable d'en taire les effets pervers ? Ne peut-on voir dans la pérennité même d'un domaine public capable de résister à la logique exclusive de l'économie, une formidable ressource sociale ? Pensons en particulier au traitement spécifique que le droit réserve aux rivages de la mer. Il sert tout à la fois, ainsi que l'exprime la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la protection de l'environnement, et l'exigence démocratique d'un libre accès au littoral. Pour le dire autrement, c'est en organisant l'*indisponibilité*, en tout ou partie, de certains biens publics aux lois du marché, que le droit contribue à les rendre socialement disponibles. De ce point de vue, et sans qu'il soit pour autant besoin de le sacraliser, le principe d'inaliénabilité ne trouve-t-il pas là une pleine et entière raison d'être?

PRINCIPLE OF INALIENABILITY OF PUBLIC GOODS

The subject of this paper is the inalienability of public goods. The inalienability of public goods has always been the subject of public debate. Namely, this principle is perceived as the commercial movement of goods to which it refers and is also directed as one of main obstacles to the economic « attractiveness » of public property.

Key words: *France, public goods, principle of inalienability*

LE PRINCIPE D'INALIÉNABILITÉ DU DOMAINE PUBLIC

Ce thème concerne l'existence, à côté de la propriété du droit commun dont le Code civil précise l'identité juridique, d'une très importante propriété publique. Traditionnellement en France, une partie de cette propriété publique à laquelle on réserve le nom de domaine public, est tributaire, pour ce qui est de la détermination de son périmètre comme de son mode de fonctionnement, du système des règles propres au droit public. L'une de ces règles, l'inaliénabilité, fait particulièrement débat : perçue comme un obstacle à la circulation marchande des biens auxquels elle s'applique, elle est désignée comme l'un des principaux freins juridiques à l'attractivité économique de la propriété publique.

Mots clés : *France, domaine public, principe d'inaliénabilité*