

Université Paris-Panthéon-Assas

École doctorale Georges Vedel – Droit public interne et comparé, science administrative et science politique (ED 7)

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 13 décembre 2022

Le fonds commun du droit des biens dans ses rapports avec le droit administratif



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Mathieu GARNESSON

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Benoît PLESSIX

Membres du jury :

François BLANC, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Charles GIJSBERS, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Benoît PLESSIX, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, *directeur de thèse*

Jean-Gabriel SORBARA, Professeur à l'Université Toulouse-Capitole, *rapporteur*

Léo VANIER, Professeur à l'Université Grenoble-Alpes, *rapporteur*

AVERTISSEMENT

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À la mémoire de ma mère

*« Dans ce système de poids et de mesure
que l'homme cherche désespérément à imposer à l'univers,
je me suis toujours vu comme sa victoire. »*

— *Romain Gary, La Promesse de l'aube*

À la mémoire de Jean-Jacques Bienvenu

*« Le paradis, à n'en pas douter,
n'est qu'une immense bibliothèque. »*

— *Gaston Bachelard*

REMERCIEMENTS

Parvenu au terme de ce long travail, ma première pensée va à mes deux directeurs de recherche. Au Professeur Jean-Jacques Bienvenu, qui m'a honoré de ses intuitions puissantes, de ses conseils avisés, d'une liberté intellectuelle totale, ainsi que d'une présence singulière et d'une bienveillance dont chacun sait les trésors qu'elle recèle. Au Professeur Benoît Plessix, qui a accepté de me recueillir et de me faire le don des mêmes qualités, me permettant, dans une continuité salutaire, d'achever cette thèse. Je leur exprime ici mon infinie gratitude et je souhaite leur dire combien j'ai été mû par le désir ardent de me montrer digne d'eux.

Je remercie également les membres du jury, Messieurs les professeurs François Blanc, Charles Gijbers, Jean-Gabriel Sorbara et Léo Vanier, pour m'avoir fait l'honneur de lire et juger mon travail.

Il ne me sera pas possible de remercier toutes les personnes qui m'ont soutenu dans cette aventure ; je vis le privilège de ceux que la vie comble d'amour et d'amitiés, dont le nombre, la diversité et la grandeur m'honore chaque jour.

Un mot, tout-de-même, pour mes colocataires de la Maison du droit public, mes amis Ariane, Benjamin, Claire R., Claire S., Édouard, Jean-Hugues, Mathilde L., Pierre et William. Le plaisir que j'ai eu à rire et à penser avec vous, sous un même soleil, est un souvenir que je chérirai pour toujours.

Un mot pour mes collègues du bureau des services publics locaux, particulièrement, Charlotte, Fabien et Myriam, ainsi que Benjamin, Gaëlle, Margaux, Pauline et Sara. Merci à Jessica, dont l'inébranlable force a été une source quotidienne d'inspiration, tout au long des trois années passées ensemble. Merci à Élise et à Stéphanie. Merci à Laurent, qui n'avait de chef que la fonction et d'ami tout le reste. Merci à Isabelle Dorliat-Pouzet et Frédéric Papet, pour m'avoir fait confiance au moment où j'en avais tant besoin, ainsi qu'à Taline Aprikian pour l'avoir réitérée.

Un mot pour mes amis, Adeline, Annabelle, Aurélie, Fabrice, Linda, Mathilde H., Maxime, Nada, Raphaël et Sara B., pour leur affection, sans laquelle je ne serais pas grand chose.

Un mot pour mes sœurs, Clara et Laëtitia, que j'aime du plus profond de mon cœur. Un mot pour Isabelle et Frédéric. Un mot pour Denis, qui est pour moi un père et un modèle, auquel je me réfère plus souvent qu'il ne peut l'imaginer. Un mot pour ma mère, dont la révérence face à l'intelligence et à l'érudition m'a conduit jusqu'aux portes de cette aventure fascinante et perturbante qu'est la rédaction d'une thèse de doctorat, dans l'espoir intime de me voir toujours plus grand dans ses yeux.

Last, but most definitely not least, un mot pour Samantha, dont l'amour et la tendresse ont été l'invincible soleil dont la chaleur m'a réchauffé l'âme et dont la lumière a chassé sans effort la noirceur de certaines nuits. Cette thèse lui doit plus qu'à nul autre.

RÉSUMÉ

Titre : Le fonds commun du droit des biens dans ses rapports avec le droit administratif

La création et le développement de la théorie de la propriété publique s'est faite, dès l'origine, sur le fondement des notions du droit civil des biens que le droit administratif utilise abondamment. L'ambition affichée de cette utilisation était d'importer des notions jugées plus aptes à satisfaire des objectifs de valorisation économique du domaine public, en les adaptant aux impératifs classiques de protection de ce domaine. Toutefois, cet arrimage solide du droit administratif des biens au droit civil des biens aboutit à l'émergence de difficultés consubstantielles aux notions utilisées. En effet, les notions importées du droit civil des biens se sont parfois montrées impropres à régler certaines difficultés rencontrées par le droit administratif, comme en témoignent, notamment, la difficile reconnaissance des biens immatériels publics ou la constitution de droits réels sur le domaine public. Or, le mécanisme d'importation-adaptation empêche le droit administratif d'interroger en profondeur ces notions. Cette recherche entend proposer une méthode alternative de dialogue entre les droits administratif et civil des biens, en postulant l'hypothèse d'un fonds de notions fondamentales qui soit commun à ces deux disciplines juridiques, de sorte que le droit administratif puisse se saisir pleinement des notions du droit des biens, sans passer par le truchement du droit civil.

Descripteurs : Droit administratif ; droit civil ; droit des biens ; propriété ; droit réel ; droit personnel ; créance ; obligation ; chose ; bien.

Title: The common foundations of the property law in its relation to the administrative law

The creation and development of the theory of public property has been done, from the start, on the foundation of the private property law notions, abundantly used by the public law. The stated goal of this use was to import notions deemed more fit to meet the new needs of economic valorization of public goods, while adapting these notions to ensure their legal protection. However, this strong anchorage of the public property law to the private property law led to the advent of new difficulties related to these notions. Indeed, these notions imported from the private property law have sometimes proven unfit in dealing with certain difficulties encountered by the public law, such as the acknowledgment of intangible public goods or the establishment of real rights on public property. Yet, the mechanism of importation-adaptation prevents the public law to question more thoroughly these notions. This inquiry proposes an alternative method of dialogue between the public and private property laws, by submitting the hypothesis of a set of fundamental notions, that are shared between these two legal fields, so that public law may fully grasp the notions of property law its using, without getting through the private property law.

Keywords: Administrative law; civil law; property law; property; real right; personal right; debt; obligation; thing; good.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJCT	<i>Actualité juridique Collectivités territoriales</i>
AJDA	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
AJDI	<i>Actualité juridique Droit immobilier</i>
AJ Famille	<i>Actualité juridique Droit de la famille</i>
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Art.	Article, articles
Ass.	Assemblée du contentieux
BDCF	<i>Bulletin des conclusions fiscales</i>
BJCL	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
BJCP	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles</i>
c.	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Civ.	Chambre civile
Cf.	<i>Confer</i>
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. d'État	Conseil d'État
Cons. préf.	Conseil de préfecture
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DH	<i>Dalloz Hebdomadaire</i>
Dir.	Sous la direction de
Dr. adm.	<i>Droit administratif</i>
Dr. et patrimoine	<i>Droit et patrimoine</i>
Dr. fisc.	<i>Droit fiscal</i>
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
Et. Al.	<i>Et alii</i>
Et suiv.	Et suivants, et suivantes
Fasc.	Fascicule
Ibid.	<i>Ibidem</i>
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JO	<i>Journal officiel</i>
La doc. Fr.	La documentation française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les petites affiches</i>
Nº, N°s	numéro, numéros

P.	Page
Pp.	Pages
Préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
Rec.	<i>Lebon</i>
Rééd.	Réédition
Req.	Requête
<i>Rev. de sc. et lég. fin.</i>	<i>Revue des sciences et législations financières</i>
Rev. gén. d'adm.	<i>Revue générale d'administration</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
RD rur.	<i>Revue du droit rural</i>
Rev. crit.	<i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>
RHD	<i>Revue historique du droit français et étranger</i>
RJE	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique – droit prospectif</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
Trad.	Traduction
Trib. Confl.	Tribunal des Conflits
V°	<i>Verbo</i>
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE N° 1. — LE FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS OUBLIÉ

TITRE N° 1. — LE DÉTACHEMENT PROGRESSIF DU DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS DE SON FONDS COMMUN

CHAPITRE N° 1. — UNE HISTOIRE COMMUNE

CHAPITRE N° 2. — DES ÉVOLUTIONS SÉPARÉES

TITRE N° 2. — LA PERMANENCE INCONSCIENTE DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS EN DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE N° 1. — LA PERMANENCE DANS LA DÉTERMINATION DE L'APPROPRIABLE

CHAPITRE N° 2. — LA PERMANENCE DANS LA GESTION DE L'APPROPRIÉ

PARTIE N° 2. — LE FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS RETROUVÉ

TITRE N° 1. — UN FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS ÉPURÉ

CHAPITRE N° 1. — LES OBJETS JURIDIQUES FONDAMENTAUX DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS

CHAPITRE N° 2. — LES RAPPORTS JURIDIQUES FONDAMENTAUX DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS

TITRE N° 2. — UN DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS RÉORGANISÉ

CHAPITRE N° 1. — LES CHOSES PUBLIQUES DE L'ORDRE DE LA SOUVERAINETÉ

CHAPITRE N° 2. — LES BIENS PUBLICS DE L'ORDRE DE LA PROPRIÉTÉ

INTRODUCTION

« Il y a chose et chose et, dans le régime d'État, il y a des choses qui sont de l'ordre de la souveraineté et non pas de l'ordre de la patrimonialité. Ce n'est, d'ailleurs, pas une raison pour que ces choses ne soient pas l'objet d'une sorte de propriété, car il y a des formes de propriété qui sont elles-mêmes de l'ordre de la souveraineté ou de l'ordre du pouvoir et qui ne sont pas de l'ordre de la patrimonialité. »

— Maurice Hauriou¹

1. — L'objet de cette recherche est l'histoire d'une relation : celle qui unit deux disciplines juridiques, le droit administratif des biens et le droit civil des biens. L'objectif de cette recherche est double. Il s'agit, d'une part de révéler les heurs et malheurs de cette histoire, en retraçant les liens anciens et intimes qui unissent ces deux matières, les nombreuses interférences et difficultés que ces liens ne manquent pas d'engendrer, et donner à voir une relation que la *summa divisio* du droit public et du droit privé tend à masquer. Il s'agit, d'autre part, de proposer les moyens d'adoucir cette relation, de développer les outils qui permettront de surmonter ces interférences et ces difficultés, et ainsi de contribuer à son épanouissement.

Toute relation est hautement dépendante du contexte qui l'a vu naître et de ceux qui l'ont vu grandir. Lorsque cette relation dure depuis des siècles, comme c'est le cas pour les champs de la pensée faits de formes schématiques fondamentales qui s'incarnent et se réincarnent sans cesse dans des catégories mentales, dont l'apparente différence masque à peine leurs forts éléments de continuité, ces contextes sont nombreux et leur influence considérable. Les occasions de rapprochement et d'éloignement, de fusion et de distinction, d'inspiration ou d'ajustement, sont multipliées d'autant, et la vie des éléments qui composent cette relation, lesquels agissent et rétroagissent les uns sur les autres et avec leur environnement économique, politique, social ou culturel, sont source de complexification.

¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11^e édition, Paris, Sirey 1927, p. 601, note n° 1.

À cet égard, la relation entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens est emblématique de cette complexité. Fondues dans le creuset des conceptions médiévales du droit romain, qui confondait tous les pouvoirs, ces deux disciplines se sont émancipées et autonomisées, progressivement et à mesure que se faisait jour la nécessité de distinguer soigneusement l'*imperium* et le *dominium* – la puissance publique et la puissance privée. Parties d'un fond commun, qui les rapprochait, ces deux disciplines se sont dissociées, pour se faire face, s'opposer souvent, s'inspirer parfois.

2. — L'objet de cette recherche est donc double. D'une part et avant tout, l'analyse porte sur un objet complexe, à savoir, la relation entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens en tant que disciplines juridiques. En effet, il semble qu'après les profondes évolutions que cette relation a connues, particulièrement ces quarante dernières années, il devient opportun de s'interroger sur ce qui constitue l'apport de la construction d'une véritable théorie de la propriété publique, à partir du régime de la propriété privée, tant par la doctrine que par le droit positif, ainsi que sur les éventuelles limites que cette construction contient.

D'autre part et également, l'analyse porte sur un outil, à savoir, la technique de l'appropriation des choses, comme mécanisme fondamental du droit, qui constitue un fonds commun à ces deux matières. En effet, s'il fallait s'en tenir à l'analyse du droit positif qui constitue ces deux disciplines, le risque serait de finir enfermés dans les préjugés et les conceptions propres à ces matières, aujourd'hui dûment séparées. En menant une réflexion plus large, sur les mécanismes fondamentaux qui les animent, il devient permis d'évaluer en profondeur la pertinence des outils qui constituent les sous-bassements conceptuels de l'objet de cette recherche.

À cet égard, la notion de fonds commun du droit des biens paraît constituer le lien entre, d'une part, les difficultés rencontrées aujourd'hui par le droit administratif des biens, dans son entreprise de modernisation par importation des catégories du droit civil, et, d'autre part, les solutions qui pourraient mener vers une régénération des rapports entre ces deux disciplines, profitable à l'objectif assigné au droit administratif des biens. Ce fonds commun, impensé dans l'analyse des rapports entre droit administratif des biens et droit civil des biens,

constitue une force aveugle, qui agit sur l'évolution des rapports entre ces deux disciplines de manière parfois erratique. En le révélant et en l'utilisant de façon consciente, il pourrait devenir un outil profitable à l'une et l'autre de ces disciplines.

§1. — Objet de la recherche

3. — Pour présenter les difficultés que produit l'effacement progressif du fonds commun du droit des biens, il convient de partir des évolutions récentes du droit administratif des biens, qui sont le révélateur de l'intérêt d'une étude sur les relations entre ce droit et le droit civil des biens.

Habituellement présenté dans les manuels qui lui sont consacrés, le droit administratif des biens est formé du tryptique constitué du droit de la propriété publique – incluant le droit de la domanialité publique –, du droit des travaux publics et du droit de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Toutefois, cette adjonction ne tombe pas forcément sous le sens et la question de savoir ce que peut recouvrir cette notion de « droit administratif des biens » a pu se poser. La doctrine remarque, à cet égard, « que cette branche du grand arbre du droit administratif est régulièrement abordée avec des points d'interrogation »².

La réponse apportée est pragmatique : le droit administratif des biens est un ensemble de normes juridiques, qui accolées dans un but « d'unité pratique »³, ont en commun de traduire « la puissance de l'État sur le territoire national, soit en appréhendant ses propres biens et ceux des collectivités locales, soit à travers sa capacité à se saisir des biens des particuliers »⁴. Cette discipline disposerait d'un « centre de gravité »⁵, que constitue le droit

² C. CHAMARD-HEIM, F. MELLEREY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 4^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Grands Arrêts », 2022, p. VI.

³ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 5^e édition, Paris : LexisNexis, coll. « Manuel », 2019, p. XI. Cette vocation pratique est surtout une vocation pédagogique, puisque l'isolation du droit administratif des biens, en tant que discipline juridique semble résulter de la multiplication des enseignements en droits administratif et de leur répartition au sein des différents semestres de la licence en droit (P. GODFRIN, M. DEGOFFE, « Avant-propos de la première édition (1977) », in *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, 13^e édition, Paris, Sirey, 2020.

⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. XI.

⁵ C. CHAMARD-HEIM, F. MELLEREY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. VI.

des propriétés publiques, auquel s'ajoutent des éléments accessoires, lorsqu'ils touchent à la matière propriétaire, qu'il s'agisse du droit des travaux publics, ou, lorsque la construction ou l'occupation des biens prend une forme conventionnelle, du droit des contrats publics⁶.

4. — Cette présentation a toutefois une double limite connue.

Une première limite concerne le contenu de cette matière. En effet, l'adjonction des matières accessoires aux méthodes d'acquisition, de protection, de gestion et de cession des éléments constituant les patrimoines des personnes publiques, nuit à la cohérence interne de la matière. Le droit public des biens proprement dit, « présente une cohérence supérieure »⁷, du fait que l'on s'en tient aux aspects relevant strictement de la mécanique patrimoniale et domaniale. Certains auteurs, soucieux de recentrer la matière autour de la notion de bien public, ont commencé à proposer des ouvrages tout entiers construits autour de l'idée qu'il serait bon de structurer le droit administratif des biens autour des biens publics⁸.

Une seconde limite est plutôt d'ordre terminologique. En effet, certaines matières juridiques, qui ne relèvent pas, traditionnellement, du droit administratif des biens, constituent pourtant un droit administratif portant sur des biens. C'est le cas, par exemple, du droit de l'urbanisme, de certains éléments du droit de la construction et de l'habitat, ou encore du droit de l'aménagement du territoire. Ainsi, comment considérer que les documents d'urbanisme et leurs nombreuses servitudes sur la propriété foncière ne sont pas un droit administratif portant sur les biens. Cette idée est, ici encore, justifiée par le fait que ce que l'on appelle le droit administratif des biens est en réalité le droit des biens publics et qu'il n'a pas vocation à traiter des très nombreuses manières que le droit administratif a de régler l'appropriation ou l'usage des biens des personnes privées, à l'exception des cas où ils ont vocation à devenir des biens publics.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, Paris, PUF, coll. « Thémis – Droit », 2022 ; P. YOLKA, *Droit des biens publics*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2018.

5. — Face aux difficultés à saisir cet objet, dont le caractère artificiel résulte du pragmatisme qui préside à son identification, il convient donc de restreindre l'objet de cette recherche. À la suite d'une partie de la doctrine, notamment, Philippe Yolka⁹ et de Caroline Chamard-Heim¹⁰, il paraît préférable, dans un souci de la cohérence de cette discipline, de s'en tenir à une conception de cette dernière plus ramassée, centrée autour du droit de la propriété public, à l'image du droit civil, qui dispose d'une matière concentrée véritablement sur la propriété privée, les droits réels et leurs objets.

Il semble, d'ailleurs, que c'est autour de cette théorie de la propriété publique, que la doctrine s'est concentrée ces derniers temps, pour faire évoluer la matière domaniale et l'adapter aux enjeux du siècle. L'histoire récente du droit administratif des biens témoigne des relations chaotiques que ce droit entretient avec le droit civil des biens, entre rejet pur et simple d'une assimilation entre les catégories juridiques de l'un et de l'autre ou confusion, plus ou moins totale. Pour tenter une mise à distance raisonnée, de nombreuses études de doctrine ont eu à cœur d'élaborer une théorie de la propriété publique, que le jurislatureur s'essaie depuis de transposer en droit positif. Mais il semble que la confection de cet *aggiornamento*, ainsi que la manière dont il est présenté, porte en lui les mêmes limites, qui ne seront surmontées qu'en renouvelant un cadre d'analyse trop contraint.

Une présentation schématique montre, en réalité, que cette relation dépend autant d'éléments techniques que d'éléments idéologiques, ces derniers relevant plutôt des idées politiques et de la conception qu'a la doctrine du rôle de l'État, dans une société libérale. Cette présentation montre que l'évolution des rapports entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens est rendue possible par la proximité technique entre les mécanismes de l'une et l'autre de ces disciplines (A.), mais que la rationalité derrière les allers et retours entre fusion et séparation est surtout le fruit d'arguments qui ne sont pas proprement juridiques (B.).

⁹ P. YOLKA, *Droit des biens publics*, *op. cit.*

¹⁰ C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, *op. cit.*

A. — *Aspects techniques des rapports entre droits administratif et civil des biens*

6. — Nul besoin de revenir longuement sur la « grande » histoire du droit administratif des biens, qui a déjà fait l'objet de nombreuses études, décrivant la manière dont ont été conçues les prérogatives portant sur les biens relevant du domaine de la Couronne, puis du domaine public et que nous aborderons plus en détails dans le corps de cette recherche. De nombreux auteurs, en histoire du droit¹¹ ou en droit public¹², ont déjà accompli ce travail. Ces auteurs ont permis de rappeler les éléments de continuité historique forts entre l'Ancien droit et le droit actuel, par-delà la césure révolutionnaire. Les évolutions les plus immédiates du droit administratif des biens suffisent, à ce stade.

En effet, pour analyser les rapports entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens, encore faut-il qu'il existe un droit administratif des biens et un droit civil des biens. Et il nous semble que ces deux matières ne se donnent réellement à voir qu'à partir du XIX^{ème} siècle, lorsque l'œuvre monolithique des Exégètes du code Napoléon fait émerger le corpus doctrinal du droit civil et, particulièrement, du droit civil des biens et lorsque, de l'autre côté de la *summa divisio*, s'organise la construction du droit administratif, à partir de la synthétisation, puis de l'analyse des lois administratives et de la jurisprudence du Conseil d'État, avec des auteurs comme Joseph-Marie de Gérando¹³ ou Louis-Antoine Macarel¹⁴. La grande *summa divisio* du droit public et du droit privé a, toutefois, pu bénéficier du temps antérieur. Ainsi, « l'histoire politique et sociale de la France – et plus précisément ce rôle déterminant d'une royauté visant à doter l'État d'une identité et d'une autonomie fortement affirmées, mais aussi soutenue par un discours juridique ominiprésent (il suffit de penser aux

¹¹ V., notamment, G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e – XV^e siècles)*, Strasbourg, PUS, 1996 ; A. ROUSSELET, *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, préf. A. RIGAUDIÈRE, Paris, LGDJ, coll. « Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II », 1997.

¹² V., notamment, M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, Paris, L. Larose, 1902 ; R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, Paris, Dalloz, 1932 ; et pour une présentation récente ayant reçu une grande audience, P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. GAUDEMET, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191, 1997.

¹³ J.-M. GÉRANDO, *Institutes de droit administratif français, ou éléments du code administratif*, Paris, Nêve, 1829.

¹⁴ L.-A. MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 ; *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, Roret, 1828.

légistes royaux) qui a célébré la cause de l'État jusqu'à le sacraliser – permet-elle de comprendre les raisons de l'ancrage profond de cette *summa divisio* du droit dans notre pays »¹⁵.

Schématiquement, les rapports entre la propriété publique et la propriété privée, au cours du siècle passé, ont traversé trois étapes, qui ne sont pas tout à fait consécutives, mais parfois se chevauchent.

7. — Dans une première étape, la relation entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens débute par une franche opposition, marquant le refus de qualifier les relations entre l'État et ses biens avec les mécanismes du droit de propriété. La doctrine s'exprimant sur ces deux disciplines promeut cette conception. En droit civil, par exemple, prenant prétexte des articles du code civil relatif au domaine public, Charles Demolombe soutient que les dispositions régissant le domaine public sont « exclusives d'un véritable droit de propriété, même de la part de l'État »¹⁶. Jean-Baptiste-Victor Proudhon, de la même manière, distingue le domaine public du domaine de propriété¹⁷. Et en droit administratif, Théophile Ducrocq énonce « cette vérité fondamentale que l'État ne possède pas le domaine public à titre de propriétaire »¹⁸. Tous rappellent et affirment ce droit de garde et de surintendance, qui fait écho au domaine de la Couronne.

Afin de séparer les deux, les arguments techniques ne manquent pas et les auteurs proposent une analyse proprement juridique des prérogatives de l'État sur ses biens, au regard des pouvoirs contenus dans le droit de propriété. Les auteurs relèvent, dans l'ensemble, que l'État ne dispose pas suffisamment du contenu de la propriété pour que leurs prérogatives puissent s'analyser comme telle. L'*usus*, le pouvoir d'user des biens, ne lui revient pas, particulièrement dans le cadre des dépendances affectées à l'usage de tous, où il revient au public. L'*abusus* l'aptitude à disposer juridiquement, soit en s'en séparant, par cession ou

¹⁵ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. BIENVENU, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Droit public », 2003, p. 15.

¹⁶ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, Paris, A. Durand, 1852, t. IX, p. 337.

¹⁷ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, V. Lagier, 1833, t. 1, p. 266.

¹⁸ T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, 7^e édition, Paris, A. Fontemoing, 1900, t. 4, p. 89.

abandon, soit en consommant matériellement le bien, s'il est consommable, est complètement neutralisé par la règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public. Le *fructus*, le pouvoir de percevoir les fruits du bien, est très limité par l'affectation des biens.

Dans ce premier temps, la rupture entre les deux disciplines semble nette. Mais la découverte des utilités économiques que recèle le domaine public rendra de moins en moins supportable la mise au ban des techniques les mieux éprouvées du droit civil dans l'appréhension et la gestion de ces richesses. La course aux utilités sonne le glas de cette rupture : « la notion d'une domanialité inconciliable avec celle de propriété privée est définitivement condamnée par une évolution qui donne à la conception du domaine public un caractère nettement économique »¹⁹. La désunion ne perdurera donc que jusqu'à ce que d'autres auteurs, au premier desquels l'on trouve Maurice Hauriou, convainquent la doctrine de la nécessité de les rapprocher, pour permettre à l'État de bénéficier des atouts qu'offre le régime de la propriété privée. C'est là que naît la théorie de la propriété administrative.

8. — Ainsi, dans une seconde étape, la relation entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens continue par une tentative de fusion se traduit par la volonté d'analyser les pouvoirs exercés sur le domaine public à l'aide du spectre de la propriété privée. Dans cet état de la relation, les partisans de la propriété administrative postulent « l'unité des pouvoirs domaniaux et des prérogatives de la propriété »²⁰. Partant, à nouveau, de la définition de la propriété du code civil, comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »²¹, ces auteurs s'évertuent à ramener toutes les prérogatives, normalement morcelée entre le propriétaire, l'affectataire, l'État et le public, au sein d'une seule tête, celle de la collectivité propriétaire, confondant au passage ce qui peut relever de la souveraineté, de la police, de la propriété ou du simple exercice de la liberté.

¹⁹ P. LAROQUE, note sous Cons. d'État, 6 mai 1932, *Demoiselle Taillandier*, S. 1932, III., p. 65.

²⁰ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*. Préf. D. TRUCHET, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2001, t. 219, p. 119.

²¹ Article 544 du code civil.

Ce qui relève de la souveraineté est ce qui pose à ces auteurs le plus de problème. S'agissant des droits du public, ces auteurs rejettent la théorie de la copropriété²², pour lui préférer, soit un rejet total de la nature patrimoniale de ces droits, sur le fondement de l'idée que le public, en tant qu'entité abstraite, n'est pas une personne juridique²³, soit une forme de droit réel constitué sur la propriété, cette dernière revenant à la personne publique²⁴. De la même manière, les pouvoirs de la collectivité affectataire sont parfois analysés comme des démembrements du droit de la collectivité propriétaire. Pour Raphaël Alibert, ces droits sont, à l'image du louage de choses, une forme de bail²⁵, consommant ainsi l'assimilation, au moins intellectuelle, de l'affectation à un droit réel du droit civil. La théorie des mutations domaniales²⁶, qui consacre la possibilité pour l'État de modifier l'affectation d'un bien appartenant à une autre personne publique aboutit, dans cette analyse où l'affectation est une prérogative propriétaire – elle est un droit sur la chose d'autrui –, à reconnaître une forme de résurrection du domaine éminent de l'État et, parce qu'elle ne peut être niée, sera rejetée par les tenants de la propriété administrative²⁷.

Dans ce deuxième temps, l'assimilation est presque entière et les différentes prérogatives du droit administratif des biens, qu'importe qu'elles relèvent de l'*imperium* ou du *dominium*, sont fondues dans le logiciel du droit civil des biens. Mais cette situation ne durera pas, principalement parce que sont dénoncées justement une forme de propriété de la

²² Cette théorie postule que « nous sommes tous – nous membres actuels de l'État français – copropriétaires du domaine public ou privé, des routes nationales, des canaux, des rivages, des palais, des musées de la France » (VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, n° 1, p. 30).

²³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 13^e édition, Paris, Sirey, 1933, p. 779 : « le public, n'ayant en fait aucune individualité juridique, ne saurait être considéré comme propriétaire du domaine public, les administrations publiques en sont propriétaires à sa place et pour son compte ».

²⁴ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Paris, Sirey, 1935, p. 221 : l'auteur estime que les utilités des dépendances du domaine public affecté à l'usage de tous « ont été attribuées au public », cependant que l'*usus* des dépendances du domaine public affecté aux services publics demeure au bénéfice de l'administration (A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 5^e édition, Paris, LGDJ, 1980, t. II, p. 145).

²⁵ R. ALIBERT, note sous Cons. d'État, 7 décembre 1928 et 19 juillet 1929, *S.* 1930, III., p. 4 : « Le bail devient alors une affectation : mais cette transposition ne change rien à la nature des choses ; elle ne fait que modifier les règles applicables à une opération, qui dans son essence et son objet, reste la même ».

²⁶ Cons. d'État, 16 juillet 1909, Ville de Paris, *Rec.*, p. 717.

²⁷ André de Laubadère devra bien admettre que cette théorie « présente, sur le plan juridique, l'inconvénient grave de faire de l'affectation une prérogative qui peut échapper au propriétaire ; en ce sens, elle constitue indiscutablement une donnée jurisprudentielle défavorable à la thèse de la propriété du domaine » (A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 3^e édition, Paris, LGDJ, 1963, t. 2, p. 146).

puissance publique, qui rappelle aux contempteurs de la propriété administrative cette propriété démembrée mais souveraine de l'Ancien régime.

9. — La troisième étape consiste, alors, en une mise à distance raisonnée entre le droit administratif et droit civil des biens. Dans sa thèse de doctorat, qui jette sur les fonds baptismaux une conception du droit administratif des biens qui est celle majoritairement reçue aujourd'hui, Philippe Yolka propose une *via media* entre le pur rejet de la propriété privée et la fusion entre propriété publique et propriété privée. Contrairement à la théorie du droit de garde, Philippe Yolka ne rejette pas la propriété en dehors du droit administratif tout entier, et contrairement à la théorie de la propriété administrative, il ne fusionne pas cette technique de la propriété avec celle de l'affectation. « Il importe, selon lui, de substituer au schéma qui fond dans le même moule "organico-fonctionnel" la domanialité publique et la propriété publique (deux manières, pour Hauriou, de désigner la même réalité) une analyse qui les distingue et sépare leurs fondements respectifs ; l'affectation doit être "expulsée" de la propriété publique et rester cantonnée dans la sphère de la domanialité »²⁸. À une analyse moniste des prérogatives que les personnes publiques exercent sur leurs biens (fusion de ces prérogatives) succède une analyse dualiste (dissociation de ces prérogatives, basées sur deux fondements différents). La personnalité publique fonde la propriété publique et la fonction affectative fonde la domanialité publique.

Dans cette conception, la propriété publique est une reprise de la propriété privée, simplement adaptée à la puissance publique. Toutefois, en proposant une propriété publique justifiée par un fondement organique, Philippe Yolka renonce au particularisme des mécanismes publics d'appropriation : la propriété publique n'est que la propriété des personnes publiques. Elle ne diffère de la propriété privée que sur deux points : l'incessibilité à vil prix et l'insaisissabilité. Or, ces deux principes ne constituent que des éléments de régime et n'entament pas l'unité de la notion de propriété. Ils ne se justifient que par la nature de la personne propriétaire, non pas celle du droit qu'elle exerce. À cet égard, il s'agit donc d'un phénomène d'adoption et d'adaptation de la propriété privée, une forme plus atténuée de la

²⁸ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. GAUDEMET, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191, 1997, p. 412.

confusion, puisque le droit administratif des biens assied une grande partie de ses notions fondamentales, le bien, la propriété, le droit réel, sur les notions du droit civil des biens.

B. — Aspects idéologiques des rapports entre droits administratif et civil des biens

10. — La capacité qu'ont le droit administratif des biens et le droit civil des biens à s'unir et se désunir, à se confondre ou se séparer, s'explique donc par la grande proximité technique des mécanismes juridiques qui régissent ces deux matières. En effet, sans cela, il ne serait pas possible de passer si agilement de l'un à l'autre, voire même de cumuler les analyses concurrentes, l'une prétendant que ces disciplines sont radicalement distinctes, l'autre qu'elles sont pratiquement fusionnées, comme ce fût le cas au Tournant du Siècle, entre auteurs antipropriétaristes et partisans de la théorie de la propriété administrative.

Toutefois, il apparaît que les arguments, invoqués au soutien d'une séparation nette entre ce qui relève de la propriété publique et ce qui relève de la propriété privée, sont généralement d'ordre extrajuridique. Comme le relève Hervé Moysan, « La tradition politique et juridique française souffre d'un paradoxe : l'attitude contradictoire à l'égard de l'institution de la propriété, selon qu'elle est privée ou publique. En effet, autant la propriété privée est reçue comme une institution fondamentale et intangible de l'édifice social et juridique, autant la propriété suscite la méfiance lorsqu'elle est susceptible de s'appliquer aux biens publics »²⁹.

À cet égard et à diverses époques, l'on retrouve des raisons, soit pragmatiques, soit morales et politiques, pour affirmer, soit les distinctions entre ces deux champs du droit, soit leur rapprochement.

11. — Dans un sens, celui de la séparation entre les disciplines, et s'agissant des arguments pragmatiques³⁰, c'est la lutte contre la puissance financière du Roi, qui, pendant l'Ancien régime, convainc certains juristes de refuser l'assimilation du pouvoir que ce dernier exerce

²⁹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, op. cit., p. 14.

³⁰ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., pp. 113-114.

sur les terres du fait de sa suzeraineté avec une forme de propriété privée³¹. De même, à partir de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, ce sont les idées socialistes qui suscitent des craintes quant à une trop grande proximité entre les prérogatives de l'État et celles des individus relativement à l'appropriation des choses³². Cet argument perdure avec la crainte de voir la puissance absolue du propriétaire mis entre les mains de la puissance publique, à l'instar d'Étienne Picard, pour qui l'alliance de la puissance publique et de la propriété entraînerait le risque de « faire échapper l'action administrative aux principes de liberté et de légalité »³³, ou encore d'Étienne Fatôme, pour qui « cette corymbe dans le caractère dangereux pour les particuliers du pouvoir de gestion domaniale doit être combattue », pas tant qu'il ne soit qu'illusoire, mais au motif que « tout pouvoir de gestion domaniale n'est pas nécessairement fondé sur l'idée de propriété »³⁴.

S'agissant des arguments d'ordre idéologiques³⁵, ils tournent principalement autour de la conception singulière de l'intérêt général, comme opposée aux intérêts privés, qui conduit à rejeter la propriété, qui « plus qu'aucune autre institution, symbolise la recherche de l'intérêt financier »³⁶. Il semblerait que, « du côté du droit public [...], on range les choses sublimes, les buts sociaux les plus nobles, la fonction de désintéressement, ce que sommairement les juristes décorent parfois du nom d'intérêt général »³⁷ ; tandis que « du côté du droit privé, se règlent les rapports sociaux les moins purs. Tout ce dont l'État se décharge : l'argent et le sexe, le droit privé les gère »³⁸. Ainsi, cet intérêt général « à la française » a longtemps agi comme un repoussoir à l'importation du régime propriétaire en droit public.

³¹ É. ANDT, « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *RHD* 1922, p. 636.

³² E. CHENON, *Étude sur l'histoire des alleux en France avec une carte des pays allodiaux*, Paris, L. Larose, 1888, p. 238.

³³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, préf. R. DRAGO, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1984, t. II, p. 846.

³⁴ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer le domaine public affecté à l'usage de tous*, Thèse de l'Université de Caen, 1974, p. 375.

³⁵ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 19-20.

³⁶ *Ibid.*, p. 20.

³⁷ P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Le Seuil, 1974, pp. 212-231, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Editions de Minuit, 1976, pp. 153-176, cité par J. CAILLOSSE, « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA* 1996, p. 955.

³⁸ J. CAILLOSSE, « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA* 1996, p. 955. V., également, sur cette thématique, C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action*

12. — À l'inverse, force est de constater que les arguments permettant un rapprochement entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens ne sont pas plus liés à des questions de rationalité technique. Par exemple, la promotion d'une soumission des dépendances du domaine public à un régime de propriété publique, calqué sur la propriété privée, « peut être taxée d'utilitarisme »³⁹, en ce sens qu'elle est justifiée par des éléments d'opportunité, qui sont essentiellement économiques et financiers. En effet, « le domaine public a acquis une place essentielle pour les activités économiques, en raison de l'accroissement de sa consistance et surtout de l'évolution de l'économie depuis le milieu du XIX^{ème} siècle, qui s'est traduite par un déplacement des centres économiques majeurs des lieux de production vers les lieux de communication »⁴⁰. C'est ce mouvement, qui, tout au long du XX^{ème} siècle, a mené la réflexion vers une adaptation du régime de la domanialité publique dans le sens d'un rapprochement vers celui de la propriété privée. Les thèses antipropriétaristes qui avaient alors largement prospéré – le droit de garde et de surintendance était la manière la plus communément admise de décrire les prérogatives que les personnes publiques exercent sur leurs biens – se sont trouvées mises en échec.

Le pragmatisme qui avait présidé à la séparation nette entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens laisse place à un pragmatisme utilitariste qui promeut ce rapprochement. Ainsi, « l'exclusion de l'idée de propriété a pu à cet égard être utile à certaines époques pour préserver les droits du public contre une conception volontiers trop patrimoniale du domaine public. Mais, à l'époque moderne, c'est un besoin inverse qui s'est manifesté : celui de favoriser pour l'administration l'exploitation des utilités économiques que peut comporter le domaine public considéré comme un bien, une richesse collective »⁴¹. En somme, le domaine public devient une propriété, non pas parce que la proximité des techniques apparaît, mais uniquement, « parce qu'il est plus commode qu'il en soit ainsi »⁴².

administrative, Paris, Économica, 1981, p. 1 ; D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1977, p. 296.

³⁹ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, *op. cit.*, p. 418.

⁴⁰ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 5.

⁴¹ A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^e édition, Paris, LGDJ, 1970, n° 239, p. 135. V., également, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 9^e édition, Paris, Larose, 1919, p. 737.

⁴² R. ALIBERT, S. 1930, III., 1, p. 5.

Certains y voient même une lame de fond et notent que « de plus en plus s'affirme à l'heure actuelle une tendance à mesurer la valeur des théories et des concepts juridiques à leur utilité »⁴³.

13. — Il résulte de ce qui précède que la dynamique des interactions entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens ont deux causes. D'une part, leur proximité technique, qui, dans un sens, permet tous les rapprochements de régimes juridiques et, dans l'autre, enjoint les partisans d'une séparation à l'affirmer avec d'autant plus de force que cette séparation n'apparaît pas toujours naturelle. D'autre part, les préjugés, d'un côté et de l'autre de cette *summa divisio*, sur la fonction politique du droit public, qui est le cadre d'exercice de la puissance publique autant qu'il est se trouve limitée par la liberté des individus, et du droit privé, instrument destiné à permettre la garantie des intérêts privés, au détriment de l'œuvre collective.

§2. — Méthode de la recherche

A. — *La notion de fonds commun du droit des biens*

14. — L'hypothèse que cette recherche souhaite éprouver est celle de savoir si tout ou partie des maux que rencontrent les relations entre le droit administratif des biens et le droit civil des biens ne peuvent pas s'expliquer par l'existence d'un fonds commun de notions transdisciplinaires, dont l'ignorance empêche de penser rationnellement l'évolution de ces deux disciplines et dont la conscience permettrait de la rationaliser.

À ce fonds commun du droit des biens, qui se donne à voir comme une force aveugle, mais sensible dans les périodes où il est ignoré, pourrait succéder un fonds commun du droit des biens maîtrisé, dont la conscience et l'utilisation permettrait la génération d'une nouvelle grille de lecture plus apte à un dialogue apaisé entre disciplines. Les méthodes alternatives à l'utilisation du fonds commun n'ayant pas nécessairement eu pour objet de favoriser ce dialogue (1.), cette recherche vise à proposer une nouvelle manière de penser les rapports entre droits administratif et civil des biens (2.).

⁴³ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, *op. cit.*, p. 363.

1. — Les alternatives à la notion de fond commun du droit des biens

15. — Dans sa thèse de doctorat, Benoît Plessix relève que « dans l'étude des relations entre deux Droits, entre deux systèmes juridiques, il est souvent intéressant de souligner que, par l'effet de la circulation des modèles juridiques – qu'elle qu'en soit d'ailleurs la cause, pacifique ou belliqueuse –, il arrive qu'un ordre juridique réunisse en son sein des éléments provenant d'autres systèmes juridiques »⁴⁴. La réunion, au sein du droit administratif des biens, d'éléments provenant du droit civil des biens est topique de ce constat.

Dans l'inventaire qu'il donne des manières dont deux ordres juridiques s'interpénètrent, l'auteur classe les méthodes employées en deux principales catégories : les emprunts formels et les emprunts matériels.

L'étude des emprunts formels se limite, généralement, à analyser la manière dont les éléments de droit positif d'une discipline sont appliqués dans une autre, explicitement ou non. L'exemple le plus caractéristique demeure l'application des dispositions du code civil par le juge administratif⁴⁵ ou, réciproquement, la manière dont le juge judiciaire applique le droit administratif⁴⁶. Or, « en adoptant un critère purement formel, écrit Benoît Plessix, on se condamne à n'étudier et ne comprendre qu'une partie infime du phénomène de l'utilisation du droit civil en droit administratif »⁴⁷. Et la doctrine qui s'empare de ce sujet avec pareille méthode ne peut véritablement tirer que des conclusions partielles, qui peuvent être neutres – une simple comparaison des deux disciplines – ou plus engagées – lorsqu'il s'agit de dénoncer le déplacement ou l'effacement de la délimitation entre deux disciplines⁴⁸.

⁴⁴ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 12.

⁴⁵ V., principalement, J. WALINE, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse de la faculté de droit de Paris, 1962.

⁴⁶ V., principalement, A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1996, t. 183.

⁴⁷ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. op. cit., p. 38.

⁴⁸ De nombreuses études se sont penchées sur la question des rapports entre droit administratif et droit civil. V., notamment, C.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne*, Dalloz, coll. « Nouv. bibl. de thèses », t. 102, 2011 ; R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse Paris, 1952, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ », t. 8, 1957, rééd. La Mémoire du droit, 2010 ; G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, thèse Paris, 1949, Matot-Braine, 1951, rééd. La

16. — S'agissant des emprunts matériels, ils consistent, au-delà de la question d'analyser la manière dont le droit civil s'applique en droit administratif, à évaluer le contenu technique des règles de droit civil qui inspirent le droit administratif. Au-delà des réflexions menées par Gaston Jèze⁴⁹, Achille Mestre⁵⁰ ou, encore, André Hauriou⁵¹, deux auteurs ont proposé d'analyser ce phénomène d'utilisation du droit civil en droit administratif.

Le premier est Pierre Legendre, « le seul à avoir précisé les contours du phénomène de l'utilisation du droit privé en droit administratif, mais aussi à en avoir deviné toutes les implications théoriques et les applications pratiques »⁵². À partir d'une utilisation intensive de l'histoire – lui-même est historien du droit –, il relève « l'un des aspects les plus apparents de la transmission historique dont a bénéficié le droit administratif : la constitution très ancienne d'un fonds de concepts, de distinctions, de catégories »⁵³. Cette notion de « fonds » est ici donnée en référence aux grandes notions fondamentales du droit, l'auteur rappelant qu'on ne saurait « prétendre saisir le droit administratif dans sa progression, depuis les premiers efforts de synthèse des théoriciens de la Police (cf. Delamare) ou les annotations

Mémoire du droit, 2010 ; G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif*, thèse Paris II, 1994, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ. », t. 184, 1997 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, thèse Paris II, 2000, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ. », t. 248, 2006 ; E. LABROT, *L'imprévision. Études comparées droit public-droit privé*, thèse Toulouse I, 2012, L'Harmattan, 2016 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marchés de travaux publics. Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, thèse Toulouse, 1978, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ. », t. 139, 1981 ; D. RUZIÉ, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, thèse Paris, 1958, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ. », t. 27, 1960 ; O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, thèse Tours, 2007, LGDJ, Fondation Varennes, 2008 ; M. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, thèse Dijon, 1996, PUF, 2001.

⁴⁹ G. JÈZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP* 1914, p. 319 ; « De l'application des règles de droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDP* 1923, p. 5 ; « Collaboration du Conseil d'État et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire publié pour commémorer son 150^e anniversaire (4 nivôse an VIII-24 décembre 1949)*, Paris, Sirey, 1952, p. 347.

⁵⁰ A. MESTRE, « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 », *Bull. de la Soc. De législation comparée* 1922, t. 51, p. 247.

⁵¹ A. HAURIOU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1935, t. III, p. 92.

⁵² B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 43.

⁵³ P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *RHD* 1974, p. 696. V., également, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1968, pp. 475 et suiv. ; « L'histoire de l'administration et sa partie de droit privé », in *Droit privé et institutions régionales. Études offertes à Jean Yver*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 1976, p. 431.

des arrêtiſtes d'Ancien Régime, ſans revenir aux concepts de baſe, tels que le contrat, la tutelle, la responsabilité, empruntés au droit privé »⁵⁴. La question n'est donc plus ici de rechercher ſi, formellement, le droit civil ſ'applique au droit administratif, ou la manière dont le légiſlateur, le pouvoir réglementaire ou le juge, en droit administratif, utilise directement des règles de droit poſitif iſſues du code civil, ou de la légiſlation civile en générale, mais bien de ſ'intéſſer à la mécanique de ces emprunts.

Le ſecond, dans la droite lignée du premier dont il ſ'inspire, eſt Benoît Plessix. Il diſtingue deux modalités de l'emprunt matériel, ſelon qu'il eſt ſubi ou voulu, et qui ne ſont, d'ailleurs, paſ excluſifs l'un de l'autre. D'une part, les emprunts matériels non voulus, qu'il désigne ſous le nom d'influence, laquelle eſt « l'action involontaire exercée par quelque choſe ou quelqu'un ſur quelque choſe d'autre ou ſur quelqu'un d'autre ; elle eſt une action plutôt ſubie que voulue ; elle peut n'être que très ſuperficielle ; et elle eſt bien ſouvent pour celui qui exerce l'influence comme pour celui qui eſt influencé, un phénomène de preſtige »⁵⁵. D'autre part, les emprunts matériels voulus, qu'il désigne ſous le nom d'utilisation, « qui regroupe les ſituations où le juge administratif, les théoriciens, voire plus rarement le légiſlateur, empruntent volontairement une règle, une théorie ou des concepts appartenant au droit civil, dans le cadre d'une action pleinement conſciente, intentionnelle, délibérée »⁵⁶.

Benoît Plessix évoque une troiſième manière d'aborder les rapports entre droit administratif et droit civil, il ſ'agit de l'application de règles communes. L'auteur ſ'interroge : « ne vaut-il paſ mieux évoquer l'exiſtence d'un fonds commun de principes juridiques, dominant et transcendant toutes les branches du droit ? N'exiſte paſ plutôt des notions générales de contrat ou de préjudice ? Dès lors, peut-on parler d'une liberté de faire des emprunts ? »⁵⁷. ſans nier qu'il puiſſe y avoir des notions qui ſe ſoient développées

⁵⁴ P. LEGENDRE, « L'hiſtoire de l'administration et ſa partie de droit privé », *op. cit.*, p. 431.

⁵⁵ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 47. V., également, A. HAURIOU, *op. cit.*, p. 92 : « Il convient de remarquer que le droit administratif ne ſ'eſt élaboré que tardivement, dans un milieu juridique imprégné de tendances et de traditions civilistes, grâce à l'action d'administrateurs, de juges, de membres du parlement ou d'auteurs qui avaient été eux-mêmes formés à l'école du droit civil et du droit romain ».

⁵⁶ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 51.

communément en droit administratif et en droit civil, il regarde ce mécanisme comme indifférent. Que la notion empruntée au droit civil par le droit administratif soit issue d'un fonds commun ou non, ce qui compte est la mécanique de l'emprunt et, pour l'auteur, « il n'y a emprunt qu'à partir du moment où une discipline juridique manifeste, expressément ou tacitement, sont choisis délibérés de prendre une autre discipline juridique comme source d'inspiration, alors que rien ne l'y oblige »⁵⁸. Il ne rejette toutefois pas l'idée de ce fonds commun, ni l'intérêt qu'il pourrait y avoir à l'étudier, affirmant simplement qu'une telle étude ne pourra intervenir, didactiquement, qu'après que la mécanique des emprunts ait été elle-même analysée, ce qu'il se propose de faire dans son travail⁵⁹.

17. — La présente recherche, qui souhaite s'inscrire dans la continuité des travaux de Pierre Legendre et de Benoît Plessix, vise à évaluer dans quelle mesure les emprunts, réalisés par le droit administratif parmi les notions du droit civil, peuvent être déterminés par l'existence d'un fonds de notions juridiques qui ne relèveraient peut-être pas d'une discipline particulière, mais seraient communes à toutes. La démarche retenue varie à au moins deux titres.

D'une part, le champ d'études retenu sera beaucoup plus restreint. Il ne s'agit pas, comme Benoît Plessix, d'embrasser l'intégralité du droit administratif, mais de se limiter à une discipline particulière : le droit administratif des biens et, par conséquent, aux éléments qui relèvent, en droit civil, du droit patrimonial. D'autre part, cette recherche ne visera pas seulement à analyser, à partir de la méthode historique, l'existence d'un fonds commun du droit des biens, mais également à en tirer au moins deux conséquences.

La première sera d'évaluer la manière dont ce fonds commun, s'il venait à exister, agit sur les acteurs, jurislature et doctrine, qu'ils aient conscience ou non de son existence. Cette première conséquence suppose donc de ne pas limiter l'étude aux seuls emprunts volontaires, qu'ils soient explicites ou tacites, mais également de tenter de rechercher des emprunts qui auraient pu être dirigés par des schémas intellectuels inavoués qui les déterminent. L'exercice est périlleux, puisqu'il suppose de faire dire à des dispositifs

⁵⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 52-53.

juridiques ou à des commentaires ce qu'ils ont parfois affirmé très explicitement n'avoir jamais dit.

La seconde sera, au-delà du seul aspect descriptif, de proposer, dans une visée prospective, une reconstruction des outils techniques qui auront éventuellement pu être découverts comme étant des notions faisant partie de ce fonds commun du droit des biens, afin de réorganiser les objets techniques du droit des biens, dans un système qui soit – sinon opérationnellement, au moins scientifiquement – cohérent.

2. — L'utilisation de la notion de fond commun du droit des biens

18. — L'idée de faire appel à une notion de fonds commun du droit des biens procède, en première analyse, de la volonté d'ajouter une manière de faire interrégir les droits administratif et civil des biens à une autre. Face à cette succession de séparations radicales, de fusions quasi-complètes et de réceptions de notions adaptées, il s'agit de tester l'hypothèse qu'une amélioration des relations entre ces disciplines peut être trouvée en remontant le courant historique des notions qui les composent, à la recherche d'un passé commun où ces notions, à une époque où elles ne sont pas encore enrichies de toutes les singularités des régimes juridiques qui les renforcent – mais aussi les rendent moins souples – pouvaient interrégir avec plus d'agilité.

Dans cette ambition, cette recherche est éclairée des écrits de Jean-Jacques Bienvenu. Analysant *L'esprit et les formes du bail emphytéotique*⁶⁰, notamment ses aspects les plus actuels de l'emphytéose, particulièrement le bail emphytéotique administratif de la loi du 5 janvier 1988, il remarque combien certains dispositifs juridiques semblent agir par leurs avatars les plus anciens, révélant, à cette occasion, la continuité de sa mécanique fondamentale. « Plutôt que de réception, conclue-t-il, il paraît alors plus juste de considérer l'emphytéose dans sa structure et dans son principe générateur comme une sorte d'invariant du raisonnement

⁶⁰ J.-J. BIENVENU, « L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique », *À propos des contrats des personnes publiques. Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, Paris, LGDJ, 2013, p. 493.

juridique, une forme fondamentale génératrice de tropismes qui font la vie, l'organisation et l'énergie du droit »⁶¹.

Pour Jean-Jacques Bienvenu, cette notion de « forme », « ce n'est point ce que l'on peut assimiler au mode de discours, au style, au contraire ce serait, à l'imitation du concept, une unité active du raisonnement juridique », lequel « paraît se décomposer, alors, en une structure, agencement d'éléments objectifs invariables qui permettent son identification et surtout, et c'est là où l'on rejoint Deleuze, en une force c'est-à-dire en un principe générateur qui fait vivre la structure, garantit à la fois son intégrité et son adaptation. Force productive de droits et d'obligations qui travaille et s'impose de par sa seule logique »⁶².

19. — La notion de forme paraît donc revêtir deux caractères.

D'une part, dans son aspect statique, elle constitue, parce qu'elle est un « invariant du raisonnement juridique », un « agencement d'éléments objectifs invariables », l'élément de stabilité qui se reconnaît dans tous les dispositifs qui la contiennent et n'en sont que des avatars, des manifestations, peut-être des symptômes. Ce caractère paraît appeler à l'emploi d'une méthode historique, en tant qu'il pourrait donc supposer de rechercher l'identification de ces formes dans l'écoulement du temps, et toutes les notions et régimes juridiques qui se succèdent, plutôt que de les découvrir dans d'autres régimes actuels, à partir d'une simple photographie du droit positif en vigueur à un moment donné, nous serait-il contemporain.

D'autre part, dans son aspect dynamique, elle constitue, parce qu'elle est « un principe générateur », une force agissante qui, consciemment ou inconsciemment, détermine les acteurs du droit dans la création de nouveaux dispositifs juridiques en tout temps. Ce caractère nous paraît appeler à une démarche spéculative. En effet, si le fonds commun du droit des biens est aujourd'hui agissant, mais ignoré, il convient alors de s'interroger sur les intentions des acteurs et commentateurs du droit, et de tenter de proposer une analyse faisant

⁶¹ *Ibid.*

⁶² L'auteur cite Deleuze, affirmant qu'« il est vrai que le concept est flou, vague, mais non pas parce qu'il est sans contour : c'est parce qu'il est vagabond, non discursif, en déplacement sur un plan d'immanence... Le concept est une forme ou une force, jamais une fonction en un sens possible » (G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1991, pp. 136 et suiv., cité par J.-J. BIENVENU, « L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique », *op. cit.*, p. 493).

le départ entre ce qu'ils ont pu dire ou vouloir consciemment et ce qui pourrait être le fruit de limitations d'ordre intellectuel.

20. — Parce qu'elle est un invariant du raisonnement juridique, la forme juridique est nécessairement le plus petit dénominateur commun entre toutes les notions juridiques dans lesquelles elle se reconnaît. En effet, par ce caractère elle survit à toutes les variations qui peuvent s'ajouter à la mécanique fondamentale qu'elle représente, dans ses diverses manifestations positives, dont elle n'est que la substance profonde.

Dans le rapport de synthèse qu'il a présenté au terme d'un colloque consacré à la *Constitution administrative de la France*, Jean-Jacques Bienvenu semble avoir mis en valeur ce caractère. À l'issue de trois journées de travail, à l'occasion desquelles les participants se sont attelés à la tâche d'isoler ce que le droit administratif avait de structurant et de matriciel – les notions qui sont véritablement au cœur de ce qui constitue le droit administratif – il relevait celles d'entre les définitions qui lui paraissaient symptomatiques de la réussite de cet exercice. Évoquant la définition de la dot dans le Code civil, il relève une « définition admirable, minimal ! »⁶³. Il mentionne également la définition du dualisme juridique, aux termes de laquelle les rapports de droits sont « soit de droit public, soit de droit privé, à raison de la nature des sujets de droit, des activités et des situations »⁶⁴, trouvant cet article « magnifique », parce qu'« il ne veut rien dire »⁶⁵. Ainsi, ce qui est matriciel, structurant, et en dépit de l'évolution de l'histoire, pour l'auteur, c'est ce qui est minimal et ne veut rien dire. La forme fondamentale est donc un élément avec le moins de substance possible, pour permettre de la retrouver dans tous ses avatars.

21. — La nature des relations entre une forme fondamentale et sa manifestation positive mérite également quelques remarques. À cette fin, la théorie du schématisme d'Emmanuel

⁶³ J.-J. BIENVENU, « Rapport de synthèse », in J.-J. BIENVENU, J. PETIT, B. PLESSIX, B. SEILLER (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires – Actes », 2012, p. 386.

⁶⁴ G. TUSSEAU, « Le dualisme juridique », in J.-J. BIENVENU, J. PETIT, B. PLESSIX, B. SEILLER (dir.), *La Constitution administrative de la France*, *op. cit.*, pp. 35 et suiv.

⁶⁵ J.-J. BIENVENU, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 387.

Kant⁶⁶, qui est destinée à « montrer comment les concepts purs de l'entendement peuvent être appliqués à des phénomènes »⁶⁷ est source d'inspiration. Selon le philosophe, « ce schématisme de notre entendement relativement aux phénomènes et à leur simple forme est un art caché dans les profondeurs de l'âme humaine, dont nous arracherons toujours difficilement les vrais mécanismes à la nature pour les mettre à découvert devant nos yeux »⁶⁸. La volonté exprimée dans cette recherche n'est pas si éloignée de cette idée, puisqu'il s'agit ici d'évaluer s'il est possible d'isoler, à partir des phénomènes juridiques, des formes pures qui marquent le lien entre elles. Pour développer son concept de « schème », sensé représenter ce sur quoi reposent les concepts purs, Emmanuel Kant prend notamment l'exemple du chien. « Le concept de chien, écrit-il, signifie une règle d'après laquelle mon imagination peut tracer dans sa dimension de généralité la figure d'un quadrupède, sans être limitée à quelque figure particulière que m'offre l'expérience ou encore à quelque image possible que je puisse présenter in concreto »⁶⁹.

Et c'est bien là l'objet de cette recherche : au-delà de toutes les manifestations concrètes des régimes juridiques du droit des biens, administratif ou civil, pensés par la doctrine, décidés par le jurislatureur, tenter d'identifier le mécanisme fondateur, le schème, l'ensemble de règles qui permet de dessiner un droit réel, qu'il s'appelle dot, théorie du double domaine, saint mariage entre le Roi et la République, ou bail emphytéotique administratif.

22. — Il en résulte que la notion de fonds commun du droit des biens peut se définir, dans cette perspective, comme l'ensemble des formes juridiques fondamentales qui sont les éléments objectifs invariables des différents régimes juridiques, de droit public ou de droit privé, qui permettent l'appropriation des choses et déterminent, consciemment ou inconsciemment les acteurs juridiques dans la création et la gestion de ces régimes juridiques.

⁶⁶ V., pour une présentation du schématisme kantien, notamment, L. FERRY, *Kant. Une lecture des trois « Critiques »*, Paris, Grasset, coll. « biblio essais », 2006, pp. 60 et suiv.

⁶⁷ E. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. A. RENAUT, Paris, Flammarion, 2006, p. 224.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 226.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 226.

B. — *La méthode historique et le comparatisme interne*

23. — La méthode historique européenne désigne un ensemble de démarches scientifiques développées au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle⁷⁰. Elle naît avec l'école historique allemande, menée, notamment, par Carl Friedrich von Savigny et se veut « une réaction fondamentale aux conceptions artificielles du droit promues tant par les Lumières que par les civilistes français de la codification »⁷¹. En France, sous l'influence de Savigny, elle est, de la même manière, « liée à la volonté de renouveler la science juridique en la détachant, en tout ou partie, de l'idéal mathématique hérité du XVII^{ème} siècle et du formalisme logique attribué à l'Exégèse »⁷². En effet, l'École de l'Exégèse commentait le Code civil à l'aide de la seule logique, sans guère d'égard pour la place historique dans laquelle le droit s'insère, ce qui l'a précédé et ce qui pourrait advenir de lui⁷³. Or, pour les partisans de cette méthode historique, le droit étant un produit de l'histoire des peuples, il n'est pas possible de le comprendre, sans saisir ses différents états successifs et les contextes dans lesquels ils s'insèrent. L'idée réformatrice des partisans de la méthode historique est alors de sortir de l'analyse dogmatique des textes juridiques, pour insérer le droit dans son contexte social⁷⁴.

Dès la fin du XIX^{ème} siècle, toutefois, le projet évolue et à côté de cette méthode totalisante, apparaît une conception plus modeste et spécialisée de l'intérêt historique en droit. « Tout en conservant l'espoir que la méthode historique soit reconnue comme “la méthode scientifique par excellence” selon l'expression de Saleilles, les partisans de l'histoire du droit avaient de plus en plus les yeux tournés vers l'histoire positiviste »⁷⁵. L'histoire du droit prend alors le risque de devenir, progressivement, une science auxiliaire du droit, sous

⁷⁰ Pour une présentation exhaustive de ces écoles de pensées, V., notamment, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2022, pp. 204 et suiv.

⁷¹ Ibid., p. 213.

⁷² Ibid., p. 218.

⁷³ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, préf. M. VILLEY, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1969 ; J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, Bocard, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et des institutions », 1924.

⁷⁴ É. DE LABOULAYE, « De la méthode historique en jurisprudence et son avenir », rééd. Paris, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2013 ; R. SALEILLES, *Y a-t-il vraiment une crise de la science politique*, rééd. Paris, Dalloz, coll. « tiré à part », 2012.

⁷⁵ J.-L. HALPÉRIN, « L'histoire du droit constitué en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *RHSH* 2001/1, p. 9.

l'influence de certains juristes historiens qui, « en privilégiant l'étude "minutieuse" des documents juridiques du passé, (...) participaient au cantonnement de l'histoire du droit en tant que science doublement auxiliaire »⁷⁶. La création d'une agrégation d'histoire du droit et de « l'isolement croissant d'un corps professoral spécialisé »⁷⁷ contribue à cette scission entre le droit positif et l'histoire du droit, loin du projet épistémologique d'origine.

Comme le rappelle Benoît Plessix⁷⁸, cette déviation du projet original de la méthode historique a pu être rendu possible par la focalisation de ses partisans, particulièrement de Savigny, sur le droit romain, dans lequel il trouvait cette forme de « droit commun abstrait »⁷⁹. Comme le remarque Raymond Saleilles, le projet de l'école historique était, initialement de « revenir au droit romain initial, dégagé des scories de l'évolution historique »⁸⁰. Le risque est alors, dans l'intention, d'aboutir à la transposition d'une analyse dogmatique pourtant critiquée au droit ancien, facteur de distinction, plutôt que d'union des disciplines juridiques par-delà le gouffre du temps. Il est, dans le résultat, d'aboutir, à l'instar des Glossateurs du XI^e siècle, à la création d'un savoir déconnecté de la réalité, dont l'utilité se trouve alors neutralisée, et qui ultimement travestie par l'intervention d'une doctrine nouvelle qui, à l'instar des Postglossateurs et de l'Humanisme juridique, sera prête à dévoyer la pureté du corpus historique dégagé, dans un mécanisme d'importation-adaptation des notions du droit romain, comme le droit administratif importe en les amendant, les catégories du droit civil⁸¹.

La présente recherche entend s'inscrire dans la conception la plus large de la méthode historique. Il ne s'agit, en effet, ni de faire œuvre d'historien, en partant à la découverte et à l'étude des textes anciens pour le plaisir de l'érudition, ni d'instrumentaliser le passé historique d'un corpus juridique, pour lui donner une légitimité plus certaine, fût-ce au prix de quelques variations. Il s'agit d'aboutir à une meilleure compréhension de l'équilibre actuel des régimes juridiques des droits administratif et civil des biens, en partant à la recherche,

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, pp. 56 et suiv.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁰ R. SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », cité par *Ibid.*, p. 56.

⁸¹ Cf., *supra*, Partie n° 1, Titre n° 1, Chapitre n° 1, Section n° 1.

dans l'histoire, des formes élémentaires de ces deux disciplines pour en isoler le substrat fondamental.

Aussi, d'une part, le programme proposé par Savigny, qui consiste « à suivre une matière donnée jusqu'à ses racines pour découvrir ainsi un principe organique par lequel ce qui est en vie doit se dégager de soi-même de ce qui est mort et n'appartient plus qu'à l'histoire »⁸², répond à cet objectif. Les formes fondamentales qui constituent le fonds commun du droit des biens étant ces invariants qui traversent l'histoire et se perpétuent en passant d'un donné positif à l'autre – et dont la persistance témoigne de leur énergie –, ils sont précisément ce qui est en vie, là où les variations juridiques qui ne survivent pas nécessairement aux évolutions du droit sont ce qui est mort et est destiné à demeurer dans le passé.

Toutefois, d'autre part, les apports de Raymond Saleilles permettent de faire le lien avec le droit positif. À cet égard et, comme le remarque Benoît Plessix, « la méthode historique veut d'abord et surtout que la science du droit prenne pour matière première les faits. Elle est une méthode par hypothèse inductive, qui prend comme point de départ la vie du droit »⁸³. À cet égard, l'utilisation de la méthode historique n'a pas à se limiter aux événements passés. Parce qu'elle est une science sociale qui vise à la compréhension des événements et à leur évolution, elle vise à éclairer le présent. Son lien avec le droit positif est donc affirmé, le projet proposé est surtout pragmatique et part des régimes juridiques historiques, entendues au sens où ils existent dans le temps, que ce temps soit révolu ou ayant encore cours.

24. — La méthode historique est intimement liée à la méthode comparatiste, dont elle est la variation temporelle. Avec Raymond Saleilles, les deux sont liées. En effet, pour lui, « il est impossible de se réclamer de l'École historique si l'on n'attribue qu'un rôle secondaire au droit comparé. Il devient, au même titre que l'analyse historique, le procédé essentiel de

⁸² F. C. VON SAVIGNY, cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 214.

⁸³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 57. Il cite Raymond Saleilles, pour qui la méthode historique est « défiante de tous les systèmes a priori, et surtout de tout ce qui touche de près ou de loin à la métaphysique » (*Ibid.*, p. 57).

l'élément fondamental de la méthode en droit public »⁸⁴. Comme l'indique Véronique Champeil-Desplats, « la méthode historique et la méthode comparative sont les deux faces d'une même médaille. L'histoire, c'est la comparaison dans le temps et la comparaison, c'est l'histoire dans l'espace »⁸⁵. Si l'alterité semble nécessaire à la découverte des fondements commun de différentes disciplines, l'ambition des tenants de la méthode comparative est également politique. Raymond Saleilles espère qu'elle puisse participer de la « formation d'un droit commun de l'humanité civilisée »⁸⁶, au-delà des variations juridiques propres à chaque État.

Or, comme le propose Benoît Plessix, cette comparaison n'a pas nécessairement à être internationale. En effet, si la comparaison s'épanouit dans le cadre du droit comparé entre les différents systèmes juridiques nationaux, « rien n'interdit d'appliquer une telle logique d'analyse et de recherche à l'intérieur même d'un système juridique national, en particulier le système français »⁸⁷. Si la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé, en droit interne, est particulièrement marquée dans notre pays, permettant que la comparaison soit possible et fructueuse à l'aide de la méthode historico-comparative, l'on remarque que cette comparaison est possible au sein même d'un ordre juridique unique au sein d'un ordre juridique national, comme c'est le cas, par exemple, en droit civil français⁸⁸.

C'est bien là l'objet de la présente recherche. Toutefois, l'ambition n'est pas ici de révéler ce que les droits administratif et civil des biens ont de commun, dans la perspective d'aboutir à leur rapprochement, voire à leur dissolution, l'un dans l'autre, comme par une forme de

⁸⁴ C. HERRERA, « Méthode et politiques du droit. Remarques sur la conception de Raymond Saleilles », in R. SALEILLES, *Y a-t-il vraiment une crise de la science politique*, op. cit., cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., pp. 227-228.

⁸⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 228.

⁸⁶ R. SALEILLES, « Rapport de législation comparée de 1900. Conception et objet de la science du droit comparé », *Bulletin de la Société de législation comparée* 1900, t. 4, p. 389.

⁸⁷ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 14.

⁸⁸ Les disciplines juridiques sont, en effet, suffisamment riches pour qu'il soit possible d'opérer des comparaisons en leur sein même, par exemple, entre le droit de la famille et des sociétés (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse de l'Université de Bordeaux, 1932) ou encore encore entre le droit des sûretés et le droit des biens (C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas, 2012 ; préf. M. GRIMADI, Paris, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2015).

transposition du projet politique civilisationnel des partisans du droit comparé de la fin du XIX^{ème} siècle. Au contraire, en rattachant ces deux disciplines à leur fonds commun, l'ambition est de transformer le rapport d'autonomie du droit administratif, par rapport au droit civil, en un rapport d'indépendance, en démontrant que le droit administratif ne dépend pas du droit civil pour structurer son rapport à l'appropriation des choses, mais de son passé, et d'une histoire partagée avec un droit, considéré comme le droit commun⁸⁹.

§3. — Problématique et plan de la recherche

25. — En somme, la problématique de cette recherche réside dans l'idée que l'existence d'un fonds commun du droit des biens révèle un problème fondamental.

En effet, d'une part, l'existence de ce fonds commun est source de rapprochement entre les droits administratif et civil des biens, en tant qu'il suscite la tentation de s'inspirer de ce qui se fait de l'autre côté de cette *summa divisio* pour moderniser l'une ou l'autre de ces matières. Pour ce qui concerne cette recherche, nous analyserons surtout l'inspiration du droit administratif des biens par le droit civil des biens et mettrons de côté le phénomène inverse, qui est pourtant sensible, en témoignent les réflexions sur les choses communes, les biens communs ou encore la fonction sociale de la propriété, qui pourraient s'analyser comme une manière de s'inspirer des théories du droit de garde.

D'autre part, l'oubli de ce fonds commun, par la construction de deux disciplines du droit des biens autonomes, par couches sédimentées qui enrichissent le régime des notions fondamentales autrefois communes, rend l'utilisation de cette proximité technique, entre les deux disciplines, plus laborieuse qu'elle ne pourrait l'être.

La première partie consistera en une analyse des conséquences de l'oubli du fonds commun du droit des biens, par l'étude du paradoxe entre, d'une part, la proximité technique apparente des droits administratif et civil des biens et, d'autre part, les difficultés de dialogue évidentes entre ces deux disciplines, source d'interférences parfois dommageables. C'est pourquoi il s'agira, dans un premier temps et à l'aide de la méthode

⁸⁹ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, thèse Paris II, 2014, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 571, 2016.

historico-comparative, de réconcilier deux histoires que l'autonomie des disciplines à conduit à ne pas investiguer plus intensément. La recherche historique ayant, chronologiquement suivi la constitution des droits administratif et civil, elle paraît avoir subi le même chemin d'autonomie. La reconstitution de cette histoire commune est le préalable indispensable à la bonne compréhension des constats qui pourront être formulées sur le droit positif. Elle devrait permettre, non seulement de rattacher les régimes juridiques actuels du droit administratif des biens et du droit civil des biens, mais également de comprendre comment ces deux matières sont parvenues à ce niveau d'indépendance. Elle devrait révéler, à la fois la profondeur de ce qui les rapproche et le caractère superficiel de ce qui les sépare. C'est à partir de ce constat qu'il sera possible, dans un second temps, de repérer, dans « l'histoire actuelle » que constituent les régimes de droit positif encore en vigueur les difficultés qu'engendrent cet oubli. Si le fonds commun du droit des biens existe sans qu'il soit besoin de le penser, et son énergie, dans la création du droit est réelle, alors les interférences de ce fonds avec les régimes positifs du droit des biens, de part et d'autre de la *summa divisio*, seront sensibles et trouveront une justification nouvelle. (**Partie n° 1**).

La seconde partie sera consacrée à la révélation et à l'utilisation de ce fonds commun du droit des biens, avec l'ambition de proposer, à la fois une méthode de collaboration entre droits administratif et civil des biens et une réorganisation du droit positif, autour des instruments ainsi dépouillés de leurs préjugés. Il s'agira, dans un premier temps, de mettre aux jours les formes fondamentales du droit des biens dans leur pureté originelle. Il ne s'agira pas, en revanche, de partir à la recherche du temps historique dans lequel elles ont revêtu cette forme, temps qui n'existe certainement pas. C'est le double filtre de l'histoire – temps présent et temps passés – et de la comparaison interne – entre le droit civil et le droit administratif, mais aussi, au sein du droit administratif, entre le droit administratif des biens et d'autres branches du droit administratif – qui permettent de les repérer. Le temps et l'espace sont les deux cribles qui donnent à voir la pureté minimaliste de ce fonds commun. Dans un second temps, à l'aide des notions ainsi dégagées, il sera tenté de décrire à nouveau le droit administratif des biens, pour éprouver la valeur explicative de ce fonds commun (**Partie n° 2**).

PARTIE N° 1. — LE FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS OUBLIÉ

26. — Le droit administratif des biens a été substantiellement rénové, ces trente dernières années, afin d'ajouter aux impératifs traditionnels de protection des dépendances du domaine public affectées à l'utilité publique un objectif de valorisation économique de ces mêmes dépendances, pour des motifs, notamment, d'ordre financier⁹⁰. Cette rénovation a pris le sens, sur le plan de la technique juridique, de la soumission des dépendances du domaine public à un régime propriétaire. La suppression totale du régime de la domanialité publique⁹¹ n'ayant pas été retenue, ni par la doctrine, ni par le droit positif, le système consiste en la superposition d'un régime de propriété publique et d'un régime de domanialité publique, contenant tous les éléments de puissance publique du dispositif.

Le régime de propriété publique, après maints débats, est analysé comme un régime de propriété privée adapté à la puissance publique notamment au regard de deux règles – l'interdiction de cession à vil prix et l'imprescriptibilité –, qui tiennent à la nature de la personne propriétaire et à la finalité de la justification de leur appropriation, et non pas à la nature de la chose ou à la technique de l'appropriation. C'est donc bien le droit civil des biens qui sert d'assise au droit administratif des biens, par une mécanique d'adoption et d'adaptation des notions et techniques de ce droit civil des biens.

En effet, les impératifs de protection de l'affectation des biens, en droit administratif, constituent un ensemble de procédures jugées lourdes, limitant – car telle est leur fonction

⁹⁰ Comme le rappelle, par exemple, Hervé Moysan, « Le domaine public a acquis une place essentielle pour les activités économiques, en raison de l'accroissement de sa consistance et surtout de l'évolution de l'économie depuis le milieu du XIXe siècle, qui s'est traduite par un déplacement des centres économiques majeurs des lieux de production vers les lieux de communication » (H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 5).

⁹¹ Elle était notamment soutenue par René Capitant (R. CAPITANT, note sous Cons. d'État, 17 février 1932, *Commune de Barran*, D. 1933, III., p. 49 ; préface à G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Paris, Sirey, 1942) et Gilbert Maroger (G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*). Hervé Moysan entendait également « montrer que la soumission des dépendances du domaine public à un véritable régime de propriété, adapté à l'intérêt public, implique l'abandon de la domanialité publique » et celle, également, de la domanialité privée, par son extension à l'ensemble des éléments des patrimoines publics (H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*).

– la libre disposition et l’usage de ces biens par les personnes publiques. Le droit civil des biens, en revanche, libéré de ces contraintes, est vu comme permettant une gestion plus souple de ces biens, plus aptes à satisfaire aux nouveaux objectifs de valorisation économique.

À l’instar du domaine en droit administratif, la propriété en droit civil est une forme juridique ancienne et fondamentale, qui charrie avec elle un imaginaire symbolique puissant et nombre de préjugés. Il eût été illusoire de penser qu’en substituant la propriété à la domanialité ou, tout du moins, en soumettant les personnes publiques au régime de la propriété dans la gestion qu’ils font de leurs biens, tout cet héritage n’ait pas été importé de la même manière. Or, si l’ensemble des techniques juridiques liées au droit de propriété privée et, plus généralement, au droit civil des biens a permis, par la souplesse qu’elles introduisent dans la gestion des biens, des avancées positives, il n’est pas interdit de penser que d’autres aspects de ces techniques puissent être un facteur limitant, comme peuvent l’être certains aspects de la domanialité.

27. — L’ambition de cette première partie est donc d’évaluer si la soumission des personnes publiques à un régime propriétaire dans la gestion de leurs biens n’a pas substitué les limites issues de l’héritage du droit civil des biens aux limites issues de l’héritage du droit administratif des biens. Elle vise à démontrer, de manière plus large, que l’ignorance d’un fonds commun du droit des biens, qui, pourtant, existait à l’origine, a aboutit à cette situation dysfonctionnelle où la référence, d’un droit pour l’autre, n’est pas un corpus commun de notions fondamentales épurées, mais plutôt ces mêmes notions enrichies à la fois de spécificités techniques et de préjugés moraux, qui rendent compliqués les phénomènes d’importation.

À cette fin, et suivant la méthode généalogique, nous ferons l’effort de visiter à nouveau l’histoire des droits administratif et civil des biens. D’une part, nous y ajouterons les éléments d’histoire du droit civil des biens qui nous paraissent pertinent pour évaluer les limites qu’il peut porter et engendrer dans un droit administratif des biens actuel, largement fondé sur l’importation de la propriété privée de son temps. D’autre part, et toutes les fois où nous le pourrons, nous essaierons de réconcilier ces deux « histoires », afin qu’émerge un fonds

commun historique, dont le droit civil des biens et le droit administratif des biens ne sont, en réalité, que deux branches assez récentes (**Titre n° 1**).

Sur cette base, nous tenterons ensuite d'identifier, dans les grands thèmes du droit administratif des biens actuel, les limites qui, bien qu'ayant été mises sur le compte des lourdeurs d'une théorie de la domanialité publique vue comme archaïque, pourraient, en réalité, relever de l'importation des techniques du droit civil des biens, ou d'une combinaison des deux, quand l'utilisation de ce fonds commun aurait pu constituer une solution (**Titre n° 2**).

TITRE N° 1. — LE DÉTACHEMENT PROGRESSIF DU DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS DE SON FONDS COMMUN

28. — Le droit administratif des biens est l'objet de tant d'études historiques, et de si grande qualité, qu'il nous faut justifier d'en ajouter une de plus.

D'un point de vue théorique, la méthode historique, qui va au-delà du simple établissement des faits passés, mais permet d'apporter un éclairage nouveau sur un objet, parfois une justification à un propos actuel, autorise à revenir sur une période qui semble déjà bien explorée. Dans le cadre de ce travail, il paraît opportun de donner à voir l'évolution des formes fondamentales du droit administratif des biens sous un angle nouveau, et ainsi d'éprouver l'hypothèse, non seulement que toutes les limites techniques de la matière n'ont pas été identifiées, mais plus encore qu'il est possible de les atténuer, sinon les faire disparaître.

D'un point de vue technique, et pour l'objet qui nous concerne, ce premier titre sera l'occasion de mettre en évidence deux idées.

La première idée consiste à rappeler que les notions fondamentales du droit administratif des biens, et, plus largement, les notions du droit des biens, qu'il s'agisse, notamment, du droit de propriété, du droit réel, de la chose ou du bien, ne sont pas des notions naturelles et immuables, encore moins univoques. Au contraire, ce que le juriste de droit administratif du XXI^{ème} siècle désigne par ces termes est chargé de préjugés. L'enquête généalogique que nous mènerons vise à convaincre que le système patrimonial, loin d'être un donné, est un construit que des générations de jurisconsultes ont amendé et raffiné au gré des situations concrètes auxquelles ils furent confrontés. En conséquence, ces notions dont nous remarquons sans surprise qu'elles évoluent, sont potentiellement sources de limites, qui existent et persistent, dès lors, d'une part, que les grandséquilibrent politiques, économiques et sociaux évoluent plus vite qu'elles ne sont actualisées et, d'autre part, que nous nous trouvons souvent inconscients de leur caractère essentiellement contingent.

La seconde idée consiste à proposer une nouvelle présentation de la construction historique du droit administratif des biens. L'idée que la théorie de la propriété

administrative, dont on considère qu'elle constitue le point d'origine du régime actuel, procède de l'adoption et de l'adaptation, par la doctrine de droit administratif, particulièrement par Maurice Hauriou, de la théorie de la propriété privée, a perduré longtemps. Philippe Yolka a déjà rappelé que la propriété publique pouvait se targuer d'une origine plus ancienne, qui remonte, au moins, jusqu'aux domanistes de l'Ancien Régime⁹². L'idée est ici de remonter plus loin encore et de rappeler qu'en dépit de l'influence des images du droit civil, par-delà le lignage singulier des théoriciens de l'État monarchique, le droit administratif des biens trouve son origine première, à part égale avec le droit civil des biens, dans ce fonds commun de formes juridiques que constitue l'altération médiévale des notions du droit romain.

29. — Nous nous proposons de développer ces deux idées dans un plan chronologique, dont l'aspect historique ne doit pas faire oublier que les développements suivants sont imprégnés des idées que nous venons d'indiquer. Nous exposerons, dans un premier temps, la manière dont les notions fondamentales du fond commun du droit des biens se sont formées au Moyen Âge (**Chapitre n° 1.**). Nous exposerons, dans un second temps, la manière dont ces notions, une fois formées, pénètrent les droits des biens de l'époque contemporaine, qu'il s'agisse du droit civil ou du droit administratif (**Chapitre n° 2.**).

⁹² P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., V., également C. CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, Paris : PUF, coll. « Thémis droit », 2022, pp. 18 et suiv.

CHAPITRE N° 1. — UNE HISTOIRE COMMUNE

30. — Ce premier chapitre est a pour objectif de compléter l'étude de l'histoire du droit administratif des biens, en proposant une contribution supplémentaire à l'analyse de l'évolution des rapports entre la propriété et la souveraineté en mêlant l'histoire du droit privé et l'histoire du droit public, dans le but de reconstituer une histoire commune du droit des biens.

L'hypothèse que nous souhaitons éprouver consiste à démontrer que les droits administratif et civil des biens trouvent leur origine commune dans le fonds commun du droit médiéval. En effet, la délimitation des disciplines juridiques ne permet pas d'envisager le droit des biens comme une discipline unique. L'étude des travaux portant sur l'histoire du droit civil des biens est souvent le produit de la doctrine de droit civil et l'on n'y trouve que de très brèves incursions sur ce qui concerne le droit public, qu'il s'agisse d'éléments ayant traits à la souveraineté et à la puissance publique, ou d'éléments qui touchent à la propriété des personnes publiques. De la même manière et réciproquement, les ouvrages qui traitent du droit administratif des biens dans une perspective historique s'intéressent finalement peu aux notions civilistes de propriété et de droit patrimonial ainsi qu'à leur formation.

Notre intuition est que la souveraineté – c'est-à-dire le pouvoir que l'on exerce sur les personnes – et la propriété – c'est-à-dire, le pouvoir que l'on exerce sur les choses – sortent d'un même moule, autrement dit, qu'elles se sont formées à partir des mêmes formes juridiques. Nous pensons que cette similarité a laissé au moins deux indices. D'une part, à défaut d'une proximité technique importante, ces deux notions, aussi radicalement distinguées aujourd'hui, n'auraient jamais pu être confondues. En effet, qu'il s'agisse de l'autorité absolue du *pater familias* romain ou de celle du seigneur féodal, il est de longues périodes de notre histoire où l'on ne distingue plus ou peu ces deux prérogatives. D'autre part, ce fonds commun pourrait expliquer que ces notions fondamentales du droit des biens soient devenues les notions fondamentales du droit civil des biens. L'expulsion, presque viscérale, en tous cas axiomatique, de la propriété privée en dehors du champ du droit public et de la puissance publique en dehors du champ du droit privé laisse à penser que la distinction n'avait rien d'une évidence.

31. — Ces deux indices forment une délimitation temporelle sur laquelle s'assied le propos qui suit. En retraçant le destin du droit romain des biens sous la plume des glossateurs et des postglossateurs, nous entendons mettre en évidence la proximité technique de la souveraineté et de la propriété (**Section n° 1.**). En nous intéressant au regard que portent les jurisconsultes de l'Ancien Régime jusqu'à la Révolution, nous émettons l'idée que l'évolution du droit des biens sur cette période est mue par la volonté de sceller la boîte de Pandore de l'assimilation de ces deux prérogatives (**Section n° 2.**).

Section n° 1. — L'invention du fonds commun du droit des biens par les romanistes médiévaux

32. — Nous nous proposons, dans cette section, de retracer la façon dont les notions fondamentales du droit des biens se forment, sous la plume des glossateurs et des postglossateurs, ces auteurs médiévaux qui redécouvrent le droit romain, à partir du XI^{ème} siècle. Pourtant, qu'il s'agisse du droit romain ou du droit médiéval, nous n'utiliserons pas, en guise d'arguments, l'œuvre des jurisconsultes romains et médiévaux, mais celle des auteurs, de droit civil, de droit administratif ou d'histoire du droit, de l'époque contemporaine et actuelle.

Une première raison à cela est qu'il ne s'agit pas ici d'entreprendre une thèse d'histoire qui nécessite des compétences et des méthodes propres à tout travail scientifique d'historien, ce que nous ne sommes pas. La présente thèse est celle d'un juriste positiviste utilisant la méthode historique pour mieux comprendre le droit positif.

Une seconde raison est qu'il nous semble que l'utilisation d'une matière historique transformée présente un double intérêt. Le premier est qu'elle permet, au travers de l'œuvre d'historiens et de juristes faisant autorité, de comprendre l'évolution des formes techniques que nous étudions. Le second est qu'elle nous permet, au-delà de l'analyse de la matière juridique, d'étudier le discours qui porte sur cette matière, c'est-à-dire, la façon dont les auteurs des phases successives perçoivent, non seulement les notions fondamentales du droit des biens, mais l'œuvre de leurs prédécesseurs. Notre objet d'étude devient donc à la fois la matière juridique et le discours de la doctrine sur cette matière. Or, l'étude de la manière dont les auteurs de l'époque contemporaine appréhendent l'altération médiévale des notions romaines du droit des biens est riche d'enseignement pour notre propos.

En effet, il est remarquable de constater que les controverses doctrinales portant sur la compréhension des notions juridiques romaines se font généralement dans un but de justification théorique. Presque tous les auteurs qui tentent d'élaborer un système

patrimonial qui se veut nouveau se réclament de la pureté du droit romain⁹³ et le droit des biens n'y échappe guère. Les affrontements concernant le sens véritable – s'il en est – des notions du droit romain des biens semblent alors n'être que l'écho lointain de batailles portant sur le droit positif. Il serait très certainement abusif d'affirmer qu'il s'agit du seul moteur de ces affrontements⁹⁴. Mais l'on peut difficilement nier que l'idée que Louis Rigaud, chantre de la théorie réaliste du droit des biens au XIX^{ème} siècle, se fait du droit romain est teintée par l'ambition de contredire la théorie personnaliste du droit des biens de ses adversaires, Marcel Planiol et Henri Michas⁹⁵. Face à lui, Michel Villey n'a peut-être pas eu pour but premier de venir au secours des auteurs de la théorie personnaliste, mais il assume explicitement d'avoir, en tous cas, « apporté de l'eau à leur moulin »⁹⁶.

33. — Dans ces conditions, il devient inutile, pour notre propos, de rétablir la véritable nature des notions du droit romain des biens qui, bien souvent, ne deviennent que des arguments pour soutenir des thèses contemporaines (§1.). C'est sur ces notions que les glossateurs, puis les postglossateurs, se sont fondées pour créer les notions classiques du droit des biens (§2.).

§1. — L'origine romaine du fonds commun du droit des biens

34. — Critiquant un droit romain « présenté sous la forme que lui ont donnée les Romanistes de l'époque moderne ; c'est-à-dire refondu, travesti dans le langage moderne »⁹⁷, certains auteurs s'opposent à une doctrine majoritaire qui prendrait pour argent comptant

⁹³ Michel Villey recense quelques tentatives de contestation de l'apport du droit romain dans nos droits contemporains, évoquant, le poids du droit canonique, du droit coutumier franc et des droits germaniques (M. VILLEY, *Le droit romain*, 9e éd., Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993, pp. 113 et suiv.). Lui-même n'est-il pas dans une démarche de justification, lorsqu'il qualifie ces critiques de « totales contre-vérités » ?

⁹⁴ Charles Maynz, par exemple, distingue bien *dominium* et *jus in re* avant que les personnalistes n'aient besoin de justifications historiques à leurs thèses. Il désigne les *jura in re* comme des « droits établis sur une chose dont la propriété appartient à un autre » (C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. 1 3e éd., Paris, Durand et Pédone, 1870, n° 162, p. 508). Il s'en prend ensuite à ceux qui confondent le *dominium* avec les *jura in re*. Le terme de *jus in re* « ne sert jamais à désigner la propriété ; même il ne se rencontre guère qu'en opposition à *dominium* » (*ibid.*, n° 162, p. 509, note n° 4).

⁹⁵ Louis Rigaud, qui ne cache pas que l'objet de sa thèse est « la critique des théories qui prétendent ramener le droit réel à une obligation et bannir toute distinction d'ordre scientifique ou technique entre droits réels et droits de créance », oppose la méthode historique à la « science juridique pure » de Henri Michas (L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, Toulouse, Nauze, 1912, p. 13).

⁹⁶ M. VILLEY, « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », in *Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris VI*, 1950, p. 208.

⁹⁷ M. VILLEY, « Préface historique », *APD* 1979, p. 1.

l'œuvre des glossateurs et des auteurs modernes et tentent de rendre aux ancêtres des notions de notre droit des biens ce qu'ils imaginent être leur physionomie originelle. À travers cette controverse doctrinale, nous souhaitons exposer, sinon la manière dont ont réellement prospéré les notions fondamentales du droit romain des biens, au moins la façon dont s'animent les images qui ont servi de base pour la doctrine juridique médiévale.

À des fins de simplification, nous nous concentrerons sur deux épisodes, qui nous paraissent, non seulement significatifs du point de vue de notre objet, puisqu'il concerne le pouvoir que les personnes exercent sur les choses, mais qui mettent bien en évidence les querelles idéologiques qui se trament derrière la formation des techniques juridiques. Nous étudierons successivement la notion de *mancipium* en droit romain archaïque (A.) puis la notion de *dominium* en droit romain classique (B.).

A. — Controverse sur la notion de *mancipium* en droit romain archaïque

35. — La distinction entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi*, qui est fondamentale en droit romain primitif, est « l'une de ces énigmes sur lesquelles s'est vainement exercée la sagacité de plusieurs générations de romanistes »⁹⁸. Le contenu de la notion est clair : sont des *res Mancipi* « les fonds de terre italique, les maisons, les servitudes rurales, les esclaves, bœufs, chevaux, ânes, mulets, et, d'une manière générale, les bêtes de trait ou de somme »⁹⁹. En revanche, deux questions agitent la doctrine : la première est celle du rôle de cette distinction ; la seconde est celle de la nature du *mancipium*, qui est le pouvoir que le *pater familias* exerce sur les *res Mancipi*.

36. — Les auteurs classiques font une interprétation que l'on peut qualifier d'économique de la distinction entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi*, en classant parmi les premiers les choses qui ont le plus de valeur. C'est le cas, par exemple, de Paul Frédéric Girard, pour qui « la doctrine la moins aventureuse, à notre sens, y voit les éléments essentiels de la fortune du paysan romain primitif, seuls régis par conséquent par le mode l'aliéner de l'ancien droit

⁹⁸ F. DE VISSCHER, « *Mancipium* et *res Mancipi* », *Studia et documenta iuris* 1936, vol. 2, p. 263.

⁹⁹ É. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2e édition, Paris, LGDJ, 1928, p. 236 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e édition, Paris, A. Rousseau, 1906, p. 247.

romain »¹⁰⁰. Le peuple romain étant un peuple d'agriculture, il serait donc normal que les biens faisant l'objet des procédures de cession les plus solennelles soient ceux qui servent à l'agriculture.

De cette appréhension de la distinction, les romanistes déduiront que le *mancipium* est une forme primitive du *dominium*, puis du droit de propriété, c'est-à-dire, un pouvoir qu'une personne exerce sur une chose. Cette opinion, qui date de la première moitié du XIX^{ème} siècle¹⁰¹, est reprise par à peu près toute la doctrine classique¹⁰². Rudolf von Jhering, est le premier à relever que seuls les *res Mancipi* font l'objet d'un transfert de propriété mis en forme solennelle, appelée la mancipation, ou encore qu'ils soient les seuls à pouvoir faire l'objet d'une action en revendication¹⁰³. Cette observation lui permet de faire un lien entre la distinction entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi* et la distinction entre *familia* et *pecunia*¹⁰⁴. Plusieurs auteurs après lui viendront compléter cette théorie, à l'instar d'Édouard Cuq, notamment, qui affirme que dans le droit romain archaïque, la propriété est réservée aux choses les plus précieuses, et de citer, sans le dire, les *res Mancipi* : « membres de la famille, esclaves, bêtes de trait ou de somme, maison de ville »¹⁰⁵. Au contraire de ceux-là, les biens moins précieux eux, ne sont l'objet que d'un pouvoir de fait¹⁰⁶. Notons l'opinion de Paul Frédéric Girard, qui montre plus de réserve et se contente d'affirmer que l'idée que les *res Mancipi* aient été, à l'origine, les seuls biens susceptibles d'appropriation et de revendication

¹⁰⁰ *Ibid.* V., également, É. CUQ, *op. cit.*, p. 236, note n° 3.

¹⁰¹ C. GIRAUD, *Recherches sur le droit de propriété chez les romains, sous la République et sous l'Empire*, Aix-en-Provence, Aubin, 1838, cité par F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de l'Université Jean-Moulin (Lyon III), 1981, p. 201.

¹⁰² F. DE VISSCHER, *op. cit.*, v. particulièrement p. 266, note n° 5.

¹⁰³ R. VON JHERING, *Actio injuriarum*, trad. Octave DE MEULENAERE, Paris, Chevalier-Maresq, 1888, p. 45, note n° 28. Il remarque aussi, en matière de successions, que seul le tuteur peut disposer des *res Mancipi* de la femme et des *res Mancipi* et *nec Mancipi* des impubères ; un simple curateur ne peut disposer que des *res nec Mancipi*.

¹⁰⁴ La *familia* peut s'entendre comme « l'ensemble des biens, des droits et des obligations qui se rattachent à la *domus*, en d'autres termes le patrimoine ». La *pecunia* désigne « sans aucune distinction tous les biens considérés en tant que richesses, ou plutôt les éléments quelconques du patrimoine envisagés individuellement » (J. BONNET, *Des mots familia et pecunia dans la Loi des douze tables*, Paris, Larose, 1900, pp. 47 et 54).

¹⁰⁵ É. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 243.

est « possible »¹⁰⁷. En conséquence de quoi l'objet de la propriété excluait « peut-être » les *res nec mancipi*¹⁰⁸.

Mais la théorie de Rudolf von Jhering prête, dès son origine, le flanc à la controverse. Pour Joseph Bonnet, l'assimilation de la distinction entre *res mancipi* et *res nec mancipi* à celle d'entre *familia* et *pecunia*, est « absolument gratuite et ne trouve pas sa justification dans le reste de l'ouvrage [de Jhering] »¹⁰⁹. La principale critique à cette théorie sera formulée par Fernand De Visscher¹¹⁰, qui va déconstruire la théorie classique, par deux arguments.

Le premier argument consiste à démontrer, non seulement que certains biens de valeur n'appartiennent pas aux *res mancipi*, mais également que certains biens qui n'ont pas la valeur qu'on leur prête en font partie. Ainsi, d'une part, il s'interroge sur le fait que tout ce qui a de la valeur pour les Romains n'entre pas dans la catégorie des *res mancipi*. En effet, l'on peut se demander pourquoi les Romains classeraient les animaux liés à l'agriculture parmi les *res mancipi*, mais rangeraient tous les animaux d'élevage, dans les *res nec mancipi*. D'autre part, il rappelle que les Romains sont aussi un peuple guerrier. Or, l'on ne comprend guère pourquoi le matériel militaire ne ferait pas également l'objet d'une protection juridique particulière.

Le second argument consiste à réfuter l'idée que tous les biens classés parmi les *res mancipi* servent à l'agriculture, idée qui a pu être formulée par les auteurs classiques, entretenus dans l'idée que les Romains étaient de « paisibles agriculteurs »¹¹¹. À l'exception du bœuf, animal « en quelque sorte sacré des travaux agricoles »¹¹², aucun des autres animaux classés parmi les *res mancipi* ne sert jamais à l'agriculture, qu'il s'agisse du cheval et du mulet, qui ne peut à cette époque servir au labour pour des raisons techniques ; ou de l'âne, qui peut servir de bête de somme, c'est-à-dire affecté à des transports agricoles et donc, au commerce, mais

¹⁰⁷ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 261.

¹⁰⁹ J. BONNET, *op. cit.*, pp. 11 et suiv.

¹¹⁰ F. DE VISSCHER, « *Mancipium* et *res mancipi* », *op. cit.*, p. 263.

¹¹¹ Loin de l'image d'Épinal, « les paisibles agriculteurs du vieux Latium n'ont sans doute jamais existé que dans l'imagination de quelques poètes teints d'alexandrinisme » (F. DE VISSCHER, « *Mancipium* et *res mancipi* », *op. cit.*, p. 266).

¹¹² F. DE VISSCHER, « *Mancipium* et *res mancipi* », *op. cit.*, p. 268.

n'est jamais une bête de trait, c'est-à-dire servant au labour. Ainsi, la fonction que les auteurs classiques attribuent aux *res Mancipi* est en fait celle de l'*instrumentum fundi*.

37. — Afin de résoudre l'équation, Fernand De Visscher formule deux remarques. La première est que la seule chose qu'ont les *res Mancipi* en commun est d'être l'objet de *mancipium*, qu'il définit de manière autoréférentielle comme « le droit ou la puissance que l'on acquiert sur toute chose obtenue par mancipation »¹¹³. La deuxième consiste à remarquer qu'il existe une autre catégorie de « choses » pouvant être mancipée, ce sont les personnes *in Mancipio*, c'est-à-dire les membres de la *familia* qui ont été acquis par triple mancipation, c'est-à-dire, qui ont été adoptés¹¹⁴.

À partir de cela, l'auteur cherche à déterminer s'il n'existerait pas un pouvoir qui pourrait s'opérer à la fois sur les personnes *in Mancipio*, et sur les choses acquises par mancipation, c'est-à-dire, les *res Mancipi*. Suivant cette logique, qui consiste à considérer qu'il n'y a pas de différence entre ces deux pouvoirs, la mancipation ne peut plus être le droit de propriété, lequel droit ne peut avoir pour objet qu'une *res*, c'est-à-dire, une chose, et non pas une personne. À titre d'hypothèse, c'est vers le sens d'une puissance de commandement domestique que Fernand De Visscher se tourne alors pour définir le *mancipium*.

Pour ce faire, il se fonde sur un cas concret, ayant été traité à l'époque, qui est le suivant : la question de savoir si un animal classé parmi les *res Mancipi* appartient à cette catégorie dès sa naissance, ou seulement à partir du moment où il est dressé. Le simple fait que cette question soit posée est en effet surprenant. La réponse des jurisconsultes romains l'est tout autant. En effet, en choisissant la seconde branche de l'alternative, ils lèvent le voile sur le caractère de l'animal qui fonde son aptitude à être mancipé : son aptitude à être commandé. « S'ils sont *res Mancipi*, écrit-il, c'est à raison de leur soumission effective, de leur obéissance à la volonté de l'homme, du concours en un mot qu'ils apportent à l'activité du chef de

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2009, p. 74 : « Une triple « vente », du fils (une seule pour les filles ou les petits-enfants) éteignait la *patria potestas* du *pater* et mettait celui qui était l'objet de l'opération sous le *mancipium* (*in Mancipio*) de l'acquéreur de complaisance ».

famille »¹¹⁵. Ainsi, loin d'être une forme primitive de *dominium*, le *mancipium* serait en réalité l'ancêtre de l'*imperium*, une puissance de commandement qui ne s'exerce donc pas seulement sur les personnes, mais aussi sur les choses susceptibles d'obéissance. En ajoutant une dimension territoriale, avec la présence, parmi les *res Mancipi* des fonds italiques et de la maison, Fernand De Visscher peut conclure que, envisagé sous ce double aspect à la fois territorial et personnel, le *mancipium* « apparaît dans une saisissante analogie avec l'*imperium* de droit public ».

38. — En évoquant « le caractère quasi-souverain des droits que le chef de famille romain exerce sur les fonds de terre »¹¹⁶, Fernand De Visscher met le doigt sur un point fondamental que nous souhaitons mettre en évidence : il s'agit de la proximité entre les structures juridiques du droit de souveraineté et du droit de propriété. D'autres auteurs relèvent cette proximité, c'est le cas par exemple d'Édouard Meynial, lorsqu'il dit du droit de souveraineté qu'il « ne diffère de la propriété que par la nature et l'étendue des restrictions qu'il apporte au droit absolu du propriétaire et non pas du tout par son essence »¹¹⁷. En effet, l'on peut dire que le droit romain archaïque ne connaît pas encore de concept de propriété autonome différent de la *potestas* qui s'exerce, par le *pater familias* aussi bien sur les personnes que sur les choses. Plus généralement d'ailleurs, ils ne connaissent « qu'un droit qui se ramène à l'idée confuse de puissance exercée librement par le chef de famille à l'intérieur de sa *domus* »¹¹⁸.

Cette configuration ne durera pas et c'est dans le droit romain classique que cette émancipation du pouvoir exercé sur les choses vis-à-vis du pouvoir exercé sur les personnes va se mener et que, peu à peu, sous l'effet du développement des échanges commerciaux et de l'importance de la gestion des choses, la puissance sur les choses va devenir une notion autonome. Cet état de confusion, reviendra plus tard, après la chute de l'Empire romain.

¹¹⁵ F. DE VISSCHER, « *Mancipium* et *res Mancipi* », *op. cit.*, pp. 293-294.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 296.

¹¹⁷ É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », in *Mélanges Fitting*, Montpellier, SA de l'imprimerie générale du Midi, 1908, t. 2, p. 416.

¹¹⁸ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, *op. cit.*, p. 28.

B. — Controverse sur la notion de dominium en droit romain classique

39. — La nature juridique du *dominium* romain constitue également un point de rupture entre la doctrine réaliste et la doctrine personnaliste. On retrouvera dans la description qu'en fait la doctrine classique une forme ancienne de droit subjectif de propriété incorporée dans la chose corporelle, là où d'autres auteurs nient l'existence de la notion contemporaine de droit subjectif chez les Romains.

40. — Les romanistes classiques de l'époque contemporaine considèrent le *dominium* comme étant le droit de propriété tel qu'ils se l'imaginent, avec la théorie du démembrement et celle de l'incorporation.

Concernant la théorie du démembrement, on peut en effet lire chez Paul Frédéric Girard que « la propriété est le droit réel par excellence, le plus étendu et le plus ancien des droits réels »¹¹⁹. Certes, il indique plus loin que la propriété romaine n'est pas la propriété contemporaine. Mais ses critiques ne se forment pas du tout sur la question de savoir dans quelle mesure elle peut être un droit. En effet, la différence porte sur les limites du *dominium* romain, qui ne peut être détenu que par un chef de famille romain, pour transférer un bien romain, selon des procédures romaines particulières, là où la propriété, au sens moderne du terme est « accessible à toute personne, applicable à toute chose, transmissible par un simple accord de volonté »¹²⁰. Il admet le système dans son entier, puisque les autres droits réels, dont il trouve la forme dans les *jura in re aliena*, ne se distinguent de la propriété que parce qu'ils portent sur la chose d'autrui, dont ils ne sont qu'une fraction¹²¹. Cette opinion se retrouve également chez Édouard Cuq, qui classe le droit de propriété dans un chapitre général sur les droits réels et pour qui « la propriété est un droit exclusif, absolu, réel, perpétuel »¹²².

¹¹⁹ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, Paris, A. Rousseau, 1929, rééd. J.-P. LEVY, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, p. 253.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 260.

¹²¹ « Les *jura in re aliena* appelés aussi *jura in re*, les droits réels portant sur la chose d'autrui sont, comme le droit de propriété, des droits réels portant directement sur une chose ; mais, à la différence du droit de propriété, ce sont des droits réels portant sur une chose dont on n'est pas propriétaire, donnant à un tiers une portion des pouvoirs qui appartiennent normalement au propriétaire » (*Ibid.*, p. 354).

¹²² É. CUQ, *op. cit.*, p. 244.

Concernant la théorie de l'incorporation, elle constitue peut-être la preuve la plus évidente que la théorie romaine des droits patrimoniaux a été bâtie par les romanistes classiques sur le modèle de la théorie contemporaine, et non l'inverse. En effet, en cherchant le droit de propriété dans l'univers juridique romain, les romanistes de l'époque contemporaine se sont trouvés dans l'embarras : le *dominium* ne figurait pas dans la distinction des choses corporelles et incorporelles. Tous s'accordent à dire qu'il ne figure pas parmi les choses incorporelles, c'est-à-dire les droits, puisque les jurisconsultes romains qui en font l'inventaire, qu'il s'agisse de Gaius, d'Ulpien ou de Justinien, ne le citent jamais. Pour ménager les divers intérêts, les interprètes du droit romain ont dû soutenir que le *dominium* était un droit qui n'était pas rangé dans la catégorie des droits incorporels.

Comment en sont-ils venus à affirmer que le droit de propriété était confondu avec la chose dont il était l'objet et que chaque chose corporelle était en réalité un droit de propriété ? La justification est la suivante : le droit de propriété étant le seul droit qui permette d'avoir tous les pouvoirs sur une chose, il serait devenu courant de dire « ma chose », plutôt que « mon droit de propriété sur la chose ». Au contraire, l'usufruitier ou le superficiaire ne peuvent se dispenser de citer la nature de leur droit sur la chose. Le droit de propriété serait alors le seul susceptible d'être incorporé dans la chose et les romains auraient simplement confondu le droit et son objet. Cette opinion est partagée par toute la doctrine classique¹²³.

La théorie de l'incorporation n'est pas la seule conséquence de la confusion entre le droit de propriété et le droit réel. En effet, bien qu'ils aient ramené le droit de propriété au niveau

¹²³ Par Calixte Accarias, pour qui « le droit de propriété, identifié avec les choses corporelles qui en sont l'objet, est lui-même réputé chose corporelle, les autres droits pécuniaires sont des choses incorporelles » (C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 4^e éd., Paris, Cotillon, t. 1, p. 497, cité par É. VERMOND, *De jure rerum corporalium privatarum. Principes fondamentaux*, Paris, E. de Boccard, t. 1, 1928, p. 339) ; par Paul-Frédéric Girard, pour qui « le droit de propriété est le seul qui, absorbant toute la chose, puisse être désigné en disant qu'on a cette chose, tandis que, pour tous les autres, il faut spécifier le droit particulier qu'on a sur elle. On peut aussi dire que le droit de propriété confondu avec les choses sur lesquelles il porte est le seul qui ait pour destination régulière d'être aliéné » (P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 249) ; ou encore par Édouard Cuq, pour qui, « l'erreur commise vient de ce que, dans le langage usuel, on confond le droit de propriété avec son objet, tandis que pour désigner tout autre droit réel, on ne peut se dispenser d'en indiquer la nature » (É. CUQ, *op. cit.*, p. 237).

des droits réels, les romanistes contemporains ne pouvaient nier sa spécificité : il était le seul droit qui englobe entièrement la chose, le seul permettant à son titulaire d'exploiter l'intégralité des utilités de la chose ou, à tout le moins, de déterminer qui était autorisé à le faire et sous quelles conditions¹²⁴.

41. — Accusés d'appliquer les schémas du présent à ceux du passé, les auteurs classiques le sont également, plus particulièrement, d'avoir projeté la notion, individualiste et moderne, de droit subjectif sur le système patrimonial romain formant ainsi un anachronisme.

Le point de départ de celui qui a développé cette idée, Michel Villey, est le plan de manuels modernes de droit romain – repris par les civilistes – qui sont supposés reprendre la vision tripartite des *Institutes*, qui s'intéressent d'abord aux personnes, puis aux choses et, enfin, aux actions. En effet, les auteurs modernes centrent cette division sur le droit subjectif. La première partie, sur les personnes, traiterait de la capacité à détenir des droits, la deuxième, sur les choses, s'intéresserait au contenu de ces droits et, enfin, la dernière partie, sur les actions, explorerait la sanction de ces droits.

Critiquant la vision moderne de cette interprétation, Michel Villey entend montrer le véritable sens de cette division et, plus généralement, de l'objet des *Institutes* : la « description objective du monde juridique »¹²⁵. Les trois parties des *Institutes* ne sont en réalité que la description élémentaire de ce qui permet la vie juridique, d'abord, le *jus personarum*, qui décrit les personnes et leurs différents rôles sur la scène du droit, ensuite, le *jus rerum*, qui se compose des choses corporelles et incorporelles, enfin, le *jus actionum*, lien entre les deux, qui traite de la vie juridique, de la mise en action des choses par les personnes. Tous sont des objets, donc, et non des prérogatives.

C'est bien sûr la partie sur les choses qui sera développée par l'auteur, puisque c'est en son sein que devrait se trouver le droit subjectif moderne.

¹²⁴ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 197.

¹²⁵ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD* 1946-1947, p. 206.

Il s'intéresse, dans un premier temps, à la chose corporelle, il ne trouve nulle part la notion de droit subjectif, tant le droit romain est tout entier intéressé à la seule description des éléments qui forment ces choses : la matière physique, qui constitue la chose elle-même et la *proprietas*, qui serait le supplément juridique de la chose, cette caractéristique qui la rendrait apte à être appropriée. Ainsi, lorsqu'il dit que la chose corporelle « sera donc l'objet d'un droit, d'un rapport d'appropriation, qui, lorsqu'il porte sur une chose corporelle reçoit spécialement à l'époque classique le nom de *dominium* »¹²⁶, il ne confond pas le *dominium* et la chose corporelle.

Il s'intéresse, dans un second temps, aux choses incorporelles et recherche dans le mot *jura*, qui, rappelons-le, épuise la notion juridique de chose incorporelle, les divers droits réels et personnels modernes. « À notre avis, écrit-il, *jus* est simplement synonyme de chose incorporelle »¹²⁷. En effet, l'étude attentive des *Institutes*, par Michel Villey, lui permet de démontrer que nulle part les notions d'usufruit, de servitudes ou encore d'obligation au sein de ce texte ne désignent des prérogatives individuelles, mais simplement des objets de droit. L'auteur ne nie à aucun moment que les romains aient pu connaître une forme d'action subjective. Tout au contraire, les choses, corporelles et incorporelles, sont aptes à être appropriées par des sujets. Simplement, le droit subjectif des romains n'a jamais atteint le degré de sophistication juridique qu'il a dans nos sociétés contemporaines. Michel Villey s'arrête ici et ne développe pas plus, alors, sur la nature de ce rapport d'appropriation. Ceci sera fait par Frédéric Zenati-Castaing.

Reprenant les travaux de Michel Villey sur le droit subjectif dans les systèmes romains, il propose une hypothèse dans sa thèse de doctorat : le *dominium*, chez les romains, n'est qu'un rapport subjectif d'appropriation entre l'individu et une chose, corporelle ou incorporelle. Dans cette optique, le *dominium* des romains ne préfigurerait pas le droit de propriété que nous connaissons classiquement, mais plutôt le droit absolu, transcendant les droits

¹²⁶ *Ibid.*, p. 211.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 215.

patrimoniaux – ces derniers étant des choses –, et qui naît sous la plume de Samuel Ginossar¹²⁸.

Un des arguments de l'auteur est qu'avec la *libertas*, le *dominium* est seul droit qualifié, par les romains de « *ex jure quiritum* ». Il ne s'agirait pas simplement du droit des Quirites, qui est le peuple romain, mais d'un attribut de la personne et, plus particulièrement du citoyen romain. Il s'agirait du droit de cité. Le *dominium*, comme la *libertas*, ne sont donc pas des choses, mais des puissances. Le *dominium* aurait alors la même nature que le *mancipium*, à ceci près qu'il ne porte que sur les choses et non pas sur les personnes, contrairement au *mancipium*, qui est une notion plus générale.

42. — L'évolution que nous donne à voir la notion de *dominium*, lorsqu'elle est mise en comparaison avec le *mancipium*, ou avec la *potestas*, c'est-à-dire ce passage d'une puissance indifférenciée sur les choses et les personnes, puis la limitation à certaines personnes, puis enfin aux seules choses, n'est pas surprenante : le droit évolue généralement dans ce sens. Les périodes primitives, où la société se trouve désorganisée, voient s'épanouir ces puissances sans limites, détenues par des individus qui disposent d'un pouvoir matériel sur les sujets de cette puissance. Ce n'est qu'avec le temps, la sédentarisation, le développement des échanges économiques, qui ne peuvent s'épanouir qu'avec une certaine forme de paix sociale, que les outils juridiques tendent à se sophistiquer et, notamment que le pouvoir sur les choses s'émancipe peu à peu du pouvoir sur les personnes.

Cette évolution recommencera après la chute de l'Empire romain, comme le note Édouard Meynial¹²⁹, quand la redécouverte du droit romain et ses concepts raffinés permettront aux juristes médiévaux de faire émerger ce pouvoir sur les choses de la puissance indistincte que le seigneur féodal exerce sur ses sujets et sur ses terres. Jusqu'à quel point pourrions-nous dire que ce pouvoir est fidèle à la conception romaine ? C'est ce que nous nous proposons d'étudier à présent.

¹²⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960.

¹²⁹ É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *op. cit.*, p. 409.

§2. — L'altération médiévale du fonds commun du droit des biens

43. — Dans le droit fil des controverses qui ont animé l'étude du droit romain, les auteurs partisans d'une conception réaliste du droit des biens et ceux partisans d'une conception personnaliste vont à avoir des vues différentes sur le rôle du droit médiéval dans la construction des notions fondamentales de la matière. Les premiers – il s'agit essentiellement de Louis Rigaud –, qui, nous venons de le voir, affirmaient déjà que la notion moderne de droit réel était en germe dans le droit romain, prêtent au glossateurs son invention. Les seconds, dont nous avons étudié l'opinion dissidente quant au droit romain, réfutent la linéarité de ce raisonnement et ne voit dans l'œuvre des glossateurs qu'un pont entre les notions du droit romain auxquelles ils restent fidèles et le droit moderne qui serait en vérité l'œuvre des postglossateurs, qui viennent à leur suite et, plus particulièrement de Bartole.

Que l'on suive l'opinion des uns ou des autres, le droit médiéval des biens est considéré comme le fruit de la rencontre entre les pratiques féodales¹³⁰ des peuples germaniques qui ont vaincu Rome et les notions du droit romain des biens, redécouvert au XI^{ème} siècle par les glossateurs de l'École de Bologne. Afin que ce droit romain puisse habiller l'organisation féodale, ses interprètes doivent disposer de notions suffisamment plastiques pour être adaptables, tant le décalage entre ces deux univers est important. Or, la méthode des glossateurs consiste à proposer une explication littérale des termes du texte¹³¹, leur but étant de révéler le sens originel des notions d'un droit romain « considéré comme porteur de la sagesse des siècles, mais une sagesse en quelque sorte intemporelle »¹³². Il ne semble donc pas

¹³⁰ La question de savoir si les pratiques germaniques constituent un « droit » à proprement parler est, quant à elle, lourde de préjugés. Il semblerait que les partisans d'un droit germanique médiéval soient essentiellement des auteurs allemands du XIX^{ème} siècle soucieux, pour des raisons politiques, de combattre l'influence du droit romain en l'opposant à un « système germanique » (R. FEENSTRA, « Les origines du *dominium utile* chez les glossateurs », in *Fata iuris romani. Études d'histoire du droit*, Leyde, Presse universitaire de Leyde, 1974, p. 222 ; M. VILLEY, *Le droit romain, op. cit.*, pp. 115-116). Cette théorie est reprise en France, notamment par Édouard Meynial, *op. cit.*, p. 409 et « Les traits originaux de l'ancien droit privé français », *Revue d'histoire du droit* 1928, p. 401), ou encore Pierre MASSON (*Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, Dijon, M. Pornon, 1933, p. X).

¹³¹ J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 9^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2021, pp. 133 et suiv.

¹³² *Ibid.*, pp. 148 et suiv.

y avoir, chez les glossateurs d'ambition pratique de développer des notions qui pourront être transposée à leur époque.

Cette déconnexion par rapport aux contingences pratiques appelle alors deux remarques. La première est que les glossateurs, autant qu'ils ont négligé leur propre époque, se sont montrés relativement désintéressés par le contexte historique dans lequel s'épanouissent les notions qu'ils étudient, ce qui, d'ailleurs, leur sera ultimement reproché par les humanistes du 16^{ème} siècle, notamment Jacques Cujas. Il leur est donc impossible de confronter leurs conclusions sur chaque notion à la logique du droit romain dont ils ignorent tout et ainsi d'en repérer les potentielles contradictions¹³³. La seconde remarque consiste à dire qu'en ne se penchant pas non plus sur les nécessités pratiques de leur temps, les glossateurs sont condamnés à une alternative : produire un savoir inutile ; ou voir leur œuvre reprise et travestie, afin de l'adapter aux besoins du siècle. Dans l'ensemble, la doctrine s'accorde à dire que les glossateurs respectent l'esprit du droit romain – c'est d'ailleurs ce qui leur vaut l'amitié de la doctrine réaliste –, aussi il leur arrivera l'un, puis l'autre.

Mais, comme un vêtement mal taillé, les pratiques féodales habillées de droit romain renverront de lui une image déformée, certaines notions prenant soudainement une importance démesurée, quand d'autres deviennent subitement quantitativement insignifiantes (A.). Un travail de retouche sera opéré dans un second temps par les postglossateurs, qui ajusteront les notions du droit romain aux besoins des acteurs, au prix de réinterprétations qui déforment largement l'esprit de ce droit, formant un droit nouveau (B.).

A. — Le droit romain, cadre de compréhension des pratiques féodales chez les glossateurs

44. — Réalistes et personalistes sont d'accord pour reconnaître que les romains ne connaissent que des actions et ignorent les droits. « À l'origine, nous indique Louis Rigaud, la distinction entre les droits réels et personnels est inconnue des Germains comme des

¹³³ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 269.

Quirites primitifs »¹³⁴. Et Michel Villey remarque, à cet égard, qu'« un citoyen romain ne gagne pas son procès parce qu'il a un droit », mais « parce qu'une certaine formule est adaptée à sa situation »¹³⁵. Déduite ou non du droit romain, la théorie des droits patrimoniaux semble donc être l'œuvre des glossateurs. Les auteurs réalistes voient d'un bon œil l'extension, « peut-être inconsciente, en tout cas heureuse » du jus in re à toutes sortes de droits, y compris la propriété¹³⁶. Les personalistes, qui sont d'accord pour dire que cet au Moyen Âge que naissent les conceptions classiques, ne font toutefois pas remonter cette genèse avant Bartole.

À l'instar des personalistes, Louis Rigaud fonde son analyse sur les travaux d'Ernst Landsberg¹³⁷, selon qui ce sont donc les glossateurs qui font émerger la distinction des droits de la distinction des actions¹³⁸. En effet, les glossateurs auraient interprété de l'idée romaine que toute action doit avoir une cause – et que cette cause est nécessairement un droit – que la distinction des actions aboutit à la distinction des droits¹³⁹. L'interprétation diverge lorsqu'il s'agit de savoir quels sont les droits qui sont les causes des diverses actions. Pour Louis Rigaud, « la cause ou la mère de l'*actio in personam*, c'est l'*obligatio* ; la cause ou la mère de l'*actio in rem*, c'est le *jus in re* »¹⁴⁰. Voici donc comment serait née la distinction moderne entre le droit réel et le droit personnel. Cette opinion serait, de l'aveu même de l'auteur, contraire à l'esprit du droit romain. En effet, l'*actio in rem* se distingue de l'*actio in personam* parce qu'elle permet à celui qui l'exerce de revendiquer la propriété d'une chose.

¹³⁴ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, op. cit., p. 75 ; il cite Joseph Ortolan, pour qui « La division des droits réels et personnels n'a pas été formulée par la jurisprudence romaine, mais a été déduite du droit romain ».

¹³⁵ M. VILLEY, « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », op. cit., p. 188.

¹³⁶ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, op. cit., pp. 79-80. Il explique plus tôt que « le Moyen âge, où les notions romaines pénètrent avec lenteur et subissent des déformations inévitables, est caractérisé par l'émiettement de la propriété et par un véritable débordement de droits réels de toutes sortes, très différents parfois des *jura in re aliena* du droit romain » (*ibid.*, p. 75). On retrouve là les éléments essentiels de la théorie classique de la propriété et des droits patrimoniaux.

¹³⁷ E. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum*, Leipzig, Brockhaus, 1883.

¹³⁸ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, op. cit., p. 77.

¹³⁹ V., notamment, P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen Age et dans le droit français*, op. cit., p. 17 : « Une des caractéristiques des Romanistes du Moyen Age, en dehors des distinctions d'école, est, comme pour les Romains, la propension à caractériser la nature d'un droit par la nature de l'action qui le sanctionne ».

¹⁴⁰ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, op. cit., p. 78.

En utilisant la notion plus de *jus in re*, les glossateurs auraient procédé à une double-généralisation qui forme la base de la conception classique de la propriété et des droits patrimoniaux : « de même qu'ils étendent l'expression de *jus in re* au droit de propriété, de même ils étendent l'expression de *dominium*, ordinairement réservée par les Romains à la propriété, aux autres droits réels »¹⁴¹

C'est en substance, la critique qui lui sera adressée par Michel Villey. Pour ce dernier, en faisant du *jus in re* la cause de l'*actio in rem*, Louis Rigaud confond cause et objet. Dans l'esprit du droit romain selon Michel Villey, nous avons dit que le *dominium* était un attribut de la personne, une relation entre une chose et un individu, tandis que les *jura in re* sont des choses incorporelles et non des pouvoirs. Ainsi, ces *jura in re* ne sont que les objets de l'*actio in rem* et la cause unique de cette action est le *dominium*. Le *jus in re* « n'est pas encore la cause de l'action réelle par laquelle on [les réalistes] a trop vite cru que les glossateurs avaient créé notre droit réel. Elle est bien utilisée dans le sens objectif romain de *jus* »¹⁴². Ces derniers s'en tiennent donc à la distinction que font les romains entre choses corporelles et choses incorporelles, classant les droits parmi la seconde catégorie et plaçant le *dominium* au-dessus ou, à tout le moins, en dehors de ce système.

Cette difficulté à appréhender les rapports entre *dominium* et *jura in re* se ressent à nouveau lorsque les glossateurs vont vouloir appliquer cette théorie des droits patrimoniaux aux institutions de leur temps, ce qui donnera lieu à une nouvelle invention des glossateurs : la théorie du domaine divisé¹⁴³.

45. — Cette théorie est la conséquence logique de la reconnaissance progressive d'une action en revendication au profit du propriétaire d'un droit dans la terre – qui se distingue

¹⁴¹ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, op. cit., p. 80.

¹⁴² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 270.

¹⁴³ « C'est la théorie du domaine divisé, nous renseigne Édouard Meynial, qui a donné à l'organisation foncière féodale sa solidité et lui a permis de survivre bien longtemps aux faits dont elle est la traduction juridique » (É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », op. cit., pp. 418-419). V., également, A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1937, p. 53.

du droit de la terre, en somme un droit réel sur la chose d'autrui – et de la tendance des glossateurs à reconnaître un droit à toute personne qui dispose d'une action.

Chez les glossateurs¹⁴⁴, il n'y a qu'une seule action réelle : la revendication (*rei vindicatio*). Lorsqu'elle est exercée par le *dominus* de la chose, c'est-à-dire, celui qui en est propriétaire, il s'agit d'une revendication directe ; lorsqu'elle est exercée par le *quasi-dominus*, c'est-à-dire, celui qui n'est propriétaire que d'un droit dans la chose – comme, par exemple, l'emphytéote ou le superficiaire –, il s'agit d'une revendication utile. La distinction entre les deux n'est donc, à ce stade, qu'une distinction de vocabulaire, une « subtilité superflue »¹⁴⁵. Les deux actions ont la nature, il ne s'agit que d'une différence de degré dans la maîtrise de la chose : « il n'y a qu'une seule action réelle : la revendication ; qu'un seul droit réel : le *dominium* »¹⁴⁶. Cette conception est conforme à l'esprit du droit romain tels que se l'imaginent les personnalistes.

Mais, nous l'avons dit, il est d'habitude chez les glossateurs de qualifier le droit qui correspond à une action. C'est ainsi que certains d'entre eux vont faire émerger, de cette revendication de la chose à titre utile un droit général : le domaine utile (*dominium utile*), « ce droit de propriété du vassal, de l'emphytéote, du superficiaire et en général de tout preneur à long terme »¹⁴⁷. Cette innovation est à la base de la dérive que connaissent les notions du droit des biens, dérive qui trouve sa conclusion avec les postglossateurs. À l'origine, le domaine utile n'est qu'un terme technique, qui sert à distinguer celui qui dispose d'une action en revendication de la chose parce qu'il dispose d'un droit dans la chose, de celui qui dispose de cette même action parce qu'il est propriétaire de la chose. L'intérêt est

¹⁴⁴ Pour Pierre Masson, « nul n'a exposé avec plus de précision que Placentin, l'analyse du *dominium* » et voit en lui l'inventeur du terme technique de *dominium utile* (*Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, *op. cit.*, p. 18). Contra. R. FEENSTRA, *op. cit.*, pp. 236 et suiv. : l'auteur renvoie à des textes postérieurs à PLACENTIN ; V., également É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *op. cit.*, pp. 420 et suiv.

¹⁴⁵ PLACENTIN, cité par P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁶ P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 71. Ce passage de l'action au droit est également évoqué par É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *op. cit.*, p. 422.

purement pratique et l'on ne semble pas s'écarter de l'idée romaine que le *dominium* est un rapport subjectif entre une personne et sa chose et que les droits, furent-ils des *quasi-dominium*, ne sont que des choses. Toutefois, des dissidences émergent et certains auteurs vont élever le domaine utile au rang du domaine direct, comme un vrai *dominium*¹⁴⁸, montrant que la nature du domaine utile n'est pas claire.

Cette confusion émerge lorsque les glossateurs s'interrogent sur la nature du droit du vassal sur son fief et, notamment, la question de savoir s'il a le droit d'aliéner son fief. Tous les auteurs s'accordent pour dire que le vassal dispose d'un domaine utile sur le fief. Mais la construction de la notion de fief, à partir de l'usufruit ouvrira la porte à toutes les confusions. En effet, les glossateurs distinguent deux sorts d'usufruit : l'usufruit causal de l'usufruit formel¹⁴⁹. Rappelons que chez les romains, la chose est constituée de sa substance matérielle, les différentes utilités qu'elle contient, les *commoditates*, et d'une substance juridique, son aptitude à être appropriée, la *proprietas*. L'usufruit causal, ce sont les utilités de la chose lorsqu'elles sont exploitées par le propriétaire de la chose. Il est causal, parce qu'il trouve sa cause dans le *dominium*. L'usufruit formel, ce sont les utilités de la chose lorsqu'elles sont exploitées par le propriétaire d'un usufruit. Elles ne trouvent plus leur cause dans le *dominium* de la chose, mais dans le *dominium* du droit d'usufruit. Le fief sera donc assimilé à un usufruit perpétuel (*ad perpetuum*)¹⁵⁰, c'est-à-dire un droit d'exploiter les utilités d'une chose, transmissible de droit aux héritiers du vassal.

La jonction de cette conception perpétuelle de l'usufruit avec l'action en revendication utile aboutit à une situation singulière où le vassal jouit à perpétuité de toutes les utilités qu'offre la terre et, en même temps, peut la revendiquer directement – à titre utile. Il ne lui manque qu'un seul droit, celui de sous-inféoder la terre, droit qui lui est refusé, au motif que l'usufruit est une part du *dominium* et qu'une telle action consisterait en une aliénation du domaine direct, qui appartient au suzerain¹⁵¹. Assimilé à un genre d'usufruit, le domaine

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 74. Repris par A. PIRET, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 42 ; V., également, F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 272.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 80.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 85 ; É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », *op. cit.*, p. 426.

utile ne peut encore à l'époque des glossateurs, être totalement élevé au rang de *dominium*. Mais la réalité des faits ne pourra pas très longtemps se contenter du *statu quo*.

B. — Le droit romain, outil de perfectionnement des pratiques féodales après les glossateurs

46. — Le système qui émerge de la pensée des glossateurs respecte, plus qu'on n'a pu se le figurer, le système romain. Mais les notions qu'ils ont développées ont pu contribuer à des confusions, dont les raisons sont expliquées par Michel Villey¹⁵². Pour lui, si la distinction des choses corporelles et incorporelles est bien parvenue jusqu'aux glossateurs, la féodalité ne leur a pas accordée la même fortune. En effet, alors que le nombre de choses corporelles diminuait drastiquement¹⁵³, le nombre des droits incorporels – sur les choses corporelles – augmentait de façon exponentielle, à mesure que de nouvelles utilités sont concédées ou sous-concédées par les divers titulaires de droits dans la chose. « *Dominium* tend à perdre son sens restreint sur les choses corporelles, c'est qu'il n'y a plus de choses corporelles. Le mot prend un sens large et vague, si bien qu'on parle d'un domaine (utile) sur le fief ou sur la censive, sinon même sur le bénéfice. L'emphytéose est à la fois *dominium* et *jus*. Le *dominium* lui-même devient un *jus*, ce qui est anti-romain au maximum, j'entends contraire au système général du droit romain classique. Au total, il n'y a plus que des *jura*, et, dans le domaine qui nous occupe, il n'y a plus que des *jura in re* »¹⁵⁴.

Cette évolution, qui ne sera pas tout à fait opérée avant les postglossateurs, aboutit à diluer la notion de *dominium* et lui faire perdre son sens originel. « Ils considèrent la propriété comme le *jus plenum in re corporali*, ce qui n'est en somme qu'une transposition de la *plena in re potestas* des *Institutes*. Et, de même qu'ils étendent l'expression de *jus in re* au droit de propriété, de même ils étendent l'expression de *dominium*, ordinairement réservée par les Romains à la propriété, aux autres droits réels »¹⁵⁵. L'œuvre de postglossateurs aussi bien que

¹⁵² M. VILLEY, « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », *op. cit.*, p. 196.

¹⁵³ Michel Villey prend l'exemple des biens de l'Église, qui n'appartiennent pas à celui qui les utilise, pas « à l'Église, à Dieu ou à personne » (M. VILLEY, « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », *op. cit.*, p. 197), mais l'on peut parler des choses meubles, qui sont déconsidérées ou encore des terres, qui par effet de concentration, d'alliances en mariages, voient un nombre toujours moins important d'individus disposer d'un droit direct sur elles.

¹⁵⁴ M. VILLEY, « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », *op. cit.*, p. 198.

¹⁵⁵ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories*, *op. cit.*, pp. 79-80.

celle de l'école dogmatique vont s'éloigner de la pensée des glossateurs et contribuer à façonner le droit des biens que nous connaissons actuellement. Cette évolution sera diversement appréciée, par les auteurs réalistes, dont elle valide les vues, et par les personalistes, qui y voient au contraire une déformation de la pureté du droit romain.

47. — Comme l'indique Frédéric Zenati-Castaing, le principal apport des postglossateurs « réside dans l'achèvement du processus d'objectivisation du *dominium* »¹⁵⁶. En émancipant le domaine utile de la catégorie des *quasi dominia*¹⁵⁷, Bartole le place côte-à-côte avec le domaine direct. La notion de *dominium* désigne alors à la fois, d'une part, le domaine direct, qui semble être le plus proche du *dominium* tel que l'entendaient les romains, puisqu'il désigne le lien entre la personne et la chose corporelle, et, d'autre part, le domaine utile, qui est l'ensemble des *jura in re* les plus importants, et dont la structure juridique semble alors radicalement différente.

Mais face au poids quantitatif des domaines utiles, c'est le domaine direct qui changera de nature, afin de permettre aux postglossateurs de former un système cohérent. Grevé de domaines utiles qui en réduisent la substance, le domaine direct va être progressivement assimilé à un droit incorporel parmi les autres. « Le *dominium* n'est plus, note Pierre Masson, comme dans le droit romain, ce droit absolu et indépendant des autres, formant un genre à part. Il n'est plus maintenant que le plus important des droits réels »¹⁵⁸. La porosité entre les deux notions va dans les deux sens. Non seulement le *dominium* est dégradé au rang de droit, mais les droits réels, qui étaient des choses incorporelles bénéficient du *dominium* et deviennent des sortes de pouvoirs¹⁵⁹.

¹⁵⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 278.

¹⁵⁷ P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, op. cit., p. 26 ; É. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », op. cit., p. 442.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., pp. 280-281.

La théorie classique, telle que critiquée par les personnalistes et assumée par les réalistes semble alors résulter de cette confusion.

La théorie du démembrement est assurée, dès lors que le *dominium* devient un droit réel comme les autres et se transforme alors en l'ancêtre du droit de propriété, qui permet la jouissance complète de la chose, lorsqu'elle n'est grevée d'aucun autre droit réel, ou simplement de la nue-propriété, lorsque d'autres droits réels existent. Le terme « propriété » lui-même, dérive de la *proprietas* romaine, cette ancienne aptitude de la chose à être appropriée, devenue objet du droit de propriété¹⁶⁰.

Ainsi est expliquée, également, la théorie de l'objet corporel du droit de propriété. En effet, les postglossateurs sont obligés de distinguer un *dominium* des choses corporelles du *dominium*, plus général, des droits incorporels. Le *dominium* sur les choses corporelles étant lui-même devenu un droit incorporel, il faudrait, autrement, affirmer l'existence d'un *dominium* sur le *dominium*¹⁶¹. Transposé au droit moderne, cela signifierait affirmer que le droit de propriété, considéré comme un droit réel, puisse être lui-même l'objet d'un droit de propriété. Les droits réels ayant désormais tous la même nature, il suffisait d'affirmer que les droits réels et, particulièrement, le droit de propriété, ne puissent avoir un droit incorporel pour objet. Les classiques se servent plus tard de cette évolution pour expliquer comment les romains – mais il s'agit, en fait, de l'œuvre des postglossateurs – sont supposés avoir confondu le droit de propriété et son objet.

¹⁶⁰ M. VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », in *Critique de la pensée juridique moderne et Douze autres essais*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », pp. 197 et suiv.

¹⁶¹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., pp. 282 et suiv.

Section n° 2. — L'utilisation du fonds commun du droit des biens par les domanistes royaux

48. — Les notions dont nous venons d'évoquer vont largement impacter le développement du droit civil des biens contemporain, comme l'a longuement analysé Frédéric Zenati-Castaing. Or, ces notions se sont formées à une période, le Moyen Âge, où la distinction entre le droit privé et le droit public n'est pas aussi marquée qu'elle peut l'être à notre époque. Nous l'avons souligné, c'est le propre de ces époques de construction, ou de reconstruction sociale, que de confondre en une prérogative unique le pouvoir qui s'exerce sur les hommes et celui qui s'exerce sur les choses. Ainsi, « la propriété et la souveraineté, explique Philippe Yolka, sont réunies dans une conception unitaire qui recouvre à la fois la possession territoriale et la puissance publique. Les propriétaires fonciers se trouvent partiellement investis du pouvoir politique, tandis que le souverain gouverne à la manière d'un propriétaire »¹⁶².

Cette unité marque la nature commune de ces notions, c'est-à-dire, leur participation à un fonds commun du droit des biens. Nous souhaitons donc montrer à quel point ces notions ont, tout aussi largement, impacté le droit administratif des biens. Si l'on sait que ce droit a bénéficié de la vigueur intellectuelle des domanistes de l'Ancien Régime, nous voulons mettre en évidence l'influence qu'ont exercée les glossateurs sur ces auteurs. Notre hypothèse est la suivante : les notions fondamentales du droit des biens telles qu'elles ont été formées par les postglossateurs permettent la limitation du pouvoir politique. Cet argument d'opportunité est peut-être la première étape de division du fonds commun du droit des biens en deux branches distinctes.

49. — Nous pensons que le destin du domaine direct contribue à expliquer cette évolution. Les affrontements entre la monarchie et le régime féodal, dont nous retraçons les principales étapes, amènent les légistes royaux à utiliser les conceptions féodales afin d'asseoir la suzeraineté générale du roi de France (§1.). C'est dans le but de limiter le pouvoir d'un monarque absolu qui se prétend personnellement propriétaire de toutes les terres du royaume que la propriété sera rejetée en dehors du droit public, en considérant,

¹⁶² P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 59.

techniquement, que celle-ci se résume aux nombreuses facettes du domaine utile (§2.). Dans un cas, comme dans l'autre, les notions fondamentales du droit des biens servent aux domanistes ou aux révolutionnaires, afin de contraindre les éléments fondamentaux de la souveraineté en dehors du droit des biens.

§1. — Le destin du domaine direct en droit public : l'expulsion de la souveraineté hors du domaine public

50. — Après la chute de la dynastie carolingienne, c'est non seulement par la guerre, mais aussi par le droit, que les rois capétiens successifs agrandissent leur domaine personnel. Institution « antérieure et extérieure »¹⁶³ à la féodalité, la monarchie doit d'abord intégrer ce régime, si elle souhaite pouvoir en renverser les principes et se hisser à son sommet. C'est ainsi que les catégories féodales vont être manipulées par les légistes royaux pour servir les intérêts du roi et conduire, ultimement, à l'unification du royaume sous son égide. Techniquement, nous voyons donc le roi s'approprier progressivement le domaine direct sur l'entièreté du territoire qui forme l'assise de son Royaume (A.). Les conditions dans lesquelles ces prérogatives sont transmises à l'État légal, après la Révolution, montre déjà comment le droit public commence une certaine forme d'épuration des notions juridiques attachées à la propriété, tout en en conservant les formes (B.).

A. — L'unification du domaine direct de l'État par les rois de France

51. — Le développement de la féodalité débute dès les premiers rois germaniques, lorsque ceux-ci, soucieux de récompenser leurs plus fidèles soldats, leur concèdent de larges propriétés territoriales, sous le nom de « bénéfice » – qui prennent plus tard le nom de « fief » –, en l'échange d'obligations, notamment militaires. Lorsque Charlemagne arrive au pouvoir et souhaite s'assurer de l'unité de son Empire, il tente de mettre un terme à un phénomène qui prend de l'ampleur : la transformation de ces bénéfices en alleux, c'est-à-dire en terres libres. Les grands seigneurs, qui aiment mieux l'indépendance aux obligations qu'ils doivent

¹⁶³ A. LUCHAIRE, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers capétiens (987-1180)*, t. 1, Paris, A. Picard, 1883, p. 56. V., également, F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, 7^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Domat Droit public », 2022, pp. 135 et suiv. ; M. MATHIEU, *Histoire des institutions. L'ancienne France (Ve siècle – 1789)*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2013, pp. 213 et suiv.

à un pouvoir central affaibli, vendent leur bénéfice et, avec la somme ainsi obtenue, le rachètent en pleine-propriété, défait de ses obligations vassaliques. Mais, « le grand empereur avait la main ferme et l'œil à tout. Il veilla de près sur les bénéficiers, et s'opposa de tout son pouvoir à leurs empiètements, c'est-à-dire en somme à la dilapidation des domaines royaux »¹⁶⁴. Ses menaces et celles de ces successeurs, parmi lesquels Louis le Pieux et Charles le Chauve – ce dernier va jusqu'à considérer qu'un alleu est le nom donné à tout bénéfice tenu de lui¹⁶⁵ – restent toutefois sans effet. À la fin de la dynastie carolingienne, le Roi n'est plus qu'un seigneur parmi d'autres, sans aucun moyen de faire valoir ses droits sur les anciens bénéficiers. « La révolution est faite, indique Édouard Laboulaye : les grands bénéficiers ont acquis les privilèges et l'indépendance des alleux, les petits alleux ont disparu ou se sont changés en précaires et en bénéfices ; le régime féodal a conquis la propriété »¹⁶⁶.

De là, deux remarques. D'une part, le régime féodal n'est pas qu'un régime juridique, mais aussi, et avant tout, un régime politique. En effet, à cette période de confusion entre les puissances publique et privée, les institutions patrimoniales sont la transcription juridique des rapports de force qui s'exercent entre les puissants. L'évolution des rapports politiques ne peut donc qu'influencer durablement le régime juridique de la propriété. Et c'est précisément ce qui advient, puisque, d'autre part, ce régime féodal s'oppose, tout au long du Moyen Âge à différents pouvoirs dont l'un, le pouvoir monarchique, aura une influence considérable sur l'évolution du droit privé des biens autant que sur la formation de l'État moderne. Et pour cause, c'est précisément ce pouvoir qui, ultimement, vainc la féodalité.

« La royauté de la seconde race succomba sous l'établissement des grands alleux, écrit Lucas Championnière ; celle de la troisième s'éleva sur leur ruine »¹⁶⁷, car les comtes de Paris, qui se prévalent d'un titre de roi des Francs qui ne veut plus rien dire, n'impressionnent guère. Comme le remarque François Guizot, les anciens bénéficiers, devenus grands allotiers, se méfiaient de la royauté sous sa forme carolingienne, car elle seule « leur était donc suspecte,

¹⁶⁴ E. CHENON, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁵ É. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, A. Durand, 1839, p. 313.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, Paris, C. Hingray, 1846, p. 295.

comme une puissance sur laquelle ils avaient usurpé, et qui avait beaucoup à leur redemander »¹⁶⁸. Mais il en va autrement de ces rois qui n'ont aucune légitimité à faire valoir la suzeraineté qu'ils réclament¹⁶⁹.

C'est la manière dont ils exploiteront leur dignité royale pour conquérir et unifier le royaume qui nous intéresse ici. S'ils y parviennent à l'aide de la religion, notamment par le Sacre¹⁷⁰, et par la guerre, les historiens reconnaissent également le rôle fondamental que joue « le génie des légistes »¹⁷¹. Lucas Championnière note à cet égard qu'à côté de l'œuvre militaire, « l'œuvre des légistes ne fut ni moins puissante, ni moins efficace ; la propriété universelle du royaume fut le but auquel tendirent constamment les agents fiscaux »¹⁷². Les rois capétiens empruntent aux formes du régime foncier féodal aussi bien dans leurs rapports avec leur propre domaine qu'avec les autres seigneurs du royaume.

52. — Comme le résume Achille Luchaire, « le mouvement irrésistible qui imposait la forme du fief à toute propriété comme à toute fonction se produisait également dans l'entourage immédiat du roi, ainsi que dans l'administration du domaine royal »¹⁷³. En effet, les capétiens ne disposent plus d'une administration au service de l'intérêt général, comme ce fût le cas pour les carolingiens. Les offices tendant à revêtir des formes du nouveau régime où le fonctionnaire n'est plus un commis au service du roi, mais le détenteur, parfois héréditaire, d'une concession aux accents féodaux¹⁷⁴. Il en est ainsi de l'administration royale

¹⁶⁸ « Elle était, aux yeux des seigneurs féodaux, l'héritière dépossédée d'un pouvoir auquel ils avaient obéi, et sur les ruines duquel s'est élevé le leur. Par sa nature, son titre, ses habitudes, ses souvenirs, la royauté carolingienne était donc antipathique au régime nouveau, au régime féodal. » (F. GUIZOT, *Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'Empire romain*, t. 4, 2^e éd., Paris, Didier, 1840, p. 98).

¹⁶⁹ Pour une opinion contraire, A. Luchaire, *op. cit.*, pp. 33 et suiv. L'auteur, qui nie que l'avènement d'Hugues Capet soit le signe de la conversion pure et simple d'une monarchie de droit divin à une monarchie féodale admet toutefois que la monarchie capétienne emprunte en partie les aspects de la féodalité pour se développer.

¹⁷⁰ F. GUIZOT, *Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'Empire romain*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁷¹ É. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, *op. cit.*, p. 370.

¹⁷² L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁷³ A. LUCHAIRE, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers capétiens (987-1180)*, t. 1, *op. cit.*, p. 50.

¹⁷⁴ « Le fonctionnaire disparaissait pour devenir le *vassal*. La fonction, au lieu d'être un mandat qui obligeait à certains devoirs celui à qui on la confiait, était concédée par investiture, devenait l'objet même de la concession, et constituait un droit pour le concessionnaire. Elle existait non plus en vue de l'intérêt public, mais pour l'utilité personnelle de celui qui en était revêtu. Ce qui était propriété sociale se changeait en

centrale où les officiers royaux, qui, peut-être parce qu'ils sont aussi, en plus de ses fonctions, de grands seigneurs méfiants de l'autorité royale, se voient « comme investis féodalement de la propriété de leurs charges »¹⁷⁵.

Cette tendance des grands à vouloir approprier leurs charges au profit de leur famille est finalement combattu par le roi qui tente de neutraliser ces fonctions en conférant la réalité de leurs attributions à des officiers inférieurs sur lesquels ils disposent d'un véritable pouvoir. L'administration royale locale subit cette même influence. D'une part, elle a considérablement diminué, quantitativement, puisqu'elle ne s'exerce plus que sur le seul domaine privé des rois et non plus, comme c'est le cas pour les carolingiens, sur tout le royaume, et qualitativement, puisque le roi n'y est plus représenté comme souverain de son royaume, tant que comme simple seigneur de son domaine¹⁷⁶. D'autre part, lorsqu'il s'intéresse à l'autorité locale de référence, le prévôt, Achille Luchaire constate que ces derniers « prenaient leur charge et le ressort territorial qui y était attaché comme une tenure pour laquelle ils relevaient du roi, et qui leur était concédée par une investiture toute féodale »¹⁷⁷. Dans le même mouvement que les officiers royaux, les prévôts agissent de sorte à se voir reconnaître l'hérédité de leur charge, ce que certains parviendront à obtenir¹⁷⁸. L'organisation féodale de leur domaine, en dépit du risque d'émancipation des autorités locales, constitue un atout pour la monarchie qui bénéficie de la détermination des prévôts à contrecarrer les autres pouvoirs locaux, notamment ecclésiastiques.

53. — Concernant les seigneuries extra-domaniales, les rois capétiens n'ont plus sur les grands vassaux le pouvoir qu'avaient les rois carolingiens. Ils « ne pouvaient plus exiger des ducs et des comtes que les services fixés par les contrats ou la coutume des fiefs », ou bénéficier de ce que ces derniers leur consentaient par amitié, parenté ou intérêt politique¹⁷⁹. En effet, la monarchie préexiste à une féodalité qui s'est développée indépendamment de la

propriété privée » (A. LUCHAIRE, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers capétiens (987-1180)*, t. 1, *op. cit.*, p. 201).

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 160.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 210.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 210.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 231 et suiv.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 202.

volonté royale. Comme le résume Achille Luchaire, « si la monarchie capétienne appartient, par certains côtés, à la société féodale, elle n'en est pas moins essentiellement une institution antérieure et extérieure à la féodalité »¹⁸⁰.

Progressivement toutefois, le roi de France va tenter de faire mentir cette réalité et de se présenter comme l'échelon suprême et unique de la pyramide féodale, le « suzerain général »¹⁸¹, ou encore « le souverain fiefieux »¹⁸² du royaume. L'objectif est initialement strictement pragmatique, puisqu'il s'agit d'établir de nouveaux droits fiscaux au profit de la Couronne¹⁸³. Il n'est donc pas étonnant, que la forme la plus aboutie de cette théorie ait été formulée afin de soumettre à une imposition, la directe royale universelle, les francs alleux.

En 1629, Louis XIII décide de soumettre au droit de mutations tous les fiefs qui relèvent de lui et parmi lesquels il désigne « tous les héritages ne relevans d'autres seigneurs », c'est-à-dire les alleux¹⁸⁴, sauf à ce que l'allodialité de la terre soit montrée par « de bons titres »¹⁸⁵. Face à la résistance des parlements, particulièrement dans les provinces où l'allodialité était forte, un maître des requêtes se fit avocat de l'ordonnance qu'il justifiait en affirmant que « le roi étant seigneur universel de toutes les terres qui sont dans son royaume, [ces terres] devaient être présumées procéder de ses prédécesseurs et soumises à ses droits, sinon en tant

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 56.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 50.

¹⁸² L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁸³ « La monarchie française s'est entourée – au triple point de vue textuel, jurisprudentiel et doctrinal – d'un appareil juridique de nature à faire accepter sa conception patrimoniale de l'exercice du pouvoir » (P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, *op. cit.*, p. 58).

¹⁸⁴ « Tous les héritages relevans de nous en pays coutumiers ou de droit écrit, sont tenus et sujets au droits de lods, ventes, quintes et autres droits ordinaires, selon la condition des héritages et Coutumes des lieux : et tous les héritages ne relevans d'autres seigneurs, censez relever de nous, si non, pour tout ce que dessus, que les possesseurs des héritages fassent apparoir de bons titres qui les en déchargent » (Art. 383 de l'*Ordonnance sur les plaintes des états assemblés à Paris en 1614, et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris en 1617 et 1626*, in F. A. ISAMBERT, A. TAILLANDIER, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XVI, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p. 317).

¹⁸⁵ Sur la controverse entre les maximes « nulle terre sans seigneur » qui postule que toutes les terres sont inféodées et que les alleux n'existent pas, sauf preuve et « nul seigneur sans titre », qui postule que toutes les terres sont par principe libres, sauf à ce qu'un seigneur de prouve le contraire, V. E. ANDT, « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *op. cit.*

que la dispense serait justifiée au contraire »¹⁸⁶. Le roi ne parvient toutefois pas à faire respecter l'ordonnance et à soumettre aux droits de mutations les terres allodiales.

Il faudra attendre un édit de Louis XIV, en 1692, pour que la directe royale universelle parvienne à s'imposer¹⁸⁷. Dans cet édit, le roi affirme n'avoir « point de droit ni mieux établi ni plus inséparablement attaché à notre Couronne que celui de la mouvance et directe universelle que nous avons sur toutes les terres de notre royaume »¹⁸⁸. La doctrine s'accorde à dire que rien n'est moins vrai et que si le roi est bien souverain du royaume, il n'en a jamais été le propriétaire, que la formulation du préambule de l'édit de 1692 n'est donc qu'« un tissu d'erreurs »¹⁸⁹. Pourtant les arguments qui y sont développés nous montrent comment les catégories de la propriété féodales vont durablement pénétrer le droit public. L'argument principal, au soutien de la théorie de la propriété universelle du royaume par le roi consiste à dire « que le roi de France a été à l'origine le propriétaire de toutes les terres, et que par la suite, il les a concédées en fief, censives ou alleux »¹⁹⁰.

B. — La réception du domaine direct de l'État par les lois des Révolutionnaires

54. — La nuit du 4 août 1789 est restée fameuse pour être le moment où sont abolis les privilèges. C'est ainsi que, par le décret du 11 août 1789 – reprenant et généralisant plusieurs décrets pris les jours précédents – l'Assemblée constituante « détruit entièrement le régime

¹⁸⁶ A. GALLAND, *Contre le franc-alleu sans titre prétendu par quelques provinces au préjudice du roy*, Paris, 1629, p. 99, cité par E. CHENON, *Étude sur l'histoire des alleux en France avec une carte des pays allodiaux*, *op. cit.*, pp. 208-209. Le traité d'Auguste GALLAND a été réédité en 1637, sous le titre : *Du franc-alleu et origines des droicts seigneuriaux*, Paris, 1637.

¹⁸⁷ E. ANDT, « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *op. cit.* ; E. CHENON, *Étude sur l'histoire des alleux en France avec une carte des pays allodiaux*, *op. cit.*, pp. 214 et suiv.

¹⁸⁸ *Préambule de l'Édit portant confirmation des possesseurs de terres et héritages tenus en franc alleu, francs bourgeois et franchises bourgeoises, dans leurs franchises et libertés*, in F. A. ISAMBERT, A. TAILLANDIER, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XX, Paris, Belin-Leprieur, 1830, pp. 164-165.

¹⁸⁹ E. CHENON, *Étude sur l'histoire des alleux en France avec une carte des pays allodiaux*, *op. cit.*, p. 216. V., également, E. ANDT, « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *op. cit.*, pp. 611 et suiv. ; L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, *op. cit.*, pp. 300 et suiv. Ces historiens s'accordent plutôt pour affirmer qu'à supposer que le roi soit le concédant originel de toutes les terres féodales, il existe des terres allodiales, dont les seigneurs ne dépendent ni du roi, ni d'un vassal du roi.

¹⁹⁰ E. ANDT, « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *op. cit.*, p. 619.

féodal »¹⁹¹. En dépit de cette affirmation ambitieuse, le détail de la réforme n'est pas aussi radical. En effet, le décret opère en réalité une distinction entre, d'une part, les droits « qui tiennent à la mainmorte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle », lesquels sont abolis sans indemnités, de même que les justices seigneuriales, et, d'autre part, les autres droits féodaux – essentiellement les droits dans la terre – lesquels sont simplement rachetables¹⁹². Cette distinction est reprise par d'autres décrets, notamment celui des 15 et 28 mars 1790, où il est disposé, dans son article 1^{er}, que « toutes distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultant du régime féodal sont abolies ; quant à ceux des droits utiles qui subsisteront jusqu'au rachat, ils sont entièrement assimilés aux simples rentes et charges foncières »¹⁹³.

Ce système ne tient d'ailleurs pas longtemps, et une rupture survient avec l'Assemblée législative qui, prenant conscience du caractère largement illusoire de la mesure – puisqu'en effet, le rachat des droits féodaux est en pratique hors de portée financière de ceux à qui il bénéficie –, décide d'abolir également les droits réels féodaux en rendant non avens les effets de la maxime « Nulle terre sans seigneur ». Elle déclare ainsi, dans l'article 2 du décret des 25 et 28 août 1792, que « toute propriété foncière est réputée franche et libre de tous droits, tant féodaux que censuels »¹⁹⁴ et, plus clairement encore, dans le décret du 17 juillet 1793, aux termes duquel « toutes redevances, ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, fixes, casuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier, sont supprimés sans indemnité » (art. 1^{er}), à l'exception des « rentes ou prestations purement foncières et non féodales » (art. 2)¹⁹⁵.

¹⁹¹ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 1, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 33 ; P. SAGNAC, P. CARON, *Les comités des droits féodaux et de législation et l'abolition du régime seigneurial. 1789-1793*, Paris, Imprimerie nationale, 1907, p. 1.

¹⁹² *Ibid.*, p. 33 ; P. SAGNAC, P. CARON, *Les comités des droits féodaux et de législation et l'abolition du régime seigneurial. 1789-1793, op. cit.*, p. 1.

¹⁹³ *Ibid.*, t. 1p. 115.

¹⁹⁴ *Ibid.*, t. 4, , p. 355.

¹⁹⁵ *Ibid.*, t. 6, , p. 19.

55. — Qu'est-ce à dire ? De deux choses, l'une, car il y avait bien deux manières de « détruire » la féodalité, c'est-à-dire, deux manières de transférer le domaine direct à la nation.

La première manière, consiste à dire que l'État s'approprie ce domaine direct et l'exerce lui-même. La Nation, par le biais de l'instrument étatique, devient suzerain de toutes les terres de France. C'est ce qui a pu faire dire que « Rousseau n'a fait que transférer la souveraineté du prince au peuple ; il a convié le peuple à s'approprier le mot célèbre : l'État, c'est moi »¹⁹⁶, sans véritablement changer la nature des techniques juridiques employées. Comme l'explique très clairement Albert Sorel, « toute sa révolution[, celle de Jean-Jacques Rousseau,] consiste à déplacer la souveraineté, à la ramener à ses origines classiques, c'est-à-dire à la restituer au peuple, conçu comme il l'était dans les républiques anciennes. Cependant l'expression de la souveraineté demeure la même : c'est l'État. L'objet de la révolution n'est pas de l'anéantir, mais de s'en emparer ; il ne s'agit pas de diminuer son omnipotence au profit de la liberté des citoyens, mais de contraindre, en vertu de cette omnipotence, les citoyens à recevoir le baptême de la religion nouvelle »¹⁹⁷. Cette opinion existe également chez Charles de Lorry. En effet, comme l'indique Robert Pelloux, « Rousseau représente les hommes faisant abandon de toutes leurs libertés entre les mains de la société. Lorry les montre apportant tous leurs biens à l'autorité publique. Cet abandon est légitime : l'homme retire de tels avantages de la société qu'il peut bien lui faire, un instant, l'abandon de tous ses biens »¹⁹⁸.

La seconde manière, consiste à dire que l'État a détruit véritablement le domaine direct. Il ne l'exerce pas, parce que personne ne l'exerce plus. L'État ne dispose plus que de la souveraineté, entendue comme un pouvoir sur les personnes, comme l'*imperium* romain. Cette position est exprimée par Jean-Étienne Marie Portalis, lorsqu'il affirme que « au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'Empire. Telle est la maxime de tous les pays et de tous les temps. C'est ce qui a fait dire aux publicistes que la libre et tranquille jouissance

¹⁹⁶ H. MICHEL, *L'idée de l'État*, Paris, Hachette, 1895, p. 39, V., également, H. TAINÉ *Origines de la France contemporaine, l'Ancien Régime*, 23^e édition, Paris, Hachette, 1900.

¹⁹⁷ A. SOREL, *L'Europe et la Révolution française*, t. 1, *Les mœurs politiques et les traditions*, Paris, E. Plon, Nourrit et C^{ie}, 1887, p. 108.

¹⁹⁸ R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, op. cit.

des biens que l'on possède est le droit essentiel de tout peuple qui n'est point esclave ; que chaque citoyen doit garder sa propriété sans trouble ; que cette propriété ne doit jamais recevoir d'atteinte et qu'elle doit être assurée comme la constitution même de l'État. L'Empire, qui est le partage du souverain, ne renferme aucune idée de domaine proprement dit. Il consiste uniquement dans la puissance de gouverner. Il n'est que le droit de prescrire et d'ordonner ce qu'il faut pour le bien général, et de diriger en conséquence les choses et les personnes »¹⁹⁹.

56. — La position qui émerge des travaux préparatoires aux décrets sur la propriété publique en est d'ailleurs l'écho. René Enjubault de la Roche, rapporteur du décret, s'interroge, plus spécifiquement, sur la nature des droits de la nation « sur toutes les parties de son territoire qui n'appartiennent à personne, soit parce qu'elles ne sont pas susceptibles de propriété privée, ou bien parce qu'elles se trouvent actuellement sans maître »²⁰⁰. Le comité, selon lui, se trouve face à une alternative ; il a le choix entre deux théories, qui sont, peu ou prou, les deux théories que nous venons d'exposer.

La première est celle de Louis XIV, qui postule le domaine éminent du Roi sur tout le Royaume. « Tout ce qui se trouve dans l'étendue de nos États, rappelle-t-il, de quelque nature qu'il soit, nous appartient au même titre. Vous devez être bien persuadé que les rois sont seigneurs absolus et ont naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens qui sont possédés, aussi bien par les gens d'église que par les séculiers, pour en user en tout comme de sages économes »²⁰¹. La seconde est celle de Charles Loyseau, pour qui la puissance publique ne s'étend qu'au commandement et à l'autorité.

Entre ces deux positions, la solution retenue par la commission est ambiguë. René Enjubault de la Roche affirme ainsi que « toute nation a le souverain domaine de l'universalité du territoire qu'elle occupe. Ce domaine éminent qui ne diffère de la puissance

¹⁹⁹ J.-É.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs de la loi relative à la propriété ». Pour Portalis, le domaine éminent du souverain « ne suppose aucun droit de propriété et n'est relatif qu'à des prérogatives inséparables de la puissance publique ».

²⁰⁰ R. ENJUBAULT DE LA ROCHE, « Rapport du comité des domaines sur la législation domaniale lors de la séance du 8 novembre 1790 », *Archives parlementaires de la Révolution Française*, Paris, P. Dupont, 1885, t. XX pp. 316 et suiv.

²⁰¹ *Cœuvres de Louis XIV*, t. II, p. 93, cité par Dalloz, v^o Propriété, n^o 32.

publique que comme la cause diffère de son effet, lui assure la propriété directe de toutes les portions de ce territoire, qui, par leur nature ou leur destination, ne peuvent appartenir à personne en particulier, et de celles encore qui demeurent vacantes et sans maître. Les grands chemins publics, les fleuves, les rivages de la mer, etc., sont de la première classe : les biens vacants et les successions délaissées faute d'hoirs sont compris dans la seconde. L'effet naturel de la propriété publique sur tous ces objets, est d'attirer et de confondre en elle-même la propriété publique »²⁰². La solution retenue semble donc être à la croisée des chemins entre les deux positions. L'État révolutionnaire prétend bien à un domaine éminent sur toutes les propriétés, mais qu'elle consent à limiter aux seules propriétés publiques²⁰³. La propriété publique n'est donc pas une forme de domaine utile confiée à l'État, mais bien la résultante de ce domaine utile accompagné du domaine direct que l'État détient sur toute chose. À cet égard, elle est « la plus parfaite qu'on puisse concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre ; que la faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la nation ; et que si, dans des circonstances particulières, elle a voulu en suspendre pour un temps l'exercice, comme cette loi suspensive n'a pu avoir que la volonté générale pour base, elle est de plein droit abolie, dès que la nation, légalement représentée, manifeste une volonté contraire »²⁰⁴.

57. — La même ambiguïté existe pour la propriété privée. D'un côté, certains ont affirmé qu'en supprimant ainsi la féodalité, la Révolution « a rendu d'un seul coup toutes les terres allodiales et tous les Français nobles »²⁰⁵. C'est l'opinion de Philippe-Antoine Merlin de Douai, qui dans son rapport sur la loi du 15 mars 1790, explique qu'« en détruisant le régime féodal, vous [l'Assemblée] n'avez pas entendu dépouiller de leurs possessions les propriétaires

²⁰² R. ENJUBAULT DE LA ROCHE, « Rapport du comité des domaines sur la législation domaniale lors de la séance du 8 novembre 1790 », *op. cit.*, pp. 316 et suiv.

²⁰³ « À peine arrêtera-t-elle ses prétentions au seuil des propriétés privées ; car à l'instar des rois les plus absolus, elle prétend avoir « le souverain domaine de l'universalité du territoire qu'elle occupe » M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, *op. cit.*, p. 208).

²⁰⁴ Décret des 22 novembre et 1^{er} décembre, relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions, et aux apanages, préambule, alinéa 2 (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 30).

²⁰⁵ L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, *op. cit.*, p. 717.

légitimes des fiefs ; mais vous avez changé la nature de ces biens ; affranchis désormais des lois de la féodalité, ils sont demeurés soumis à celles de la propriété foncière ; en un mot, ils ont cessé d'être des fiefs et sont devenus de véritables alleux »²⁰⁶. Pour Lucas Championnière, qui reprend cette idée, la suppression de la féodalité entraîne deux conséquences. La première est que le droit de directe seigneuriale n'a pas été transféré à l'État, puisque seuls les vassaux pouvaient racheter ce droit et « l'acquisition par un autre, quel qu'il fût, d'un droit quelconque, n'eût pas affranchi la propriété ; le sol n'eût pas cessé d'être assujéti à une double possession et le vassal à une supériorité personnelle »²⁰⁷.

En somme, cette loi était la réalisation technique, non pas de la dépossession des seigneurs, mais de la fin de la double propriété sur le sol, par la suppression de toute directe. « Tout ce qui pouvait appartenir au seigneur du fief, tout ce qui a été supprimé, 'est réuni en masse et sans exception au domaine utile ; la consolidation s'est opérée de plein droit et absolument »²⁰⁸. En conséquence, les Révolutionnaires n'ont pas touché à l'alleu, qui est déjà une terre libre, sinon qu'elles ont « fait s'évanouir les systèmes d'inféodation supposés par les domanistes et fondés sur la chimère fiscale de la directe universelle, et, par suite, tous les droits quelconques que le domaine avait pu s'attribuer, en vertu de ce principe, sur les terres allodiales »²⁰⁹.

58. — Une autre voix s'élève contre cette interprétation. Pour Paul Viollet, « L'alleu était vaincu. Le mort ne ressuscita pas ; et nous nous trompons gravement, en répétant depuis 1789 que toutes les terres sont devenues allodiales. Tout au contraire, l'évolution fiscale menée de concert par la royauté et la féodalité a été sanctionnée, consommée et régularisée ; toutes les terres paient aujourd'hui le relief et les lods et ventes, car elles sont soumises aux droits de mutation. Le principe de la directe imprescriptible a contribué à fonder nos droits de mutation et nos droits de succession. Il n'y a plus de fiefs sans doute ; d'alleux moins encore. Mais au point de vue fiscal, nos biens sont devenus des censives, et nous sommes

²⁰⁶ Cité par *Ibid.*, p. 718.

²⁰⁷ *Ibid.*, pp. 721-722.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 722.

²⁰⁹ *Ibid.*

aujourd'hui sous la directe du Roi ; car ici Roi ou République est tout un en effet, eût dit le bon Loisel, et a nom État »²¹⁰. Cette analyse est contestée, notamment par Émile Chenon, pour qui il est des impôts auxquels les alleux étaient soumis au titre de la souveraineté du roi et qui étaient des droits de mutation²¹¹, encore qu'il puisse simplement en être déduit qu'il n'y avait pas d'alleux parfait.

Mais ce même auteur rapporte un intéressant épisode qui, s'il aboutit à enterrer définitivement la théorie de la directe légale universelle, montre sa vivacité par-delà la césure révolutionnaire. Il rappelle, en effet, que dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, l'administration de l'Enregistrement souhaite consacrer un droit de mutation sur les biens transmis à l'occasion de successions. Ce droit n'existait dans aucune loi, mais l'administration soutenait « que l'État possédait sur toutes les terres de France une sorte de domaine éminent... et que ce droit de mutation devait être regardé comme la condition d'une concession primitive de la propriété dont l'État se serait dessaisi au profit des particuliers »²¹². Par un arrêt du 23 janvier 1857, la Cour de Cassation décida finalement de rejeter cette théorie qui, « empruntée au régime féodal avec une extension qu'elle ne comportait pas même alors, serait non seulement un démenti à la vérité historique, mais aussi une négation de tous les principes de notre droit public et de notre droit civil »²¹³.

59. — Nul ne serait suivi, s'il affirmait aujourd'hui que l'État est le propriétaire primitif de tous les biens et que la propriété individuelle n'est qu'une forme de concession. Mais la vivacité de cette idée est incontestable et montre combien les acquis de la féodalité ont traversé la césure révolutionnaire et survivent en profondeur dans notre système juridique. Plus encore, c'est la raison du choix qui laisse d'interroger. Comme le rappelle Édouard Andt, si Lhommeau refuse d'admettre la directe royale universelle, c'est au regard des conséquences que cela engendrerait. La combinaison du pouvoir fiscal du Roi avec sa

²¹⁰ Cité par E. CHENON, *Étude sur l'histoire des alleux en France avec une carte des pays allodiaux*, op. cit., p. 229.

²¹¹ *Ibid.*, p. 230.

²¹² *Ibid.*, p. 236. Les auteurs pouvaient également se fonder sur la doctrine de Jean-Jacques Rousseau, qui écrit dans son *Contrat social* que « L'État, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens, par le contrat social, qui dans l'État sert de base à tous les droits ».

²¹³ Cass., 23 juin 1857, *D.* 1857, I., p. 241.

prétendue suzeraineté générale sur tous les fiefs et alleux aboutirait à ce que le Roi utilise ses finances pour exercer son droit de retrait féodal sur toutes les terres du Royaume afin de se les approprier personnellement. « Et l'on peut dire que les sujets du prince verseraient eux-mêmes la somme nécessaire à leur expropriation. Des conséquences aussi odieuses sont inacceptables. »²¹⁴. Après la révolution, c'est plutôt la crainte des doctrines communistes, qui seules « osent encore soutenir la théorie despotique des rois absolus »²¹⁵, qui suscite son rejet. Ainsi, aux arguments fiscaux des partisans de la directe royale, puis légale, s'opposent des arguments non moins pragmatiques et l'Histoire se trouve à nouveau mise au service des luttes de pouvoirs qui s'animent dans la construction de l'État, continuant de démontrer combien l'éloignement des droits, public et privé, de leur fonds commun repose sur des considérations qui ne sont pas proprement techniques²¹⁶.

§2. — Le destin du domaine utile en droit public : l'expulsion de la propriété hors du domaine public

60. — L'abandon progressif de la théorie des deux domaines, au long du XVIII^{ème} siècle, conduit à une confusion de la notion de domaine utile avec le droit de propriété. Cette confusion aboutit à un glissement. Auparavant, l'on considérait la personne disposant du domaine direct sur une chose comme le véritable détenteur de cette chose et la personne disposant du domaine utile comme une personne ayant un simple droit dans la chose. Désormais, l'on considère que la personne disposant du domaine utile est le véritable détenteur de cette chose et le domaine direct n'est plus guère qu'une charge, pesant sur le *dominus utile*²¹⁷.

En conséquence, donc, les prérogatives attachées au domaine direct ont été expulsées de l'ordre de la propriété, pour rejoindre celui de la souveraineté²¹⁸. Au-delà de son déclin quantitatif, par rapport à la multiplicité des droits dans la chose – les *jura in re* –, la volonté

²¹⁴ E. ANDT, « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *op. cit.*, p. 636.

²¹⁵ E. CHENON, *Étude sur l'histoire des alleux en France avec une carte des pays allodiaux*, *op. cit.*, p. 238.

²¹⁶ G. BIGOT, « Une histoire de la propriété publique », in AFDA, *La propriété publique*, Paris, Dalloz, 2020, p. 3.

²¹⁷ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 293.

²¹⁸ Philippe Yolka note à ce propos que « l'extension des terres soumises à l'autorité monarchique devait progressivement conduire à substituer l'idée de souveraineté à celle de propriété » (P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, *op. cit.*, p. 66).

constante du roi à s'approprier, par la directe royale universelle, le domaine direct de toutes les terres, a pu contribuer, par peur de l'absolutisme, à expulser l'ensemble des prérogatives qui s'y attachent hors du régime propriétaire. L'utilisation, par le Roi, des outils de la féodalité, et notamment l'extension de son domaine territorial, a rendu la propriété de l'État suspecte.

Cette suspicion de l'utilisation des techniques de la propriété par la royauté s'est étendue, au-delà des aspirations royales au domaine direct universel, aux prérogatives exercées sur le domaine de la Couronne (A.). Ce n'est qu'avec le transfert de ce patrimoine à l'État légal, par les révolutionnaires que l'on peut commencer à envisager une véritable propriété sur les biens publics (B.).

A. — L'étendue des prérogatives royales sur le domaine de la Couronne

61. — Au-delà de leur volonté d'approprier l'entièreté du royaume, dans une perspective féodale, comme nous venons de l'indiquer, les Rois de France vont mettre tout en œuvre pour étendre leurs prérogatives sur le domaine de la Couronne, avec un objectif financier. L'objectif, comme l'indique Robert Pelloux, est double. Il s'agit, d'une part, d'augmenter ses revenus en essayant d'étoffer au maximum ses finances ordinaires, qui sont les revenus de son domaine et peuvent comprendre des droits à caractère fiscal, comme « les droits de contrôle des exploits et des actes des notaires, de centième denier et de petit scel »²¹⁹. Il s'agit, d'autre part, de vivre sur son capital et essayer de contourner la règle de l'inaliénabilité, en cédant des parties de son domaine. Il existe des exceptions directement dans l'Édit de Moulins, notamment pour la formation d'apanages pour les puînés et pour la cession de terres vaines, qui constituent les petits domaines.

Dans ces conditions, il était impératif de limiter les prérogatives des rois sur les biens du domaine de la Couronne afin d'éviter les dilapidations. Les arguments avancés sont ici liés à des questions d'intérêt général. Il s'agissait en effet de limiter les prérogatives royales « pour sauvegarder les droits du public, pour supprimer les obstacles que la monarchie mettait au

²¹⁹ R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, op. cit., p. 24.

libre usage des grands chemins, des fleuves, etc., par l'imposition de péages et autres droits »²²⁰.

Comme le rappelle Anne Rousselet, « sous les deux premières races, les rois n'établissaient aucune distinction entre le domaine de propriété et le domaine de souveraineté »²²¹. Ce n'est qu'à partir des Capétiens que la distinction se forme et qu'elle se forme au sein même du domaine de la Couronne. Ce dernier est donc qualitativement composé de deux séries d'éléments. D'une part, les éléments relevant du droit de souveraineté, « qui s'étend sur toutes les personnes et sur tous les biens de l'État »²²², sous quelques réserves ; d'autre part, les éléments relevant du droit de propriété « ou plutôt dans la jouissance des droits et domaines royaux »²²³.

Toutefois, il convient de noter que le mouvement qui se développe tout au long de l'Ancien régime va plutôt dans le sens de s'assurer que la deuxième partie des éléments quitte le droit de propriété. En rattachant les pouvoirs qu'exerce le roi au droit de souveraineté, les auteurs de l'Ancien Régime vont mobiliser les notions fondamentales du droit des biens afin de limiter les prérogatives royales sur les biens du domaine de la Couronne.

62. — À l'origine, les biens du domaine de la Couronne ne semblent pas différents des biens qui figurent dans les patrimoines des autres particuliers. Guillaume Leyte définit, dans un premier temps, le domaine comme un mode d'exercice de la propriété et les biens domaniaux comme ceux sur lesquels le roi dispose « l'essentiel des droits utiles »²²⁴. « Les domaines qui sont dans le domaine royal, écrit-il, placés dans le cadre général de la domanialité, apparaîtraient ainsi, sur le plan territorial, comme étant les terres sur lesquelles le roi dispose de l'essentiel des droits »²²⁵. Il va plus loin, en précisant ce qu'il entend par

²²⁰ R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, op. cit., p. 49.

²²¹ A. ROUSSELET, *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, op. cit., p. 34. V., également, R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, op. cit., p. 17.

²²² *Ibid.*, p. 34.

²²³ *Ibid.*, p. 34.

²²⁴ G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e – XV^e siècles)*, op. cit., p. 126.

²²⁵ *Ibid.*, p. 126.

l'essentiel des droits, c'est-à-dire que le roi puisse en jouir et en disposer comme d'un véritable propriétaire. « Il apparaît essentiel, selon lui, pour qu'il soit véritablement domanial, que le roi puisse – indépendamment du régime juridique – en disposer librement, qu'il jouisse, en fait, de l'*abusus* »²²⁶

Toutefois, il existe, à côté de ces biens qui ressemblent à la propriété, toute une série de biens dont le domaine n'est pas justifié par une volonté d'appropriation par le roi, mais simplement une volonté d'en régler l'usage pour l'intérêt commun, dans ce sens où le roi n'en réclame pas vraiment la propriété, mais s'assure qu'ils ne soient pas appropriés par qui que ce soit d'autre. « L'affirmation du droit pour le roi de réglementer l'affectation de biens publics par leur usage, indique Guillaume Leyte, n'a pas conduit à une revendication de l'ordre de la propriété. Les droits exercés par la monarchie sur les fleuves navigables ou les voies de communication ne sont pas domaniaux dans le sens où les rois, généralement, n'en ont ni n'en réclament une propriété de principe qui ne devient effective que sous la monarchie absolue. Parler de domaine au sens territorial ou de mode de possession, au Moyen Âge, serait abusif »²²⁷. Le droit de propriété est ici instrumentalisé à d'autres fins que ce que la Révolution en fera, à savoir, un droit absolu au service de la liberté de son détenteur. Il s'agit là, au contraire, de s'assurer que leur usage ne soit précisément pas soumis à la liberté d'un individu.

Ainsi, en dépit de la profonde différence entre ces deux séries d'éléments composant le domaine de la Couronne, ils se trouvent traités selon les mêmes mécanismes, qui ont trait au droit des biens. On aurait pu imaginer qu'ils soient traités de manière différente, comme c'est le cas aujourd'hui : les choses communes relèvent de la police, les choses publiques relèvent de la gestion domaniale. Mais à cette époque, le domaine « mêle aux aspects financiers des éléments qui ont trait à l'autorité royale. Toute concession d'autorité est ainsi, au même titre que pour des revenus, un démembrement domanial »²²⁸. Aussi, l'on ne fait pas encore aussi clairement la différence d'entre ce qui relève de la souveraineté ou de la

²²⁶ *Ibid.*, p. 171.

²²⁷ *Ibid.*, p. 127

²²⁸ *Ibid.*, p. 194.

police et ce qui relève de la propriété. La grande proximité technique entre ces deux modes de réglementation des choses n'a certainement pas aidé.

Rapidement, toutefois, cette distinction tend à s'estomper, puisque l'affirmation de l'autorité royale pour réglementer des biens qui ne lui appartiennent pas aboutit à ce que le roi réclame tout de même la pleine propriété de ces biens. C'est notamment le cas des cours d'eau. « Il ne s'agit pas d'une appropriation, écrit Guillaume Leyte, ni d'un véritable domaine, mais cette prise en charge ouvre la voie aux déclarations de propriété de l'Ancien régime »²²⁹. C'est cette tendance de la Royauté qui a conduit la doctrine à mieux marquer la distinction entre les éléments du domaine de la Couronne qui relèvent de la propriété et ceux qui relèvent de la souveraineté. Et l'on voit alors émerger un propos technique, visant à expulser ces biens en dehors du droit de propriété.

63. — La principale technique mobilisée consiste à rattacher la gestion de certains biens au droit de souveraineté ou de la police, plutôt qu'au droit de propriété : c'est la naissance du droit de garde et de surintendance du Roi sur les biens dont il a la charge.

Ainsi, dans l'Édit d'avril 1683 de Louis XIV, l'on peut lire, que « comme les grands fleuves et rivières navigables appartiennent en pleine propriété aux rois et aux souverains par le seul titre de leur souveraineté »²³⁰. De même, l'ordonnance de la Marine de 1681 établit « une bonne police dans les ports, côtes et rades, qui sont dans l'étendue de notre domination ». Ce glissement sémantique a déjà été remarqué. « Police, domination, écrit Maurice Monteil, voilà des mots qui rejettent assez loin l'idée d'appropriation personnelle et qui nous acheminent déjà vers la conception moderne de la domanialité publique »²³¹. C'est ainsi que l'on peut lire chez René Choppin, que « le domaine de la Couronne n'est point inaliénable parce qu'il se compose de choses soustraites par leur nature ou leur destination à

²²⁹ *Ibid.*, p. 195.

²³⁰ R. DE RÉCY, *Traité du domaine public*, 2^e édition, Paris, P. Dupont, 1894, t. 1, p. 86, note n° 3.

²³¹ M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, *op. cit.*, p. 144. V., également, *ibid.*, p. 137 : « Le droit de propriété du roi est donc limité dans son étendue, il ne s'applique plus au royaume, mais à ce qui dans le royaume appartient à l'État ; il est aussi modifié dans son caractère essentiel, l'élément privé est relégué au second plan, et l'élément souveraineté est prédominant »

l'appropriation privée ; mais parce que les rois n'ont point personnellement acquis les biens qui le composent, biens affectés aux besoins de l'État et qu'ils doivent transmettre intacts à leurs successeurs avec la Couronne elle-même. »²³². L'on peut lire, de la même manière, sous la plume de Charles Loyseau, que « toutes ces choses sont incapables de seigneurie privée, et la propriété d'icelles ne peut appartenir à aucun, ni au prince souverain, ni au peuple, ni au seigneur justicier ; mais l'usage en demeure à un chacun, selon la qualité de chacun : il est bien certain que la seigneurie publique, c'est-à-dire l'autorité et direction par la voie de justice, en appartient au prince souverain en souveraineté, et au seigneur haut justicier en justice primitive »²³³. Pour Robert Pelloux, Charles Loyseau est d'ailleurs le premier à faire référence à cette fonction du Roi, qui n'est pas propriétaire, mais gardien, conservateur et surintendant de ces biens. « Le domaine, écrit forme la constitution dotale de la couronne à laquelle il est indivisiblement uni. Le prince ne possède ce domaine que de la même manière qu'il possède la couronne elle-même, c'est-à-dire sous la loi d'un fidéicommiss légal et perpétuel qui doit transmettre l'une et l'autre, dans son intégrité, à ses derniers descendants »²³⁴.

64. — Deux autres techniques, plus secondaires et qui ont moins bien prospéré par ensuite, méritent toutefois d'être évoquées.

La première de ces techniques est celle de la dot. L'idée est de reconnaître au Roi une forme de propriété dotale : il aurait, sur les biens du domaine de la Couronne, des prérogatives semblables à celui de l'époux sur les biens de sa femme. Cette métaphore du « saint et politique mariage entre les rois et la Couronne »²³⁵ naît avec Lucas de Penna²³⁶ et

²³² R. CHOPPIN, cité par M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, *op. cit.*, p. 148

²³³ C. LOYSEAU, cité par R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, *op. cit.*, p. 36.

²³⁴ R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, *op. cit.*, pp. 36-37.

²³⁵ Pour l'idée d'à quel point cette expression est répandue, v. les auteurs, cité par D. DALLOZ, *Jurisprudence du XIX^{ème} siècle, ou recueil alphabétique des arrêts et décisions des cours de France et des Pays-Bas, en matière civile commerciale, criminelle et administrative*, Bruxelles : H. Tarlier, 1829, t. 11, pp. 408 et suiv.

²³⁶ G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XI^e – XV^e siècles)*, *op. cit.*, p. 301 : « Pour définir les rapports qu'entretient le souverain avec l'État, Lucas de Penna lance la formule, promise à un brillant avenir, du mariage du prince et de la respublica ».

se retrouve dans nombre des domanistes de l’Ancien Régime. On lit ainsi, chez Charles de Lorry, que « le domaine forme la constitution dotale de la couronne à laquelle il est indivisiblement uni. Le prince ne possède ce domaine que de la même manière qu’il possède la couronne elle-même, c’est-à-dire sous la loi d’un fidéicommiss légal et perpétuel qui doit transmettre l’une et l’autre, dans son intégrité, à ses derniers descendants »²³⁷. René Choppin propose la même analogie : « Ainsi, écrit-il, que par la disposition de la loi Julia, la dot que la femme a apportée en mariage à son mari est inaliénable, de même le patrimoine et domaine de la Couronne est, comme la dot, inséparable de l’État public »²³⁸. Cette métaphore, courante en droit constitutionnel²³⁹, vise explicitement à mobiliser les techniques du droit des biens à fins de limiter le pouvoir du Roi. L’idée est très clairement de neutraliser l’*abusus* du Roi sur les biens du domaine de la Couronne et de ne lui laisser que l’*usus* et le *fructus*. À cet égard, « les conséquences en matière d’aliénation sont claires. Le mari ne pouvant disposer des biens dotaux, rappelle Guillaume Leyte, ni le prélat des biens de l’Église, le roi ne peut non plus rien aliéner du patrimoine de la respublica »²⁴⁰.

La seconde de ces techniques est l’exclusion pure et simple de la propriété. L’idée, comme pour les techniques précédentes, consiste à s’assurer que les biens domaniaux par nature ne puissent être cédés. C’est notamment le cas de remontrances du Parlement de Bordeaux du 29 juin 1766 cités par Robert Pelloux, aux termes desquelles, s’agissant « des biens appartenant en commune à la nation tels que les rivières, les rivages de la mer (...) il n’était pas besoin de loi pour déclarer ces biens inaliénables parce qu’ils le sont par leur nature »²⁴¹. Cette qualification est purement d’opportunité, comme le montre l’auteur qui s’interroge

²³⁷ Charles DE LORRY, cité par R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l’ancien droit*, *op. cit.*, p. 46.

²³⁸ R. CHOPPIN, cité par M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, *op. cit.*, p. 148. Robert Pelloux cite également Charles Dumoulin : « d’après qui “les rois n’ont pas pouvoir plus ample sur la terre de leur domaine que les maris sur les biens de leur femme” » (R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l’ancien droit*, *op. cit.*, p. 21).

²³⁹ R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l’ancien droit*, *op. cit.*, pp. 20-21 : « On comparait généralement – la mystique n’est pas étrangère au Droit constitutionnel – l’avènement du roi à un mariage avec la couronne, et l’on voyait dans le domaine la dot de l’épouse, sur laquelle l’époux n’avait que des pouvoirs d’administration très limités ».

²⁴⁰ G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XIX^e – XV^e siècles)*, *op. cit.*, pp. 302-303.

²⁴¹ R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l’ancien droit*, *op. cit.*, pp. 30-31.

en ces termes : « En raison, peut-on affirmer que la nature, la qualité physique d'une rivière la rend impropre à toute appropriation ? En fait, n'est-il pas facile de constater que, pendant plusieurs siècles, le Roi a exercé sur de pareils cours d'eau des droits qu'il est impossible de ne pas assimiler à la propriété ? Cette conception si tenace, que la nature a donné à certains biens un caractère tel qu'ils échappent à toute propriété, se rattache, croyons-nous, à la vieille idée romaine qu'il existe un droit naturel, que la nature a inscrit dans les choses, et dont les lois civiles ne sont que la traduction : cette idée a traversé le Moyen-Âge (...) »²⁴².

B. — L'étendue des prérogatives légales sur le domaine public

65. — Lorsqu'ils abordent la question de la législation domaniale, les Révolutionnaires sont face à un dilemme. D'un côté, ils héritent de toute cette tradition qui consiste à exclure, au maximum, les mécanismes du droit de propriété de la gestion des biens affectés à l'intérêt général, pour éviter les dilapidations royales du domaine de la Couronne. De l'autre, la Révolution a engendré une crise financière que la vente de certains de ces biens pourrait régler, au moins en partie. Comment, donc, financer la Révolution sans revenir sur l'héritage de la lutte contre la soumission de l'immensité du domaine de la Couronne aux mécanismes du droit de propriété ?

L'étude des premières législations révolutionnaires relatives au domaine public, particulièrement, le décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, montre que les Révolutionnaires ont « propriétéarisé » le domaine de la Couronne de deux manières. Dans un premier temps, en expulsant tout ce qui pouvait être rattaché à la souveraineté ou à la propriété privée et, dans un second temps, en prévoyant que ce qui restait, c'est-à-dire, essentiellement, les choses corporelles et les droits réels, peuvent faire l'objet d'une pleine propriété.

66. — L'expulsion de tout ce qui peut se rattacher à la souveraineté du domaine public est remarquée par la doctrine. Comme l'indique ainsi Léon Duguit, « les droits de souveraineté ou droits régaliens ne font point partie du domaine national ; ils appartiennent à la nation,

²⁴² *Ibid.*, pp. 49-50.

mais ne rentrent point dans son domaine ; la nation n'a point de domaine incorporel »²⁴³. En effet, l'article 1^{er} du décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 dispose que « Le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation, soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelle, soit qu'elle ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de réversion ou autrement »²⁴⁴. Ceci suppose l'exclusion du domaine public de plusieurs séries de biens dont certains constituaient, auparavant, le domaine de la Couronne.

À cet égard, le propos du rapporteur du décret lui-même est très éclairant, particulièrement lorsqu'il définit le domaine public. Aussi, mentionnant le domaine « proprement dit », il indique que c'est aux « terres et droits réels que votre comité a eu dessein de s'occuper jusqu'ici soit que ces terres et ces droits soient dans la main de la nation, soit qu'ils y soient seulement réversibles. Les autres branches de l'administration domaniale, dans sa consistance actuelle, lui ont semblé d'une nature différente ; la plupart sont de véritables impôts indirects qui doivent entrer dans le plan général des finances »²⁴⁵.

De la même manière, le fait, comme l'indique René Enjubault de la Roche, que la législation domaniale ne concerne les droits de la nation que « toutes les parties de son territoire qui n'appartiennent à personne, soit parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, ou bien parce qu'elles se trouvent actuellement sans maître »²⁴⁶ exclu, *a contrario*, le domaine direct, éminent, que la nation se reconnaît sur toutes les propriétés, y compris privées. L'exclusion de ces prérogatives constitue l'exclusion de la puissance publique, dont elle ne diffère « que comme la cause diffère de son effet »²⁴⁷, en dehors de la législation domaniale. En effet, même si le législateur révolutionnaire mobilise le domaine direct ou éminent pour qualifier les droits de la Nation sur les parcelles relevant de la

²⁴³ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, A. Fontemoing, 1903, rééd. préf. F. MODERNE, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, p. 391.

²⁴⁴ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 30.

²⁴⁵ R. ENJUBAULT DE LA ROCHE, « Rapport du comité des domaines sur la législation domaniale lors de la séance du 8 novembre 1790 », *op. cit.*, p. 316.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *IBID.*

législation domaniale, ce n'est pas tant pour exclure la propriété que pour la justifier. En effet, il ne s'agit plus, comme c'était le cas sous la monarchie, de limiter les pouvoirs du souverain sur les biens du domaine public, au contraire, il s'agit de les élargir²⁴⁸.

67. — Sur le domaine de l'État, dont la consistance est assez importante, puisqu'il s'agit de « toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation », le comité n'hésite pas à qualifier les droits de la Nation de propriété. À l'argument de Charles Loyseau, qui renvoie les prérogatives que le souverain exerce sur son domaine à la souveraineté plutôt qu'à la propriété, René Enjubault de la Roche répond que « l'objection dégénère évidemment en une dispute de mots »²⁴⁹. Le domaine éminent de l'État sur tout le territoire aboutit, par nécessité à une propriété directe sur tous les biens qui ne sont pas appropriés par une personne privée. « Cette propriété, peut-on lire, est la plus parfaite qu'on puisse concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre ; que la faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la nation »²⁵⁰.

C'est donc bien la propriété au sens classique que l'on présente. En effet, le vocable qui consiste à considérer une propriété comme « la plus parfaite qu'on puisse concevoir », lorsqu'elle n'est pas grevée de droits qui pourraient être exercés contre elle, est à rapprocher de la théorie du démembrement du droit de propriété, qui consiste à affirmer que le droit de propriété est la collection de tous les droits réels existants et que la création de droits sur l'objet de cette propriété l'entame. Or, en présentant l'expulsion de tous les droits

²⁴⁸ L'objectif est strictement financier : les produits du domaine étant très insuffisants, la règle de l'inaliénabilité pose problème. Pourquoi ne pas exploiter ces terres, plutôt que de les vendre ? L'argument présenté est si étonnant qu'il en est presque anachronique. En effet, le préambule du décret précise que « des possessions foncières, livrées à une administration générale, sont frappées d'une sorte de stérilité, tandis que, dans la mains de propriétaires actifs et vigilans, elles se fertilisent, multiplient les subsistances et animent la circulation, fournissent des alimens à l'industrie, et enrichissent l'État » (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 31).

²⁴⁹ R. ENJUBAULT DE LA ROCHE, « Rapport du comité des domaines sur la législation domaniale lors de la séance du 8 novembre 1790 », *op. cit.*, p. 316.

²⁵⁰ Décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, *relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages*, préambule, alinéa n° 2 (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 31).

incorporels de la législation domaniale, pour reprendre Léon Duguit, « la nation n'a point de domaine incorporel »²⁵¹, et l'on aboutit à ce que l'objet de cette propriété publique soit strictement corporel. L'on voit donc bien là, pour la propriété publique, que la Révolution, en tous cas, ses premières heures, n'a pas altéré techniquement les conceptions classiques de la propriété, telles qu'issue de l'altération médiévale du droit romain des biens, au moins pour ce qui est de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété ou la théorie du démembrement du droit de propriété. La propriété publique, telle qu'elle émerge de la législation révolutionnaire, est donc, du point de vue de sa structure, toujours de même nature que la propriété privée.

Conclusion du Chapitre n° 1

68. — La féodalité et, plus particulièrement « son affaiblissement graduel en tant que régime politique, qui la contraignit définitivement au XVI^{ème} siècle à se renfermer dans le domaine du droit privé »²⁵² a eu des conséquences importantes sur la manière dont se sont formées les notions fondamentales du droit administratif des biens.

Ainsi, et d'une part, contrairement à ce que les apparences donnent à voir, les liens qu'entretiennent le droit de souveraineté et le droit de propriété, l'*imperium* et le *dominium*, sont très complexes et intriqués. Ces deux notions s'avèrent plus ou moins proches en fonction des périodes. Mêlées dans le droit romain archaïque, le pouvoir que l'on exerce sur les choses s'émancipe du pouvoir que l'on exerce sur les personnes avec le raffinement intellectuel du droit romain classique, avant que ces deux pouvoirs ne se confondent à nouveau au Moyen Âge. C'est, cette fois-ci, la puissance publique qui sera progressivement expulsée du droit des biens, privés comme publics. Il est permis de douter, toutefois, que ces deux notions n'ont depuis lors plus rien à voir. En effet, non seulement, techniquement, ces deux notions proviennent de la même matrice, sont proches, mais plus encore, elles demeurent intimement liées dans la pratique : il y a toujours de la puissance publique dans le droit de propriété ; et une forme d'appropriation réelle dans la puissance publique.

²⁵¹ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 391.

²⁵² E. ANDT, « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *op. cit.*, p. 604.

D'autre part, dans l'évolution des rapports entre ces deux pouvoirs, ce sont souvent des considérations d'opportunité qui l'emportent. Les mécanismes qui conduisent à une démarcation forte entre la propriété et la souveraineté, qu'il s'agisse de l'affirmation du caractère naturel et sacré de la propriété privée, ou de l'expulsion des éléments de attributs de la souveraineté en dehors du droit public des biens, ont une visée politique, au point qu'il a été remarqué qu'elles participent clairement de la construction et de la régulation de l'État moderne²⁵³. L'utilisation, en droit public, des distinctions techniques du droit médiéval des biens, semble, à cet égard, n'être qu'un discours de légitimation de la limitation du pouvoir étatique sur les possessions individuelles.

Les auteurs qui formulent ces affirmations semblent convaincus que la césure révolutionnaire a changé les termes du débat et que les règles qui ont été mises en œuvre afin de limiter le domaine de la Couronne n'ont plus le même sens lorsqu'il s'agit de construire la notion administrative de domaine public. L'étude de la construction contemporaine du droit administratif des biens nous paraît mettre en évidence qu'un tel propos doit être nuancé. En effet, il semble qu'en se construisant à l'époque contemporaine, le droit administratif des biens, à l'instar du droit civil, n'a pas su s'émanciper de certains éléments qui, trouvant leur justification à l'époque des grands domanistes, sont sources de limitations pour la gestion administrative des propriétés publiques.

²⁵³ Y. GAUDEMET, « Du domaine de la Couronne au domaine public. Études d'histoire des doctrines », *in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, LGDJ, coll. « Études, mélanges, travaux », 2007, p. 525.

CHAPITRE N° 2. — DES ÉVOLUTIONS SÉPARÉES

69. — Le droit administratif des biens et le droit civil des biens descendent d'un même fonds commun de notions nées à l'époque médiévale à partir du droit romain et raffinées sous l'Ancien Régime. Cette idée pourrait entrer en contradiction avec l'historiographie traditionnelle, qui consiste à affirmer que le droit administratif des biens contemporain trouve sa cause proximale dans l'adoption, par les pères de la théorie de la propriété administrative – Maurice Hauriou et Louis Rigaud, essentiellement – des mécanismes de la propriété privée, élaborée par les Exégètes du Code civil, par un mécanisme d'adoption et d'adaptation. En somme, le droit de propriété que les personnes publiques exercent sur leurs biens serait de même nature que le droit de propriété du droit civil.

Le paradoxe n'est qu'apparent et ces deux idées cohabitent parfaitement. Le droit administratif des biens et le droit civil des biens trouvent leur origine dans le même fonds commun de notions du droit des biens, dans la même matrice, mais, parce que ces disciplines ont progressivement rompu avec ce fonds commun, il n'est plus possible d'y faire retour, d'où la circonstance que l'une a dû s'inspirer de l'autre. La raison en est connue : le droit civil s'est construit comme un droit commun et le droit administratif comme un droit exorbitant du droit commun.

Mais en dépit des efforts pour faire tenir cette analyse d'un droit administratif inspiré, l'adoption technique, par le droit administratif des biens, des notions de leur fonds commun enrichies par le droit civil des biens aboutit à ce que cette inspiration ne soit pas neutre. L'image d'un droit civil comme droit commun conduit à voir les notions qu'il contient comme des techniques naturelles et absolues. Or, il s'agit d'éléments relatifs, façonnés par les circonstances. À cet égard, quand les auteurs du droit administratif décident d'abandonner la théorie de la garde pour celle de la propriété, ils abandonnent une technique qui provenait de ce fond commun pour en adopter une autre. En d'autres mots, les auteurs de droit administratif n'ont pas formulé le choix entre, d'une part la propriété et d'autre part la garde, mais entre deux méthodes d'appropriation, avec leurs caractéristiques singulières.

Ainsi, la construction d'un droit civil des biens, analysé comme le droit commun et largement assis sur le fonds commun du droit des biens (**section n° 1**), et celle d'un droit

administratif des biens, analysé comme exorbitant de ce droit commun et prétendument épuré des notions fondamentales qui jadis étaient partagées (**section n° 2**), constitue l'étape critique de la rupture entre le droit administratif des biens et le fonds commun du droit des biens.

Section n° 1. — La construction d'un droit civil des biens assis sur le fonds commun du droit des biens

70. — L'affirmation selon laquelle la construction du droit administratif des biens contemporains, au tournant du Siècle, s'est opérée à partir du droit civil des biens invite à préciser ce que l'on entend par « droit civil des biens ». À l'époque où Maurice Hauriou porte la théorie de la propriété administrative sur les fonds baptismaux, le droit civil dont il s'inspire est celui du Code civil. Ce monument juridique constitue la source du droit civil des biens, incontestée jusqu'aux dernières années du XIX^{ème} siècle et sujette à maintes critiques depuis lors. Mais aujourd'hui encore, et en dépit du temps qui s'écoule, Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet remarquent que, « aussi incomplet soit-il devenu, le Code civil ne demeure pas moins le siège du droit commun des biens : l'article 544 reste d'une parfaite modernité, et, par le caractère universel qu'il confie au droit de propriété, détermine l'ensemble des appropriations particulières »²⁵⁴.

Les auteurs du Code civil ont-ils repris le fonds commun du droit des biens ? La question se pose dès lors qu'il constitue, au moins en apparence, une rupture avec le droit de l'Ancien Régime, et ce au point de faire tomber pour longtemps dans l'oubli le droit intermédiaire : les lois civiles votées par les Révolutionnaires. C'est ce que rappelle Jean-Louis Halpérin, lorsqu'il écrit : « la gloire du Code civil a occulté l'œuvre législative des années 1789-1799. La qualification de droit intermédiaire, appliquée aux textes juridiques qui venaient s'intercaler chronologiquement entre l'ancien droit et le Code civil, relève le dédain avec lequel ont été traitées les lois civiles de la Révolution »²⁵⁵. En effet, le Code civil ne commence à faire l'objet de critiques, qu'à partir des années 1880²⁵⁶, concomitamment avec le déclin des grands commentateurs de l'âge d'or de l'École de l'Exégèse²⁵⁷ et l'émergence d'une nouvelle école d'interprétation, menée par François Gény.

²⁵⁴ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit Fondamental », 2008, p. 42.

²⁵⁵ J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, préf. P. CHAUNU, PUF, coll. « Histoires », 1992, p. 9.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

²⁵⁷ J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, *op. cit.*

L'objet de cette section est donc d'essayer d'évaluer dans quelle mesure ce droit civil des biens, issu principalement du Code civil, constitue ou non, par-delà la césure révolutionnaire, une reprise du fonds commun du droit des biens. Il y a fort à parier que c'est bien le cas. En effet, comme le rappelle Mikhaïl Xifaras, si nous savons « que le droit naturel de propriété est déclaré dans les grands textes fondateurs de notre modernité juridique, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ou encore le Bill of Rights de la Constitution américaine, et qu'il est devenu une norme positive en trouvant consécration dans les législations modernes à l'instar du Code civil français », nous savons également, « qu'il est revenu aux juristes, théoriciens et praticiens de faire entrer cette norme dans la vie du droit tout au long du XIX^e siècle »²⁵⁸. À cet égard, l'indétermination de sa rédaction et en dépit d'une volonté de rupture d'avec les conceptions classiques de la part de ses auteurs (§1.) a permis à la doctrine de perpétuer les conceptions du droit civil des biens ayant cours sous l'Ancien-Régime (§2.).

§1. — La rupture voulue du droit civil des biens avec son fonds commun dans le droit intermédiaire

71. — La Révolution française promettait une réforme profonde et complète du système juridique ayant cours sous l'Ancien Régime. Tout particulièrement, le droit des biens, marqué du sceau de la féodalité, était appelé à être défait. En effet, s'interroge Frédéric Zenati-Castaing, « comment le bouleversement politique de la fin du XVIII^{ème} siècle, qui touche en premier lieu le mode d'appropriation de la terre, aurait-il pu laisser intact la conceptualisation des rapports entre les personnes et les choses ? »²⁵⁹. Ainsi, les jurisconsultes médiévaux, glossateurs et postglossateurs, ont eu à cœur d'adapter le droit romain aux nécessités de leur époque, c'est-à-dire de la féodalité.

En conséquence, les jurisconsultes révolutionnaires, puis les rédacteurs du Code civil, soucieux de détruire la féodalité, devaient s'en prendre à ces conceptions. Il est cependant difficile d'affirmer que cette remise en cause a bien eu lieu. La période révolutionnaire, trop

²⁵⁸ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Fondements de la politique », 2004, p. 10.

²⁵⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., 1981, p. 321.

occupée à détruire la féodalité en tout ce qu'elle avait de scandaleux, n'a pas eu l'occasion de véritablement proposer une théorie rationnelle de la propriété et des droits réels. À cet égard, les conséquences de sa législation en termes de théorie de la propriété – à savoir, l'accession des tenanciers à la propriété par la mutation du domaine utile féodal en véritable droit de propriété – résulte plus de la destruction du domaine direct, que d'une véritable volonté positive (A.). La rédaction du Code civil aurait pu être ce moment. Toutefois, ses auteurs n'étaient pas moins pris dans des considérations politiques – il s'agissait de sanctifier l'acquis de la Révolution pour s'assurer le soutien des classes populaires ayant accédé à la propriété, ainsi que les propriétaires de biens nationaux – et n'ont pas eu tout le loisir d'affirmer une destruction technique des conceptions antérieures du droit des biens, laissant derrière eux une législation épurée et donc indéterminée, ouverte à interprétation (B.).

A. — La destruction politique de la propriété féodale par la législation révolutionnaire

72. — « La Révolution française, écrit Mikhaïl Xifaras, déchirée quant à la nature politique du nouveau régime, acquiert rapidement la certitude que celui-ci sera en tout état de cause fondé sur la propriété »²⁶⁰. C'est la raison pour laquelle l'on retrouve ce droit énuméré avec autant de force dans les déclarations des droits successives. En effet, l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 24 août 1789, dispose que « 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 ». L'article 17 dispose que « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous condition d'une juste et préalable indemnité ». L'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 24 juin 1793 dispose que « Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles. » L'article 2 précise : « Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté et la propriété ». L'article 1^{er} de la Déclaration des Droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen du 22 août 1795 reprend également que « Les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté et la

²⁶⁰ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 11.

propriété ». L'article 5 précise que « La propriété est le droit de jouir et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie ».

Toutefois, la Révolution n'a pas tant constitué une proclamation de la propriété qu'un transfert d'une propriété, déjà existante, au profit de ceux qui exploitent directement la terre appropriée. Hyppolite Taine le résume ainsi : « quels que soient les grands noms, liberté, égalité, fraternité, dont la Révolution se décore, elle est par essence une translation de la propriété : en cela consiste son support intime, sa force permanente, son moteur premier et son sens historique »²⁶¹.

En effet, la féodalité est un régime politique basé presque tout entier sur la manière dont est appropriée la terre et ce qui se trouve dessus. Si l'Ancien régime a largement évolué depuis cette féodalité primitive, l'on sait toutefois que la répartition des droits sur la terre résultant de cette féodalité a survécu. C'est d'ailleurs cette féodalité, présentée comme mode de répartition des terres entre, d'une part, des nobles oisifs titulaire d'un droit sur la chose, un domaine direct et, d'autre part, des tenanciers laborieux n'ayant qu'un droit dans la chose, un domaine utile, qu'il s'agit, pour les révolutionnaires, de détruire. Ainsi, avant comme après la césure révolutionnaire, la question de « l'avoir » est fondamentale dans l'organisation de la société.

L'analyse du destin de la théorie du double domaine après la Révolution, nous a révélé comment s'était créée la propriété privée, par la destruction du domaine direct et l'élévation du domaine utile comme véritable *dominium*²⁶². La conséquence, résume ainsi Armand Piret, en est que « la propriété a été remembrée complètement sur la tête des tenanciers. Les assemblées ont fait du domaine utile, chargé malgré tout de charges réelles importantes, un domaine complet, sans partage. La translation fut accomplie, enregistrée officiellement, le domaine direct anéanti d'une façon éclatante, définitive et le domaine utile allégé de ses charges ».²⁶³ Il en résulte, et ça n'est pas anodin, que la Révolution a rendu une grande partie

²⁶¹ H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, Paris, Hachette, 1878, t. II, p. 386.

²⁶² Cf. infra, Partie n° 1, Titre n° 1, Chapitre n° 1, Section n° 2.

²⁶³ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, op. cit., p. 211.

des classes laborieuses françaises propriétaires. Tocqueville écrit ainsi qu'« en achevant d'abattre la féodalité, la Révolution s'est fait apercevoir : elle a touché pour ainsi dire, à tous les points sensibles de l'intérêt particulier »²⁶⁴

73. — Or, dans une période de grande incertitude, comme peut l'être la Révolution française, l'avenir du régime politique naissant est nécessairement lié au soutien qu'elle reçoit de ces classes populaires. Dès lors, le maintien des droits nouvellement acquis par ces dernières devient un enjeu vital pour le gouvernement révolutionnaire. Une grande partie de la doctrine de la fin du XIX^{ème} siècle, qui analyse la fabrication du Code civil et, notamment, de ses articles relatifs au droit de propriété, montre combien celui-ci, avant d'être une œuvre juridique, fondée sur des partis pris théoriques et techniques, est une œuvre politique, destinée à graver dans le marbre cet acquis révolutionnaire qu'est l'accession à la propriété privée de toutes ces personnes qui n'étaient, auparavant, que détenteurs de droits dans la terre. En effet, « la conquête de la propriété par les tenanciers, écrit Armand Piret, et l'appui vigoureux donné par ceux-ci aux nouveaux régimes, sans autre soucis constitutionnel que le maintien des droits acquis, sont liés comme la cause et l'effet »²⁶⁵. Garsonnet écrit la même chose : « Il est certain que, d'un seul coup, la Révolution a gagné à sa cause tous ceux à qui elle donnait la terre, si chère de tout temps au paysan français : petits propriétaires affranchis des charges féodales, fermiers parvenus à la propriété, acquéreurs de biens nationaux, tous sont devenus des serviteurs passionnés et les défenseurs intéressés des nouveaux principes. Il y a de cela près d'un siècle, et maintenant encore il n'y a pas de sentiment plus vivace ni plus irritable que la haine des droits féodaux et la crainte, même puérile, de les voir renaître »²⁶⁶.

Les réformes successives sont généralement justifiées par cette volonté d'assurer la réalité de ces droits.

²⁶⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy Frères, 1856, p. 350.

²⁶⁵ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, op. cit., p. 212.

²⁶⁶ E. GARSONNET, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, Larose, 1879, pp. 535-536.

D'une part, l'Assemblée constituante s'était, dans un premier temps, contentée d'abolir certains privilèges, ceux qui tiennent à la mainmorte personnelle ou réelle et à la servitude personnelle, et de rendre les droits féodaux constituant des droits dans la terre, simplement rachetables, avant finalement, de supprimer également ces droits sans possibilité de rachat, c'est-à-dire, sans indemnité²⁶⁷. Cette dernière réforme, qui constitue la véritable révolution, du point de vue de la propriété, est justifiée par le fait que les petits tenanciers n'avaient, en tout état de cause, pas les moyens financiers de racheter leurs terres. « L'Assemblée Législative et la Convention, écrit Sagnac, sentant bien que le rachat irait à l'encontre de leurs projets, supprimèrent tous les droits sans indemnité, et transférèrent au tenancier par le seul effet de la loi la propriété libre et absolue. Ce fut la révolution la plus radicale que l'on eût vue en France depuis mille ans »²⁶⁸.

D'autre part, le Code civil, lui-même, et ses dispositions relatives au droit de propriété, sont la conséquence d'une volonté pour l'Empereur de s'assurer le soutien populaire en sanctifiant l'acquis révolutionnaire dans le droit positif. « Nous avons noté, écrit Armand Piret, le parti que Bonaparte a su tirer de la perspective de sécurité qu'il offrait aux récents propriétaires, inquiets de l'avenir. Le Code civil des Français, terminé en 1804, l'année même où le Sénat proclamait Napoléon Bonaparte empereur héréditaire, et devenue Code Napoléon en 1807, était pour eux la plus précieuse des garanties : il apportait la doctrine tutélaire du nouvel état de la propriété foncière »²⁶⁹.

Au final, c'est donc ce qui a conduit le code civil à prononcer cette forme de propriété : une question politique. Il n'y a pas de choix, juste des contraintes. Armand Piret conclut ainsi que « les pouvoirs publics termineront la mutation de la propriété, lui donneront la sanction solennelle de la loi, et investiront le nouveau titulaire du droit absolu, du *dominium* romain, avec le Code civil »²⁷⁰

²⁶⁷ Cf. *infra*, Partie n° 1, Titre n° 1, Chapitre n° 1, Section n° 2

²⁶⁸ P. SAGNAC, P. CARON, *Les comités des droits féodaux et de législation et l'abolition du régime seigneurial. 1789-1793*, Paris, Imprimerie nationale, 1907, p. 187.

²⁶⁹ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, *op. cit.*, p. 213

²⁷⁰ *Ibid.*

B. — La construction juridique d'une propriété épurée par les rédacteurs du Code civil

74. — C'est dans l'étude de la formation de l'article 544 du Code civil que nous cherchons des éléments permettant de répondre à la question de savoir s'il est possible de trouver, dans le Code civil, soit une volonté de confirmer, ou de revenir sur les conceptions antérieures du droit des biens, soit une indétermination juridique. À l'intuition, l'on pourrait penser que les auteurs du Code civil, dans la droite ligne des révolutionnaires, aient entendu mettre un terme à ces conceptions, particulièrement à la théorie du démembrement du droit de propriété, qui ont permis les structures, politique et juridique, féodale contre lesquelles s'est élevée la Révolution.

À lire les premières œuvres ayant tenté d'étudier les fondements intellectuels du Code civil, c'est bien le cas : les auteurs du Code auraient eu à cœur de restaurer l'absolutisme de la propriété du droit romain, épurée de ses éléments féodaux. « La propriété individuelle et absolue du Code civil ne serait autre que la résurrection de la propriété romaine classique »²⁷¹. D'autres auteurs, s'inscrivent en faux contre cette analyse. « Que l'on ne se fie pas aux apparences, écrit André-Jean Arnaud : le langage est emprunté aux Romains, mais point l'esprit »²⁷². L'auteur, toutefois, ne se fonde pas tant sur une perpétuation des conceptions antérieures du droit des biens que sur celle de la pensée individualiste. Il rappelle en effet que « la pensée subjectiviste et individualiste était étrangère aux textes romains. Or, c'est à elle que nous sommes redevables de la conception-même de l'article, de l'affirmation d'un droit subjectif de propriété, de sa qualification "la plus absolue", de la restriction utilitariste qui lui est apportée »²⁷³. En dépit de cela, il est vrai que plusieurs indices laissent à penser que c'est bien la propriété romaine, dans une version qui ne serait pas encore altérée par la pensée féodale, qui a été imaginée par les auteurs du Code civil²⁷⁴.

²⁷¹ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, op. cit., p. 179. L'auteur se fonde sur les travaux d'Armand Piret (A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, op. cit.) et de Gioele Solari (Gioele SOLARI, « *Individualismo e diritto privato* », in *Mélanges de l'Institut juridique de l'Université de Turin*, vol. VI, Turin, 1959, pp. 51-63.

²⁷² *Ibid.*, p. 189.

²⁷³ *Ibid.*, p. 195.

²⁷⁴ D'ailleurs, le discours préliminaire de Portalis laisse à penser qu'il avait, en tous cas, conscience de cette altération médiévale des conceptions romaines du droit des biens. « Lors de l'étrange révolution qui fut opérée

75. — D'une part, on peut mentionner le fait que le droit de propriété soit mentionné, dans les travaux préparatoires au Code civil comme un attribut de la personnalité, ce qui exclurait qu'elle puisse être un bien. Une telle qualification contreviendrait à un axiome des conceptions classiques du droit des biens qui qualifie le droit de propriété de droit réel, certes le plus complet, mais tout de même comme appartenant à cette catégorie. Dans son discours de présentation du titre relatif à la propriété, Portalis disait bien que le principe du droit individuel de propriété « est en nous ; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive ; il est dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent »²⁷⁵. C'est d'ailleurs le caractère fondamental du droit de propriété, comme attribut de la personne, qui aboutit au laconisme du code quant au droit positif de propriété. Il est, en effet, à ce point fondamental qu'il rayonne, en réalité, dans tout le code. « Vous ne serez point surpris, indique Portalis, que ce projet se réduise à quelques définitions, à quelques règles générales : car le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété ; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver »²⁷⁶.

À cet égard, dire que le caractère absolu de la propriété a été rétabli est un euphémisme. La rédaction même de l'article 544 du Code civil témoigne d'ailleurs, par l'outrance de sa rédaction²⁷⁷, cette volonté. La volonté est politique. « Le style de cet article, écrit Armand Piret, ne s'explique que par l'intention d'effacer entièrement l'ancien régime foncier

par l'établissement du régime féodal, précise-t-il, toutes les idées sur le droit de propriété furent dénaturées, et toutes les véritables maximes furent obscurcies ; chaque prince, dans ses états, voulut s'arroger des droits utiles sur les terres des particuliers, et s'attribuer le domaine absolu de toutes les choses publiques » PORTALIS (Jean-Étienne-Marie), « Présentation au corps législatif, et exposé des motifs du titre deuxième du livre second du projet de Code civil », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. XI, p. 120.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 113.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 132.

²⁷⁷ La propriété y est « le droit de jouir et de disposer des biens de la manière la plus absolue » (souligné par nous), dans une formule qui paraît être un pléonasme – existe-t-il des manières moins absolues ? – et « s'explique par le climat général de ce temps de “déféodalisation à outrance” » (A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, *op. cit.*, p. 191). V., également, A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, *op. cit.*, p. 210 : « L'art. 544 donne de la propriété une définition outrée ; l'absolutisme, bizarrement porté au superlatif (...) ».

(...) »²⁷⁸. Et c'est cette volonté qui serait à l'origine de ce retour à la propriété romaine, qui partagerait avec la volonté du gouvernement de l'époque, son caractère absolu. « Bonaparte Premier Consul, soutient Armand Piret, président à l'élaboration du Code civil des Français, restaurait la propriété unitaire, absolutiste et individualiste des Romains »²⁷⁹. Pour lui, nul doute que « la théorie juridique qui donne au droit de propriété, malgré quelques restrictions, une forme simple, pleine et unique, a prévalu à l'époque classique du droit romain, comme nous allons le voir, et se retrouve dans notre Code civil »²⁸⁰.

76. — D'autre part, l'on peut mentionner l'objet et la structure du droit de propriété.

En effet, s'agissant de l'objet du droit de propriété, une reprise des conceptions classiques du droit des biens aboutirait ce que l'objet du droit de propriété se limite aux choses corporelles. Or, comme le montre Frédéric Zenati-Castaing, « nulle part dans le code civil l'objet de la propriété n'est défini avec précision. (...) Aucune restriction de principe n'est formulée à l'égard des biens incorporels (...) »²⁸¹.

Enfin, s'agissant de la théorie du démembrement du droit de propriété. Le retour, même mince, de cette théorie du démembrement serait curieux. Comme le rappelle Frédéric Zenati-Castaing, la doctrine médiévale l'avait développée pour adapter les conceptions romaines à l'état de la société de leur époque. Or, « étrangère au texte du code, la notion de démembrement ne l'est pas moins à son esprit »²⁸² ; dès lors que les rédacteurs du Code civil tentaient de développer une conception la plus unitaire et absolutiste de la propriété, la multiplication de ses démembrements était un non-sens. On ne voit pas mieux cette volonté que dans les difficultés que la doctrine a justifiées l'existence de certains démembrements antérieurs, mais pourtant bien utiles, face à l'unité absolue du droit de propriété. En effet, écrit Armand Piret, « la plénitude du pouvoir sur la chose que le Code attache à la propriété devient gênante pour l'esprit lorsque la propriété est démembrée ; les dispositions du Code

²⁷⁸ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, op. cit., p. 209.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 208.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 19.

²⁸¹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 333.

²⁸² *Ibid.*, p. 363.

sur les servitudes personnelles et réelles montrent qu'il en fait plutôt des charges et des entraves de la propriété ». L'auteur interprète même la pensée de Pothier, qui pourrait être vue comme un partisan du démembrement du droit de propriété, comme étant parvenu à faire coexister l'unité de ce droit et l'exercice de droits sur la chose d'autrui. À propos des démembrements et servitudes, il écrit que « le super-absolutisme de l'article 544 se trouve affaibli par cette propriété mineure, et perd le caractère d'essentiel. Pothier n'était pas tombé dans ce travers ; nous savons que son idée dominante à ce sujet était celle d'un droit de propriété constituant le véritable faisceau des droits réels ». Il reconnaît ainsi la théorie du démembrement de propriété dans la pensée de ce préfigurateur intellectuel du code civil. Mais il ajoute que « si le précédent propriétaire voit son droit amoindri, démembré, il conserve néanmoins nominalement le droit de propriété, tant qu'il en a dans sa main la portion principale. Autrement dit, le titre de propriété est indivisible, mais non son contenu. La plupart des auteurs postérieurs au Code civil ont préféré incorporer à nouveau les droits réels dans la propriété, en donnant une définition commune »²⁸³.

77. — Cette réinterprétation montre bien le malaise qu'il y avait à laisser subsister une conception peut-être trop simpliste – parce que ne devant souffrir aucune exception – et très politique d'une notion juridiquement plus complexe qu'elle n'en a l'air. La pureté des principes, qui satisfait certainement aux profanes du droit à qui elle s'adresse, ne pouvait résister très longtemps à ce que survienne un retour aux conceptions antérieures, moins populaire, certainement, mais ayant passé l'épreuve du temps.

§2. — La perpétuation subie du droit civil des biens avec son fonds commun dans le droit contemporain

78. — Face à l'indétermination du droit positif, c'est à la doctrine qu'il est revenu de préciser le contenu exact des dispositions du Code civil, et, en particulier, de celles relatives au droit des biens²⁸⁴. Cette pratique n'était pas étonnante pour l'époque, puisque c'était déjà

²⁸³ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, *op. cit.*, pp. 209-210.

²⁸⁴ « Par-delà l'élément légal, c'est l'intention du législateur que les civilistes doivent rechercher. Or, comme ni la nature intrinsèque du droit de propriété, ni les conséquences pratiques qui en découlent ne sont expressément indiquées par le Code civil, la doctrine s'emploie à la rechercher à travers l'esprit des textes »

de cette manière que se formaient les opinions juridiques sous l'Ancien Régime. En ce temps, le droit civil ne découlait pas directement de textes pris par le pouvoir royal. Comme le rappelle André-Jean Arnaud, l'on ne compte guère plus qu'une douzaine d'ordonnances ou édits, publiés avant 1789²⁸⁵ et qui ne portent pas sur des points fondamentaux. « Mais l'ensemble du Droit, écrit-il, était alors aux mains de la doctrine, un *Juristenrecht*, comme on dit outre-Rhin »²⁸⁶. Cette manière de faire a pris deux formes après la césure révolutionnaire : par l'œuvre de Pothier, « artisan posthume du Code civil »²⁸⁷ ; et, par celle de l'école de l'Exégèse.

En effet, d'une part, comme le rappelle Michel Villey, les origines du Code civil sont à chercher « au-delà de Portalis et du groupe de juristes qui l'entourait, dans la doctrine des XVII^e et XVIII^e siècles : car les rédacteurs apparents ne sont pas les auteurs véritables. Ils ont principalement recopié. Pothier, a-t-on coutume de droit, serait le père du Code civil : mais encore, au-delà de Pothier, une longue lignée d'auteurs, souvent méconnus de nos jours, responsables d'une œuvre capitale, dont Pothier recueille le fruit, Domat, et Fleury, et Bourjon, et tant d'autres encore »²⁸⁸. L'œuvre de Pothier sera « après la Révolution, une des principales ressources des législateurs, qui cherchaient une base pour unifier les droits si divers de nos provinces », écrit Armand Piret, qui rappelle que Bigot de Préameneu s'y réfère régulièrement lorsqu'il expose les principes relatifs au Titre des obligations et des contrats du Code civil²⁸⁹. Or, l'auteur établit « que la position de Pothier sur la question de la propriété, principalement dans les tenures, laisse apparaître en imbroglio des idées et des

(M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, Milan, Giuffrè, 1976-1977, t. 1, pp. 25-26).

²⁸⁵ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, op. cit., p. 5, spéc. note n° 21.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 5.

²⁸⁷ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1937, p. 13.

²⁸⁸ M. VILLEY, préface à A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, préf. M. VILLEY, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1969, vol. IX, p. II.

²⁸⁹ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, op. cit., p. 11. Michel Vidal souligne également : « Partant du principe que quand le législateur n'a pas expressément abordé un problème, c'est qu'il s'en est référé à la solution antérieurement consacrée en la matière, ils ont foi dans la solution historique qui se traduit particulièrement par la grande audience accordée aux opinions de Pothier auquel ils vouent un culte superstitieux » (M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », op. cit., p. 29).

expressions romaines et féodales, sans que nous puissions sentir un effort appliqué et soutenu pour opérer un choix ou une synthèse quelconque »²⁹⁰. Cette ambivalence ouvre la voie à des interprétations susceptibles de rétablir les conceptions classiques du droit des biens, ce que fera l'École de l'Exégèse.

Cette école, d'autre part, qui rappelle les glossateurs, dès lors qu'ils « se nourrissent de déductions de textes et de combinaisons entre les textes sans lien avec la réalité historique ou la réalité sociale, sans contact étroit avec les faits, oublient que, lié à des institutions sociales changeantes, le droit de propriété évolue constamment »²⁹¹, va interpréter le droit civil de sa rédaction jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle. Julien Bonnecase distingue de principales périodes, dans le travail de l'Exégèse. Les premiers exégètes – il s'agit de Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin ou encore Maleville –, qui officient de 1804 à 1830, sont les plus aptes à faire ressurgir les conceptions du droit des biens qui sont antérieure au code civil. « Hommes de l'Ancien Régime, précise Julien Bonnecase, sous lequel ils ont déjà poursuivi une grande partie de leur carrière, ils interprètent le Code civil à l'aide toutes les ressources que leur offrent leur formation juridique antérieure, le raisonnement, leurs tendances philosophiques »²⁹². Ils seront suivis par les « grands commentateurs » de l'âge d'or de l'Exégèse, avec des noms aussi célèbres que Duranton, Aubry, Rau, Demolombe, Demante ou Troplong, qui interpréteront le codes jusqu'en 1880, date à laquelle le code civil commence à faire l'objet de critiques.

Ce sont ces auteurs qui vont donner corps aux dispositions peu loquaces du code civil et ainsi faire revivre les théories de l'objet corporel du droit de propriété, de l'incorporation du droit de propriété dans son objet, ainsi que de celle du démembrement du droit de propriété.

79. — S'agissant, d'abord, de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété, le Code civil, dans sa rédaction, ne limite pas l'objet du droit de propriété aux choses corporelles.

²⁹⁰ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, *op. cit.*, p. 198.

²⁹¹ M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », *op. cit.*

²⁹² J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, *op. cit.*, p. 26.

C'est ce qui résulte d'abord de l'œuvre de Robert-Joseph Pothier, qui l'inspira. Armand Piret écrit : « aux droits incorporels, Pothier oppose le droit de propriété ; fidèle aux Romains il confond le droit de propriété avec la chose elle-même et cette vue elliptique lui permet de faire du droit de propriété une chose corporelle et de donner le caractère incorporel aux autres droits »²⁹³. Selon l'auteur, le Code civil suit cette conception, notamment dans son article 526, qui dispose que « Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent : L'usufruit des choses immobilières ; Les servitudes ou services fonciers ; Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble ». En effet, se bornant « à observer que l'objet de la propriété, est la chose, sans plus de précision »²⁹⁴, il désigne la propriété comme « Le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres (...) », comme « le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux Loix (...) »²⁹⁵.

Toutefois, la doctrine ultérieure, qui s'intéresse ensuite aux choses et aux biens se concentrera essentiellement sur ces dernières. Michel Vidal indique, en effet que « les civilistes de l'Exégèse, qui affirment que la notion de propriété englobe les choses corporelles et les biens incorporels, examinent uniquement dans leurs commentaires la propriété des objets corporels parce que c'est la seule que le Code envisage »²⁹⁶. En effet, d'une part, les Exégètes ne rejettent en rien la propriété des choses incorporelles, ce qui peut aller très loin, comme pour Jean-Baptiste-Victor Proudhon, pour qui « il n'y a pas jusqu'au nom propre des personnes qui ne soient une propriété pour chacun des membres de la famille à laquelle il appartient »²⁹⁷. Cependant et d'autre part, cette doctrine se refuse à l'analyse dans son étude du Code civil. L'argument, présenté par Michel Vidal, est formel. Les auteurs se refusent à aborder les biens incorporels et renvoient leur étude, concernant la propriété littéraire et artistique, la propriété industrielle ou encore les offices, à celle des législations

²⁹³ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, *op. cit.*, p. 167. Bien sûr, pour Armand Piret, les « Romains », c'est la tradition romaniste.

²⁹⁴ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 334.

²⁹⁵ R. J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, V. Lagier, 1839, p. 6.

²⁹⁶ « M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », *op. cit.*, p. 24.

²⁹⁷ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, n° 1, Œuvres, Paris, Bugnet, 3^e édition, t. 1, p. 14.

spéciales, hors du Code civil, qui les concernent et se concentre sur les choses corporelles, car « c'est uniquement suivant cette dernière acception que le droit de propriété est considéré dans le titre II du second livre du Code Napoléon »²⁹⁸. En effet, le Code civil, dans son œuvre émancipatrice des tenanciers, concentre l'essentiel de ses dispositions relatives au droit de propriété sur les biens immobiliers, négligeant les biens mobiliers et ignorant carrément les biens incorporels²⁹⁹.

La conséquence, comme le montre Frédéric Zenati-Castaing, en est que deux conceptions de la notion de bien, incompatibles, coexistent dans le Code civil. D'une part, la notion générale de bien, qui n'est pas rattachée à un régime juridique particulier et qui comprend, tout à la fois, la notion de chose corporelle et de chose incorporelle. D'autre part, une notion particulière de bien, qui est celle de l'article 544 du Code civil et qui ne vaut que pour les choses corporelles³⁰⁰. Il en résulte, souligne l'auteur, que, dans le régime du Code civil, cantonner la notion de bien aux choses corporelles revient à expulser les droits réels, qui, de façon générale, pourraient être considérés comme des biens, en dehors de cette catégorie et à la faire rallier la catégorie, non pas des choses objet de propriété, mais des droits sur les choses objet d'un droit de propriété. « Si les droits ne sont plus des choses, résume-t-il, ils s'opposent à elles dans la mesure où les uns portent sur les autres : la division des biens corporels et incorporels du Titre I du Livre II est donc présentée comme une division entre les choses stricto sensu et les droits qu'on exerce sur elles »³⁰¹.

80. — S'agissant, ensuite, de la théorie de l'incorporation du droit de propriété dans son objet, elle est la conséquence nécessaire d'une théorie de l'objet corporel du droit de propriété telle qu'énoncée précédemment.

²⁹⁸ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 1845, t. 9, p. 482, cité par M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », *op. cit.*, p. 25, note n° 76. Ce qui fait dire à Frédéric Zenati-Castaing, que « les choses étant nécessairement corporelles, le droit de l'article 544 devient un droit à objet exclusivement corporel » (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 339).

²⁹⁹ M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », *op. cit.*, p. 24.

³⁰⁰ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 339.

³⁰¹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, pp. 339-340.

En effet, d'une part, en excluant les droits, notamment réels, de l'objet du droit de propriété de l'article 544, on interdit de penser que le droit de propriété particulier puisse porter sur de tels droits ; ils sont, d'une certaine manière, de même nature, en tous cas, de même niveau.

Or, et d'autre part, en laissant coexister cette définition restrictive de la propriété avec une définition plus générale de la propriété, qui pourrait porter sur des choses corporelles comme incorporelles, l'on se trouve face à une alternative. Soit, l'on laisse à penser que le droit de propriété de l'article 544 soit une chose incorporelle, et qu'il puisse être l'objet du droit de propriété, plus général, ce qui conduit à une situation, intellectuellement peu satisfaisante, où un droit de propriété est l'objet d'un droit de propriété. Soit, l'on trouve une autre manière d'aborder le droit de propriété de l'article 544. La théorie de de l'incorporation du droit de propriété dans son objet, qui consiste à considérer que le droit de propriété de l'article 544 est en réalité une chose corporelle est cette solution.

C'est ainsi que l'analysait déjà Robert-Joseph Pothier. En effet, comme l'indique Armand Piret, Pothier « pose avec soin la distinction romaine des choses corporelles et des choses incorporelles, qui confond le droit de propriété sur un bien avec ce bien lui-même, par opposition aux autres droits réels »³⁰². C'est donc chez cet auteur d'Ancien Régime que naît la distinction moderne entre le droit de propriété, confondue avec la chose corporelle qui en est l'objet, et les autres droits réels, qui peuvent porter sur ce dernier³⁰³. Elle sera reprise par les Exégètes, au seul motif que la loi silencieuse, comme c'est le cas en l'espèce, appelle, selon eux, à reprendre les solutions qui valaient auparavant³⁰⁴. Charles Demolombe écrira ainsi que « le droit de propriété (...) est considéré par la loi comme un bien corporel »³⁰⁵. Et l'on peut lire également, chez Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, que « le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de l'objet qui y est soumis, se confond en quelque sorte avec cet objet qui en est comme le représentant »³⁰⁶.

³⁰² A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, *op. cit.*, p. 194.

³⁰³ M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », *op. cit.*, p. 28.

³⁰⁴ M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », *op. cit.*, p. 29.

³⁰⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, Paris, A. Durand, 1852, t. 9, p. 460.

³⁰⁶ C. AUBRY, C. F. RAU, *Cours de droit civil français*, 1^{ère} édition, t. 1, p. 333, note n° 6.

81. — S'agissant, enfin, de la théorie du démembrement du droit de propriété, elle est une seconde conséquence de ce qui précède. En effet, puisque le droit de propriété de l'article 544 est au même rang que les autres droits réels, alors il convient de les agencer. Or, en cette matière comme en d'autres, les commentateurs du Code civil s'en sont remis, faute de mieux, aux opinions du passé. Pothier reprend expressément la théorie du démembrement du droit de propriété. « Il y a plusieurs espèces de *jus in re*, écrit-il, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droit réels, qui émanent de celle-ci, et qui en sont comme des démembrements, sont les droits de domaine de supériorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle ; le droit de rente foncière, les droits de servitude, tant ceux des servitudes personnelles, que ceux des servitudes prédiales, le droit d'hypothèque »³⁰⁷. Il écrit également « La principale espèce de droit qu'on a dans une chose, est le droit de domaine ou de propriété. Ce droit, lorsqu'il est parfait, renferme éminemment tous les autres, qui n'en sont que des émanations »³⁰⁸

Il n'est donc pas étonnant que tous les auteurs du XIX^{ème} siècle, ou presque³⁰⁹ reprennent cette théorie également. En effet, en dépit de son caractère absolutiste, « la plupart des auteurs continuent donc de considérer le droit de propriété comme renfermant les droits réels principaux et se décomposant essentiellement en *usus*, *fructus* et *abusus*. Le démembrement laisse un propriétaire dépouillé, mais propriétaire tout de même »³¹⁰.

82. — Il ne fait donc aucun doute que les conceptions antérieures du droit des biens, en dépit de la césure révolutionnaire, sont à nouveau réalisées en droit civil. Or, c'est ce droit civil qui forme le terreau du droit administratif des biens actuel.

³⁰⁷ R. J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, op. cit., t. 2, p. 101.

³⁰⁸ R. J. POTHIER, *Coutumes des duché, baillage et prévôté d'Orléans*, Paris, Debure, 1772, p. 47.

³⁰⁹ Très rares, rappelle Armand Piret, sont ceux qui, à cette époque estiment que cette conception n'est pas la propriété du code civil. Il mentionne surtout le Marquis de Vareilles-Sommières (« La définition et la notion juridique de la propriété », op. cit.) et Pierre Masson (*Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, op. cit., pp. 197 et suiv.).

³¹⁰ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, op. cit., p. 19. Frédéric Zenati-Castaing confirme cette opinion, écrivant que « il est tout à fait probable en effet que c'est le postulat erroné d'une propriété entrant comme autrefois dans la catégorie des droits réels qui a conduit indûment les interprètes à retrouver à tout prix dans le code une propriété divisée » (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 365).

Section n° 2. — La construction d'un droit administratif des biens inconscient du fonds commun du droit des biens

83. — En dépit de la césure révolutionnaire, la doctrine de droit civil a reproduit les constructions juridiques du droit des biens qui avaient cours sous l'Ancien Régime, tout en prenant soin de les épurer des éléments féodaux qui ne convenaient plus au nouvel état de la société. Les notions fondamentales du droit des biens, issues du fond commun que nous avons identifié dans le premier chapitre de cette étude, ont donc perduré dans un droit civil des biens dont nous savons déjà l'important rôle qu'il a joué dans la construction du droit administratif des biens³¹¹.

Il n'est pas évident de mettre en lumière un mécanisme qui s'est principalement opéré de manière inconsciente : une transmission qui résulte au moins autant de contraintes intellectuelles que de choix assumés, ne repose pas toujours sur des preuves écrites. C'est donc dans le non-dit et le particulier que nous chercherons les indices de cette transmission. En effet, Maurice Hauriou, père de la théorie du droit de propriété administrative et qui tentera d'émanciper sa matière des pesanteurs du droit civil, ne parviendra à rejeter, ni la théorie de l'objet corporel du droit de propriété (§1.), ni la théorie du démembrement du droit de propriété (§2.), du droit administratif des biens naissant.

Ce qu'il convient de noter ici, c'est avant tout que la construction du droit administratif des biens se fait en regardant le droit civil contemporain, et pas tant le passé. C'est donc une image déformée du fonds commun du droit des biens qui revient au droit administratif des biens.

§1. — L'adoption de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété par le droit administratif des biens contemporain

84. — La question de nature corporelle ou non des biens appartenant au domaine public émerge, chez Maurice Hauriou, dès la première édition du *Précis*. « Des choses incorporelles, indique-t-il, peuvent, aussi bien que des choses corporelles, être considérées comme

³¹¹ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit.

dépendances du domaine public, à condition de pouvoir être conçues comme objets de propriété »³¹². Le Doyen de Toulouse prend deux exemples.

85. — Le premier exemple est assez discutable, mais, somme toute, assez classique : il s'agit des « idées littéraires, scientifiques et industrielles, une fois que la propriété temporaire de l'inventeur a pris fin »³¹³. À cela, deux remarques.

La première est que l'identification du domaine public au sens de la propriété littéraire et artistique à celui du droit administratif des biens est critiquable. Certes, ces objets deviennent inaliénables et imprescriptibles. Mais l'on n'imagine guère que l'État dispose d'un droit de propriété sur eux, non plus qu'il puisse les désaffecter, les déclasser, puis les aliéner lorsqu'elles se trouvent ainsi tombées dans le domaine public.

Cela étant dit, la reconnaissance des œuvres de l'esprit comme pouvant être objets de propriété n'est pas extravagante et, c'est là notre seconde remarque, elle ne permet pas de démontrer que Maurice Hauriou rejette la théorie de l'objet corporel du droit de propriété, tout au contraire elle confirme l'intuition. En effet, cette théorie s'est fondamentalement construite à partir de l'opposition entre les choses corporelles et les choses incorporelles, cette dernière catégorie étant composée des droits réels et des obligations. Elle se traduit donc principalement par un rejet de l'exercice du droit de propriété sur les droits patrimoniaux. Aujourd'hui, la reconnaissance des biens incorporels est à géométrie variable, selon que l'on parle des œuvres de l'esprit ou des droits patrimoniaux³¹⁴. En somme, ne reconnaître que les œuvres de l'esprit comme objet incorporels de droit de propriété est un indice de la pénétration de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété en droit administratif.

86. — Le second exemple est plus intrigant et appelle les développements qui suivent. « Certaines fonctions publiques ou certains offices, affirme Maurice Hauriou, qui sont envisagés comme objets de propriété, sont des dépendances du domaine public de l'État

³¹² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose, 1892, p. 498.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ Cf. supra, Partie n° 1, Titre n° 2, Chapitre n° 1.

inaliénables et imprescriptibles, l'État concédant à titre plus ou moins précaire l'exercice de ces fonctions ou de ces offices à des fonctionnaires »³¹⁵. Il cite, dans la foulée, les offices ministériels, le grade des officiers et la chaire des enseignants. Cette « conception domaniale de la fonction publique »³¹⁶ constitue une tentative audacieuse de mobiliser un concept issu du droit privé – le droit réel – pour expliquer une situation de droit administratif, au point de s'émanciper des conceptions classiques du droit des biens (A.), mais qui n'emportera pas la conviction des auteurs qui suivront (B.).

A. — *La formulation de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique*

87. — Maurice Hauriou a déjà mené quelques réflexions à l'occasion d'une célèbre note sur la jurisprudence *Cadot*³¹⁷. Mais c'est surtout dans les différentes éditions du *Précis* qu'évoluera l'exposé de cette conception de la fonction publique (1.) dont les fondements figurent plutôt dans les *Principes du droit public*³¹⁸ (2.).

1. — L'exposé de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique

88. — Cette théorie s'insère dans la classification des droits patrimoniaux que nous avons présentée dans la section précédente. Si Maurice Hauriou entend démontrer le statut réel du fonctionnaire public, c'est certes parce qu'il semble convaincu des vertus explicatives de la notion de droit réel, mais c'est surtout parce qu'il rejette fondamentalement l'idée que le fonctionnaire public puisse se trouver dans une situation personnelle vis-à-vis de l'État-employeur³¹⁹ et qu'il n'existe pas, selon lui, d'alternative à cette dichotomie. La concession domaniale de fonction publique est donc avant tout un rejet d'une analyse de la fonction publique en termes de contrat.

³¹⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, op. cit., p. 498.

³¹⁶ L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, préf. J. RIVERO, avant-propos A. HAURIOU, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966, t. 71, p. 166.

³¹⁷ M. HAURIOU, note sous Cons. d'État, 13 décembre 1889, *Cadot c. Ville de Marseille*, req. n° 66 145, S. 1892, III., p. 17.

³¹⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. préf. O. BEAUD, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010.

³¹⁹ L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, op. cit., p. 169.

Maurice Hauriou analyse la situation du fonctionnaire par analogie avec celle du citoyen dans ses rapports avec l'État. Aussi, rejette-t-il le contrat dans la fonction publique comme il rejette le contrat social. « De même, écrit-il, que le citoyen ordinaire est, vis-à-vis de l'État, dans une situation déterminée par un statut réel et non par des rapports d'obligations ; de même le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration publique dont il fait partie, dans des rapports de statut réel, puisque, dans sa situation, il n'y a rien de contractuel »³²⁰. Ainsi, les fonctionnaires sont dans un statut qui est en grande partie le même que celui d'un citoyen normal (ils disposent des mêmes libertés (association, expression, etc.) et droits civils et politiques. En revanche, par son statut, certains de ces droits et libertés sont limités, comme c'est le cas, à l'époque de Maurice Hauriou, pour le droit de grève.

89. — Relativement à sa fonction, la notion de droit réel est encore plus prégnante, aussi bien dans le vocabulaire employé, que dans la technique juridique.

90. — D'une part, l'on remarque à quel point Maurice Hauriou mobilise le vocabulaire du droit des biens pour exprimer la relation qu'entretient le fonctionnaire avec sa fonction. Il affirme que le fonctionnaire « occupe sa fonction par ce mode réel d'acquérir les choses qui s'appelle l'occupation, laquelle entraîne à son tour une sorte de possession de la fonction et même dans des cas privilégiés, une sorte de propriété temporaire et révocable de certains éléments de sa fonction »³²¹, reprenant les exemples du grade de l'officier, de la chaire du professeur, du siège du magistrat et de l'office de l'officier ministériel. Dans une note d'arrêt, au cours de laquelle il indique que « la théorie des fonctions publiques est à faire », Maurice Hauriou formule cette idée que le statut du fonctionnaire comporte, entre autres éléments, le titre, qui « confère ou peut conférer des garanties quant à la possession paisible de la fonction »³²². Le parallèle avec l'obligation du bailleur qui doit à son locataire la jouissance paisible de la chose³²³, est trop saisissant pour qu'il s'agisse d'un pur hasard. Notons, au surplus, qu'il n'est pas le seul à tomber dans ce qui ressemblait jusqu'alors à un abus de

³²⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11^e édition, *op. cit.*, p. 597.

³²¹ *Ibid.*, p. 599.

³²² M. HAURIOU, note sous Cons. d'État, 19 novembre 1897, *Morin*, S. 1898, III., p. 113.

³²³ « Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : (...) 3^o D'en faire paisiblement jouir le preneur pendant la durée du bail ; » (Article 1719 du code civil).

langage. Le juge administratif, lui-même, utilise le registre de la propriété lorsqu'il évoque le statut des fonctionnaires. C'est ainsi que dans la décision *Prince Napoléon*, le Conseil d'État décide que « la situation faite au prince Napoléon-Joseph Bonaparte par le décret du 9 mars 1854, ne constituait pas le grade dont la propriété définitive et irrévocable ne pouvait être enlevée que dans des cas spécialement déterminés »³²⁴.

91. — D'autre part, sur le plan de la technique juridique, l'analyse détaillée des caractères que présente la relation du fonctionnaire à sa fonction emprunte très largement au régime des droits réels. Maurice Hauriou détaille trois de ces aspects.

D'abord, il indique que les droits du fonctionnaire sur sa fonction « ne portent jamais sur la totalité de la fonction, la puissance publique garde toujours une provision, c'est-à-dire se réserve certains droits de police qui lui permettent de rester maîtresse de la fonction »³²⁵. Cette provision serait variable, mais la base resterait le pouvoir de créer, modifier ou supprimer la fonction et de nommer à la fonction. Si l'on se place du point de vue du droit des biens, cette réserve n'est que faussement paradoxale. Elle peut apparaître troublante si l'on envisage l'utilisation du terme « propriété spéciale » comme désignant un droit de propriété au sens du droit civil. En effet, la réserve d'intérêt générale que Maurice Hauriou reconnaît à l'Administration, soit heurterait alors le caractère supposément absolu du droit de propriété³²⁶, soit expliquerait que ce droit de propriété soit « spécial ».

En revanche, cette analyse serait bien mieux expliquée si l'on parlait du principe que le fonctionnaire disposait d'un droit réel sur la chose d'autrui. Ses droits se caractérisent en effet par leur caractère temporaire, et limitée, notamment en ce qui concerne le droit de les créer, les supprimer ou en altérer le contenu. Maurice Hauriou parle d'ailleurs plus souvent de concession sur le domaine public, plutôt que de propriété, la concession domaniale étant un droit réel démembré. Mais cette confusion, qui pourrait expliquer le peu de fortune qu'a connu la théorie de la conception domaniale des fonctions publiques – l'utilisation du droit de propriété pour qualifier une fonction publique est proprement impensable – est

³²⁴ Cons. d'État, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, req. n° 46 707.

³²⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, , *op. cit.*, p. 601, note n° 1.

³²⁶ L'article 544 du code civil dispose que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

caractéristique de la place ambiguë du droit de propriété dans la théorie des droits réels en droit administratif.

Ensuite, Maurice Hauriou indique que « les avantages de la fonction sur lesquels porte le droit de propriété du fonctionnaire sont matérialisés en un objet sensible, la chaire du professeur, le siège du magistrat, le grade de l'officier, etc. ; chacun de ces objets représente un groupe d'avantages »³²⁷. En d'autres mots, il existe divers degrés d'appropriation de la fonction par le fonctionnaire, et l'un des indices d'une appropriation forte, c'est cette matérialisation dans une chose corporelle des droits du fonctionnaire sur sa fonction. À côté du titre et de l'emploi, il peut donc exister le siège, le grade ou la chaire. Cette dernière notion est développée par Maurice Hauriou dans une note relative à la situation d'un professeur de l'enseignement secondaire. « La « chaire », écrit-il, est une notion complexe qui participe à la fois du titre et de l'emploi. Une chaire est avant tout un certain emploi. C'est un certain enseignement spécial qui est érigé en chaire. La chaire est donc une création juridique qui permet à un professeur d'obtenir la possession très forte d'un emploi déterminé, qui lui fournit des garanties contre le déplacement et contre les mutations d'enseignement »³²⁸.

En somme, donc, un droit réel, une certaine forme de stabilité dans sa jouissance de la fonction. Nous notons ici, que, bien que cet élément participe évidemment du caractère innovant de la théorie des fonctions publiques de Maurice Hauriou, la théorie de l'objet corporel du droit de propriété apparaît, de manière assez surprenante, dans cette idée que les éléments qui témoignent le plus de l'appropriation de la fonction par le fonctionnaire sont matérialisés dans une chose sensible. « L'emploi a été fictivement matérialisé dans une chose (la *cathedra*), écrit Maurice Hauriou, et le professeur a la possession de cette chose »³²⁹. Même pour le plus imaginatif des juristes, le poids des traditions demeure.

³²⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, *op. cit.*, p. 601, note n° 1.

³²⁸ M. HAURIOU, note sous Cons. d'État, 19 novembre 1897, *Morin*, *op. cit.*, p. 113.

³²⁹ *Ibid.*

Enfin, Maurice Hauriou indique que « le droit du fonctionnaire est essentiellement viager et exclu du commerce », à l'exception du droit de présentation d'un successeur, pour les offices ministériels³³⁰.

2. — Les justifications de la théorie domaniale de la fonction publique

92. — Maurice Hauriou explique sa théorie en affirmant que les fonctions publiques, dès lors qu'elles sont organisées et soumises à un statut durable, deviennent des choses. La distinction de la personne et de la fonction aboutit à une objectivisation de cette fonction qui devient donc une chose³³¹, il en veut pour preuve le fait qu'administrativement, l'on crée un poste ou une fonction avant d'en désigner un titulaire. Le rapport de l'Administration à la fonction publique est donc un rapport d'artisan, qui crée un objet.

Maurice Hauriou justifie cette objectivisation de la fonction publique par la tendance qu'ont les individus à vouloir conserver les pouvoirs dont ils disposent. Une fonction publique n'a pas seulement un intérêt social, c'est-à-dire un intérêt pour le gouvernant qui l'institue ou pour l'administré qui en bénéficie, elle bénéficie au fonctionnaire, par le pouvoir qu'elle lui donne. Aussi, la fonction « tendra à se patrimonialiser pour devenir, dans la mesure du possible, la chose du fonctionnaire, afin de combiner avec les intérêts de celui-ci la fonction sociale et la compétence. Les offices ministériels de notaires et d'avoués sont un exemple extrême des combinaisons qui peuvent être réalisées dans cette voie »³³².

Il continue en disant qu'« il se constitue des choses, c'est-à-dire des éléments objectifs qui, par rapport à l'individu investi de la compétence, sont des biens pouvant être mis à son service, et, sur ces choses, l'individu investi de la compétence acquiert un droit subjectif inhérent à sa personne ». Ce qu'il y a d'objectif dans la fonction devient une chose et le fonctionnaire développe à son égard, par l'occupation, un droit subjectif.³³³ Maurice Hauriou fait même un parallèle avec l'occupant privatif du domaine public. Et il analyse même la reconnaissance du droit de propriété des personnes publiques sur les biens du

³³⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, op. cit., p. 601, note n° 1.

³³¹ Comp. E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen-âge*, in *Ceuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2000, pp. 880 et suiv.

³³² M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit., p. 37.

³³³ *Ibid.*, p. 92.

domaine public comme une appropriation par les services affectataires de biens normalement affectés à l'usage de tous.

Cette théorie, pour explicative qu'elle soit, ne trouvera guère de public, aussi bien auprès des contradicteurs de Maurice Hauriou que parmi ceux qui continueront ses travaux sur ce point. Les raisons en sont, principalement, d'opportunité.

B. — L'échec de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique

1. — Les critiques contre la théorie de la conception domaniale de la fonction publique.

93. — Les critiques qui frappent cette théorie proviennent principalement de Léon Duguit, qui juge la théorie de Maurice Hauriou « absolument insoutenable »³³⁴. Le Doyen de Bordeaux adresse deux critiques.

Un premier argument, qui ne suscite pas de remarque de notre point de vue, concerne la cohérence interne de l'œuvre de Maurice Hauriou. Léon Duguit reprend la théorie de la personnalité morale à laquelle le Doyen de Toulouse souscrit pour signaler que cette théorie – qui postule que l'État est une personne organisée – est incompatible avec le mécanisme de la concession. « On ne peut donc pas dire, écrit-il, que l'État fait une concession à ses fonctionnaires, parce qu'il ferait une concession à ses organes, c'est-à-dire à lui-même, ce qui est impossible »³³⁵.

Un second argument, plus déterminant pour ce qui nous concerne, attaque le principe même de la concession d'emploi, affirmant qu'elle signifie un retour au régime féodal, où souveraineté et propriété se confondait, où la puissance publique pouvait être considérée comme un droit patrimonial qui, à ce titre, comme nous l'avons déjà mentionné dans le précédent chapitre, faisait partie du domaine de la Couronne. Dans ce cadre seulement est-il possible d'envisager que la nomination à une fonction publique soit de la nature qu'une

³³⁴ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, op. cit., p. 390. Les arguments qu'il développe sont repris par G. JÈZE *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Berger-Levrault, 1904, pp. 43 et suiv.

³³⁵ *Ibid.*, p. 392.

concession sur une dépendance du domaine public, « d'où la patrimonialité des offices, d'où aussi les concessions apanagères »³³⁶.

Léon Duguit, pour combattre cette conception, rappelle l'œuvre de la Révolution, qui, par la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, a exclu, en dehors du domaine public, les droits de puissance publique, parmi lesquels il indique expressément la concession des fonctions publiques. « Les droits de souveraineté ou droits régaliens, écrit-il, ne font point partie du domaine national ; ils appartiennent à la nation, mais ne rentrent point dans son domaine ; la nation n'a point de domaine incorporel »³³⁷. Cet argument est important dans la compréhension, en droit administratif, de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété et il n'est pas anodin qu'il soit invoqué ici par Léon Duguit. Cette théorie était particulièrement utilisée contre les droits patrimoniaux. Le fait que ces droits soient de puissance publique en droit administratif rend particulièrement sensible cette question.

94. — En conséquence de ce second argument, et contrairement à Maurice Hauriou qui voit dans la situation des fonctionnaires une situation subjective, issue d'un statut réel, Léon Duguit affirme que « la situation, qui leur est faite, dérive directement de la loi », laquelle « ne peut concéder de droits subjectifs, pas plus qu'elle ne peut imposer d'obligations subjectives »³³⁸. Il s'activera à démontrer que l'on ne peut penser la fonction publique en termes de chose séparable du fonctionnaire, sauf à contredire le droit positif sur au moins trois points. D'abord, en effet, le fonctionnaire ne peut pas revendiquer sa compétence devant un tribunal, lorsqu'une autre personne y porte atteinte, qu'il s'agisse d'une autorité supérieure, inférieure ou située au même rang qu'elle. Ensuite, la compétence n'est pas une faculté que le fonctionnaire peut exercer ou ne pas exercer selon son bon vouloir, comme en témoignent, par exemple, l'incompétence négative ou encore le déni de justice. Le seul moyen qu'il aurait de renoncer à l'exercice de sa compétence serait la démission. Enfin, affirmant que « l'existence d'un droit subjectif implique la possibilité générale et de principe

³³⁶ *Ibid.*, p. 390.

³³⁷ *Ibid.*, p. 391.

³³⁸ *Ibid.*, p. 491.

pour le titulaire de déléguer l'exercice de ce droit »³³⁹, Léon Duguit relève qu'un fonctionnaire ne peut déléguer sa fonction.

Maurice Hauriou ne parviendra guère à renverser cet argumentaire, si bien qu'il sera abandonné par ses propres successeurs.

2. — L'abandon de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique

95. — Maurice Hauriou est conscient des critiques qui sont adressés à sa théorie et les met en évidence, à au moins deux moments. D'une part, dans sa note sous l'arrêt *Cadot*, où au titre des dangers qu'elle représente, il évoque l'idée que « la théorie de la possession peut facilement conduire à l'idée de la propriété de la fonction, soit par la pratique de la vénalité des offices, soit par la conception féodale du bénéfice ; et rendre ainsi en fait le fonctionnaire irrévocable et la fonction héréditaire »³⁴⁰. Il ajoute immédiatement qu'il revient à l'État de s'assurer que ça ne soit pas le cas. Cette idée est reprise dans le Précis, où il s'interroge : « Doit-on considérer cette construction juridique comme une survivance de la pratique moyenâgeuse de la vénalité des offices, destinée à régresser et à disparaître ? Doit-on au contraire y voir une conséquence de la tendance naturelle du droit à considérer les pouvoirs et les valeurs comme des choses sur lesquelles viennent porter des droits subjectifs de propriété ? Y aurait-il là un mouvement comparable à celui qui, dans le droit public, a transformé la souveraineté en une propriété des pouvoirs régaliens et qui, dans le droit privé, a transformé le titre des valeurs mobilières au porteur en objet de propriété »³⁴¹ ?

Il répond à Duguit et profite de cette occasion pour préciser le régime de sa théorie. « Il y a chose et chose, écrit-il, et, dans le régime d'État, il y a des choses qui sont de l'ordre de la souveraineté et non pas de l'ordre de la patrimonialité. Ce n'est, d'ailleurs, pas une raison pour que ces choses ne soient pas l'objet d'une sorte de propriété, car il y a des formes de propriété qui sont elles-mêmes de l'ordre de la souveraineté ou de l'ordre du pouvoir et qui

³³⁹ *Ibid.*, p. 509.

³⁴⁰ M. HAURIOU, note sous Cons. d'État, 13 décembre 1889, *Cadot c. Ville de Marseille*, req. n° 66 145, S. 1892, III., p. 17.

³⁴¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, op. cit., p. 600.

ne sont pas de l'ordre de la patrimonialité »³⁴². Contrairement au régime féodal, donc, le régime d'État distingue les propriétés politiques et les propriétés économiques.

Cet argument est d'ailleurs l'occasion d'amener sur un terrain technique les critiques formulés contre la théorie de la propriété administrative à propos de la stricte séparation entre le droit de souveraineté et le droit de propriété, comme nous l'examinerons plus tard dans ce chapitre.

Il précise ensuite le régime de l'occupation des choses qui sont de l'ordre de la souveraineté en faisant un parallèle avec le droit international dont il prétend importer la logique en droit interne, affirmant que « quand un État belligérant occupe un territoire ennemi, il s'empare des fonctions publiques, par une possession qui n'est point de l'ordre de la patrimonialité et qui est de l'ordre de la souveraineté »³⁴³.

Cet argument mérite que l'on s'y attarde et qu'on le met en regard avec certaines problématiques très actuelles. Ainsi, dans une décision récente, le Conseil d'État a décidé, à l'occasion d'un recours en revendication d'archives nationales, que les documents émanant de la France libre, de la France combattante et, par la suite, du Comité français de la libération nationale et du Gouvernement provisoire de la République française constituaient des archives nationales, dès lors qu'ils constituaient, aux termes de l'article L. 211-4 du code du patrimoine des documents qui « procèdent de l'activité de l'État ». La haute juridiction administrative ajoute alors, que, « est sans incidence à cet égard la circonstance que les faits et agissements de l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français » et de l'administration française qui en dépendait engagent la responsabilité de la puissance publique, le débiteur de cette responsabilité ne pouvant être que l'État »³⁴⁴, mettant en échec l'interprétation dominante qui émanait, à ce sujet, de la jurisprudence *Papon*³⁴⁵. D'une certaine manière donc, l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français », se serait approprié, aurait réquisitionné, l'ensemble des fonctions publiques, qui seraient des biens de souveraineté. Il y a même moyen de considérer que l'État lui-même soit une chose

³⁴² *Ibid.*, p. 601, note n° 1.

³⁴³ *Ibid.*, p. 602, suite de la note n° 1.

³⁴⁴ Cons. d'État, Ass., 13 avril 2018, *Association du Musée des Lettres et Manuscrits et autres*, req. n° 410 939.

³⁴⁵ Cons. d'État, Ass., 12 avril 2002, *Papon*, req. n° 238 689.

susceptible d'appropriation par les gouvernants. Maurice Hauriou permettait d'ailleurs déjà cette forme d'appropriation de la chose publique, lorsqu'il écrit que « les emplois publics ne sont pas des choses patrimoniales mais des éléments de la chose publique, c'est-à-dire de l'État lui-même »³⁴⁶.

Enfin, en dernier argument, Maurice Hauriou précise également la nature de la situation qui confère cette propriété, en distinguant le titre – ou le grade –, qui est le droit sur la chose et l'emploi, qui est l'exercice de ce droit³⁴⁷.

En dépit de ces tentatives de réponse aux critiques, Maurice Hauriou finira par se retrouver seul, dès lors que son principal successeur, sur ces questions, Louis Rigaud, décidera d'abandonner l'idée.

96. — Louis Rigaud répond à l'objection que le droit réel ne serait que du droit patrimonial. Pour lui, au contraire, « la catégorie du droit réel est une forme première de la pensée juridique qui s'est dégagée, comme la notion de chose qui lui sert de base, longtemps avant que se soient constituées la théorie de l'obligation et celle du patrimoine »³⁴⁸. Il n'y a donc pas de problème à utiliser ces formes premières pour le droit administratif, sans pour autant se sentir lié par l'usage qu'en auraient fait les auteurs du droit civil. Pour autant il n'ira pas jusqu'à défendre la théorie des fonctions publiques qu'il abandonne.

Louis Rigaud affirme que, si en France c'est bien Maurice Hauriou qui a initié le mouvement d'une transposition du droit réel au droit administratif, ce mouvement existe aussi ailleurs. Il cite Otto Mayer³⁴⁹, en Allemagne et Dante Majorana³⁵⁰, en Italie. Mais il se contente d'évoquer ces auteurs, parce que leur théorie se distingue de la France, « par son allure beaucoup plus théorique et par une conception qui tend à opposer absolument les droits réels du Droit public et administratif aux droits réels du Droit privé », quand Maurice

³⁴⁶ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 601, note n° 1.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 602, suite de la note n° 1.

³⁴⁸ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, Paris, Sirey, 1914, p. 2.

³⁴⁹ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, préf. H. BERTHÉLÉMY, Paris, V. Girard et E. Brière, coll. « Bibliothèque internationale de droit public », 1905, spécialement le tome n° 3.

³⁵⁰ D. MAJORANA, *La teoria dei diritti pubblici reali*.

Hauriou tente, quant à lui, de les rapprocher³⁵¹. Il note l'idée de Dante Majorana de qualifier la situation des fonctionnaires et certains impôts en charges réelles *in faciendo* à l'aide du droit réel, pour dire qu'elle ouvre « des perspectives peut-être trop vastes »³⁵². « L'idée de droit réel sur chose incorporelle est, en effet, très apte à caractériser la situation du fonctionnaire par rapport à son emploi, à la condition d'observer qu'il ne s'agit pas ici d'une chose patrimoniale ; le statut du fonctionnaire ressemble bien à un droit réel, ainsi que l'a indiqué M. Hauriou. Nous préférons cependant laisser de côté toutes les situations qui ne sont pas relatives au domaine public ; nous ne nous occuperons dans notre thèse ni de la situation juridique du fonctionnaire, ni des impôts »³⁵³. Il justifie ce postulat justement par « la répugnance qu'éprouve toute une partie de la doctrine française en ce qui concerne l'application de la catégorie du droit réel au domaine public »³⁵⁴, pour s'en tenir à cette lourde tâche.

Il ne reste donc plus, de la théorie des droits réels administratifs de Maurice Hauriou que la partie sur le domaine public. L'intention de Louis Rigaud était louable, mais en réalité, en amputant la théorie des fonctions publiques, c'est-à-dire, plus largement, en renonçant à combattre certaines critiques morales et politiques, ainsi que des critiques techniques, l'auteur voue la théorie des droits réels administratifs toute entière à l'échec, pour cause d'incohérence.

§2. — L'importation de la théorie du démembrement du droit de propriété

97. — En dépit de l'échec d'une théorie des droits réels administratifs pensée au-delà des seules choses corporelles – notamment en y incluant les fonctions publiques et certains impôts réels –, Maurice Hauriou semble persister dans sa volonté d'extraire le droit administratif des biens de la gangue des conceptions classiques qui lui convient mal et par laquelle il ne se sent pas encore complètement lié.

³⁵¹ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, op. cit., p. 14.

³⁵² *Ibid.*, p. 14.

³⁵³ *Ibid.*, pp. 14-15.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 15.

Ce qui nous permet d'affirmer que le système qu'il continue d'élaborer se construit en opposition presque assumée aux conceptions classiques du droit civil des biens, c'est le fait qu'il rejette explicitement la définition du droit de propriété par ses attributs, dont nous avons déjà indiqué qu'il s'agit d'un élément important de la théorie du démembrement du droit de propriété. Toutefois, la théorie de la propriété administrative n'aura le succès que l'on sait, qu'au prix de nombreuses concessions et de l'assimilation des définitions classiques du droit de propriété et du droit réel.

L'idée de bâtir une théorie de la propriété administrative (A.) et des droits réels administratifs (B.) à partir d'une critique de la définition du droit de propriété par ses attributs ne devient nécessaire que dès lors que les contempteurs de l'idée d'un droit de propriété des personnes publiques sur les biens du domaine public est combattue à partir de ces éléments techniques.

A. — La théorie du démembrement du droit de propriété et la propriété administrative

98. — Partis d'une critique d'ordre morale et politique, les théoriciens du droit de garde et de surintendance vont progressivement porter leurs coups contre la propriété des biens du domaine public sur le terrain technique à partir de la propriété telle qu'elle résulte du code civil. Nous savons que la propriété du code civil est surtout définie par ses commentateurs qui ont repris à leur compte le fonds commun des conceptions classiques du droit des biens. C'est donc contre ces conceptions que les auteurs du droit administratif vont devoir s'élever pour formuler une théorie de la propriété administrative.

99. — La critique de la propriété des personnes publiques suit naturellement le cadre dans lequel s'inscrit l'évolution de la manière domaniale. Or, ce cadre a particulièrement évolué, comme le rappelle Yves Gaudemet³⁵⁵, lorsqu'il démontre que la théorie du domaine de la Couronne est une construction d'ordre politique et constitutionnelle, qui contribue à la construction de l'État moderne, cependant que la théorie du domaine public relève plutôt de la technique juridique, et participe de la gestion des propriétés publiques. Comme

³⁵⁵ Y. GAUDEMET, « Du domaine de la Couronne au domaine public. Études d'histoire des doctrines », *op. cit.*, pp. 525 et suiv.

l'indique Anne Pimont-Rousselet, qu'il cite, « si, aujourd'hui, l'inaliénabilité inhérente aux biens composant le domaine public vise à en garantir l'affectation à l'usage public ou au fonctionnement des services publics, elle avait dans l'ancienne France pour seul but d'empêcher la dilapidation des biens affectés aux revenus du souverain »³⁵⁶.

Les critiques qui étaient, en leur temps, des critiques d'ordre moral et politique³⁵⁷, sont progressivement devenues des critiques fondées sur la technique et le droit. L'avènement du Code Napoléon n'est certainement pas étranger à cela et c'est parce que le code civil évoque, à l'occasion d'une poignée d'articles, le domaine public, que les auteurs de droit civil se sont sentis autorisés à disserter sur ces questions. Bien sûr, le code n'en dit pas grand-chose.³⁵⁸ Toutefois, ainsi que le souligne malicieusement Louis Bernard, « la doctrine allait se charger de compléter le Code et de faire dire aux textes ce qui n'y figurait pas »³⁵⁹.

100. — À partir de 1804 et de l'adoption du code civil, la doctrine va pouvoir donner une assise textuelle et technique à cette critique. C'est la doctrine de droit civil, qui initiera ce mouvement.

La réserve de Charles Demolombe peut s'expliquer dans la mesure où, contrairement à un nombre important d'auteurs civilistes qui saisissent l'occasion des quelques articles consacrés aux biens publics pour s'insinuer dans la matière administrative, il prend acte de la volonté du législateur de laisser au droit administratif le soin d'établir le régime de ces biens³⁶⁰. Il affirme tout-de-même, à propos de ces biens que « les expressions domaine public ainsi entendues, sont, en quelque sorte, exclusives d'un véritable droit de propriété, même de la part de l'État »³⁶¹. En effet, selon lui, « l'affectation spéciale et permanente de ces sortes

³⁵⁶ A. ROUSSELET, *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne, étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, op. cit., p. 4.

³⁵⁷ Nul n'est besoin ici de revenir sur ces arguments d'ordre moral et politique. Les auteurs d'Ancien Régime et de la Révolution se fondaient assez largement sur ces arguments Cf. infra, Partie n° 1, Titre n° 1, Chapitre n° 1, Section n° 2.

³⁵⁸ Charles Demolombe se sert même de cet argument, que le législateur a souhaité renvoyer les questions de domanialité publique aux lois administratives pour ne pas trop s'étendre sur la question (C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, op. cit., t. IX, pp. 329 et suiv.).

³⁵⁹ L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, Paris, Sirey, 1910, p. 47.

³⁶⁰ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, op. cit., t. IX, pp. 329 et suiv.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 337.

de choses à un usage public, les met véritablement hors du commerce, et par conséquent hors des règles du droit privé, qui gouvernent les biens susceptibles de propriété. L'État n'en a que la garde et la surintendance, comme représentant des intérêts généraux du corps social ; il n'en a pas la propriété, il ne peut donc pas les aliéner »³⁶². Il serait ici probablement abusif d'affirmer que Charles Demolombe disqualifie le droit de propriété par l'affectation à l'usage public et, ainsi, soutenir qu'il fonde le droit de garde sur l'absence d'*usus* de la part de l'État. En revanche, il semble raisonnable d'affirmer que le caractère permanent de cette affection et l'impossibilité d'aliéner le bien qui en est la conséquence est mis en avant par l'auteur.

Toullier commence à émettre des arguments techniques contre la propriété publique. Toutefois, ces arguments sont encore embryonnaires et très limités. Il indique simplement que la propriété des biens du domaine public n'est à personne, et l'usage est à tous. Il écrit, à propos des fleuves et rivières, en confondant les biens du domaine public avec les choses communes, que ces biens « par leur nature ne sont pas plus susceptibles d'être possédés par des particuliers que la mer et les eaux qui la couvrent dont la propriété n'est à personne, mais dont l'usage seulement est commun à tous, sauf les lois de police qui règlent la manière d'en jouir »³⁶³ et aucun autre des biens qui classiquement sont mentionnées comme faisant partie du domaine public (routes, par exemple) n'est mentionné par l'auteur.

Jean-Baptiste-Victor Proudhon ne cite pas expressément les attributs du droit de propriété pour disqualifier la propriété du domaine public. Mais c'est bien à au moins deux d'entre eux qu'il fait référence, lorsqu'il souhaite distinguer le domaine public de ce qu'il appelle le « domaine » de propriété. D'une part, c'est à l'*usus* qu'il s'intéresse, lorsqu'il indique que les biens du domaine public sont ceux qui sont soit affectés à l'usage de tous, soit « que c'est à la puissance publique de protéger la jouissance que la société entière a le droit d'exercer sur eux »³⁶⁴. Ici, l'on voit bien que l'auteur rejette l'idée que l'affectation à un service public puisse s'analyser comme la jouissance par la personne publique des biens

³⁶² *Ibid.*, p. 337.

³⁶³ C. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, Rennes, M. Vatar, 1811, t. 3, p. 31.

³⁶⁴ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public, op. cit.*, t. 1, p. 266.

considérés. D'autre part, c'est l'*abusus* qu'il rejette, comme il l'écrit par ensuite, « le domaine public, matériellement considéré, s'entend donc des choses qui appartiennent à l'être moral et collectif que nous appelons le public, comme le domaine privé s'entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers »³⁶⁵

101. — Cette pensée est directement récupérée par les auteurs de droit administratif qui refusent le droit de propriété des personnes publiques sur les dépendances du domaine public. Théophile Ducrocq écrit : « nous avons déjà annoncé cette vérité fondamentale que l'État ne possède pas le domaine public à titre de propriétaire »³⁶⁶. Et il fonde son analyse sur la définition technique du droit de propriété, tel qu'elle est développée par la doctrine classique de droit civil, c'est-à-dire par une lecture de l'article 544 du code civil en termes d'attributs. « Le droit de propriété est toujours, indique-t-il, comme dans les lois romaines, la réunion de l'*usus*, du *fructus*, et de l'*abusus* »³⁶⁷. Henri Berthélémy ne dit rien de différent. Il résume sa pensée ainsi, lorsqu'il écrit que « sur les dépendances du domaine public, personne n'a le *jus abutendi* ; le *jus fruendi* ne se conçoit qu'à titre exceptionnel ; le *jus utendi*, enfin, appartient à tout le monde, et même aux étrangers »³⁶⁸.

102. — Ce rejet du droit de propriété des personnes publiques fondé sur les conceptions classiques du droit des biens, plus particulièrement, sur la théorie du démembrement du droit de propriété, va être nuancé, puis contredit par lespropriétaires.

103. — Nuancé, d'abord, parce qu'il serait inexact de dire que les partisans de la théorie de la propriété administrative ont complètement rejeté la théorie du démembrement du droit de propriété. En effet, l'on trouve chez Maurice Hauriou une tentative d'accommoder la propriété administrative avec cette théorie. En soutenant que la domanialité publique, selon lui, « diminue » les attributs de la propriété, l'on peut voir une volonté de sauver l'analogie. « Des trois attributs qui constituent le droit de propriété ordinaire, écrit-il, *usus*, *fructus*, *abusus*, il n'en est pas un seul qui reste intact : a) l'*usus* est modifié, en ce sens que le service

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 266.

³⁶⁶ T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, op. cit., t. 4, p. 89.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 89.

³⁶⁸ BERTHÉLÉMY (Henry), *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e édition, Paris, A. Rousseau, 1933, p. 470.

affectataire doit respecter l'usage auquel la chose est consacrée par sa destination publique, et cependant cela ne l'empêche pas de consentir à des occupations nombreuses du domaine qui restent compatibles avec sa destination ; b) le fructus est restreint, en ce sens que la chose ne peut plus produire de fruits qu'en tant que cela n'est pas nuisible à sa destination ; mais il subsiste en partie, puisque, par exemple, les occupations temporaires donnent lieu à la perception de redevances ; c) l'élément le plus atteint est l'abusus : d'une part, l'inaliénabilité s'oppose aux actes de disposition ; d'autre part, si la désaffectation est possible et fait disparaître l'obstacle de l'inaliénabilité, la désaffectation elle-même est gouvernée par le principe que toute cette propriété est fiduciaire, que l'Administration en a le dépôt dans l'intérêt du public et non pas dans le sien propre et que, dès lors, il y a obligation morale pour elle de ne désaffecter que dans l'intérêt supérieur du public ou du service public »³⁶⁹.

Contredit, ensuite, car l'on trouve chez Louis Rigaud, une tentative intéressante de rejeter complètement la théorie du démembrement du droit de propriété. Dans sa thèse de doctorat, il écrit que « ni l'usus, ni le fructus, ni l'abusus n'étaient des éléments essentiels et caractéristiques de la propriété, pour la bonne raison que la propriété peut se trouver dépourvue de l'une quelconque de ces prérogatives et même de plusieurs, tout en restant entière dans sa structure logique bien qu'incomplète dans ses attributs »³⁷⁰. L'argument est celui, déjà énoncé à l'époque du Marquis de Vareilles Sommières³⁷¹, qui réfute l'idée selon laquelle les droits réels constitués sur une chose constituent des morceaux démembrés du droit de propriété qui est donc partiellement transmis du propriétaire au titulaire du droit. Selon lui, le propriétaire « abdique simplement ceux de ces droits qui faisaient obstacle à la naissance du nouveau droit ; il permet ainsi à ce dernier de naître ; il lui cède une place sur la chose et rien du plus »³⁷². La différence fondamentale, pour cet auteur, entre un droit de propriété et un droit réel sur la chose d'autrui, c'est définition négative ou positive de ce droit. Le droit de propriété est négativement, résiduellement, défini, comme la liberté, pour son titulaire, de faire tout ce qui n'est pas interdit. Il s'agit principalement, du point de vue du juriste de droit civil, des droits que le propriétaire a constitué sur sa chose et qui viennent

³⁶⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e édition, Paris, Sirey, 1921, p. 694

³⁷⁰ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, pp. 264-265.

³⁷¹ VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *op. cit.*, p. 30.

³⁷² *Ibid.*, p 30.

limiter sa liberté. Mais le juriste de droit administratif pourrait y rajouter toutes les limites liées à au droit public, héritage du domaine direct et qui pèsent sur le propriétaire à l'image de servitudes. Au contraire, le droit réel sur la chose d'autrui est positivement défini, comme la possibilité pour son titulaire de faire ce qui lui a expressément été autorisé, généralement par le propriétaire qui a constitué ce droit.

L'argumentaire du Marquis de Vareilles-Sommières est précurseur dans le rejet des conceptions classique du droit des biens, qui seront plus tard développées, en droit civil, par Samuel Ginossar et Frédéric Zenati-Castaing³⁷³. Son utilisation par les auteurs du droit administratif, afin de s'extraire d'une analogie entre la propriété privée et la propriété publique mérite donc d'être relevée.

B. — La théorie du démembrement du droit de propriété et les droits réels administratifs

104. — La notion de droits réels administratifs naît sous la plume de Maurice Hauriou, avant d'être développée, principalement par Louis Rigaud et Achille Mestre³⁷⁴, afin de décrire la situation des occupants du domaine public. Ils constituent « des corollaires obligés de la propriété administrative »³⁷⁵, dont ils sont la conséquence. Immédiatement, la transposition en droit administratif d'une technique bien connue du droit civil a fait l'objet d'un rejet, non seulement de la part des auteurs antipropriétaires³⁷⁶, mais également par une certaine partie de la doctrine propriétaire.

105. — Le principal argument avancé concerne la circonstance que les droits réels administratifs, dès lors que l'administration peut les abroger de plein droit et à tout moment et que les titulaires de ces droits ne disposent pas d'un droit à leur renouvellement, sont précaires. Cette précarité, qui vaut pour tous, à quelques exceptions près – notamment, les concessions funéraires –, dénaturerait la notion de droit réel, dès lors que « l'essence [de ce

³⁷³ V. supra, Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2, Section n° 1.

³⁷⁴ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., pp. 312-313.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 322.

³⁷⁶ Ce qui n'a pas lieu d'étonner, ces derniers étant par principe opposés à l'idée même de prérogatives propriétaires sur le domaine public, ils ne pouvaient qu'être opposé à la constitution de droits sur ce dernier (H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e édition, op. cit., pp. 490 et suiv.).

droit] résidant dans un rapport direct et immédiat du particulier à la chose, son principal intérêt tiendrait à son opposabilité absolue, qui d'une part implique permanence et stabilité, d'autre part permet d'exercer un droit de suite et un droit de préférence »³⁷⁷. L'idée est ici de dire que, puisque le titulaire d'un de ces droits n'a pas la possibilité de l'opposer à qui que ce soit, il ne s'agit pas d'un droit patrimonial, encore moins réel.

Cet argument est fallacieux, comme le révèle déjà Philippe Yolka. En effet, d'une part, ce qui fait un droit réel, ce n'est pas la stabilité de ce droit, qui, d'ailleurs n'existe pas toujours³⁷⁸, mais comme l'a révélé Marcel Planiol, l'obligation passive universelle³⁷⁹. Cette obligation permet de mettre en exergue que le droit réel se distingue du droit personnel en tant qu'il suscite, non pas une obligation de faire ou de donner de la part d'un débiteur nommé désigné, mais une obligation de ne pas faire de la part d'un débiteur désignée de manière négative, à savoir, tous les tiers. Or les droits réels administratifs sont bien opposables *erga omnes* et sont, dans une certaine mesure, opposables à l'administration et transmissible³⁸⁰.

106. — Le second argument est plus intéressant de notre point de vue. Il consiste à affirmer que la règle de l'inaliénabilité faisait obstacle à la constitution de droits réels sur le domaine public. En effet, écrit Philippe Yolka, « Un droit réel s'analysant comme un démembrement de la propriété (c'est-à-dire, selon la vision majoritaire, comme une aliénation), la constitution de droits réels sur le domaine public se heurterait à l'inaliénabilité »³⁸¹. Mais Hauriou a déjà une réponse à cet argument. S'il reconnaît que les droits réels du droit privé sont des démembrements de la propriété, il dénie cette qualification aux droits réels du droit administratif. Il écrit, de ces derniers, qu'on « ne saurait dire s'ils sont des démembrements de la propriété, parce qu'en principe, ils ne sont pas dans le commerce, du moins d'une façon

³⁷⁷ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 328. V., plus précisément, note n° 5, pour une liste des auteurs qui accusent les contempteurs de la notion de droit réel administratif de dénaturer la notion de droit réel civil.

³⁷⁸ « Les parties peuvent par exemple toujours convenir qu'un droit réel est concédé à titre précaire ; il est d'autre part certaines situations, notamment celles découlant des articles 625 et suivants du Code civil sur le droit d'habitation, où les droits réels civils connaissent des limitations comparables à celles qui affectent les droits réels administratifs » (*Ibid.*, p. 336).

³⁷⁹ Cf. supra, Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2, Section n° 1.

³⁸⁰ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., pp. 329 et suiv.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 337.

séparée, mais qui produisent des utilités certaines, d'ailleurs variables, et qui, étant révocables ou résolubles en argent, soit compatibles avec la domanialité publique »³⁸², particulièrement, la règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public.

Cet argument sera développé sous la forme d'un dédoublement du commerce juridique en deux ordres. Maurice Hauriou imagine, à côté du commerce juridique de la vie civile, « tout un commerce juridique de la vie administrative, tout un ensemble de droits réels spécialement administratifs, toute une série d'opérations spécialement administratives pour la constitution de ces droits réels »³⁸³, répondant par là même aux arguments relatifs à la précarité des droits réels civils, puisque « le commerce juridique de la vie administrative se distingue de celui de la vie privée en ce qu'il ne prétend pas comme lui au perpétuel et au définitif, il se complait au contraire dans le provisoire, dans le temporaire, dans le viager »³⁸⁴. C'est justement cette précarité, qui rend les droits réels administratifs compatibles avec la règle de l'inaliénabilité, puisque « c'est par cette fissure de la précarité que se glisse la possibilité de faire sur le domaine public des opérations de la vie administrative, malgré le principe de l'inaliénabilité, car la précarité empêche que l'aliénation ne soit jamais complète, au sens civil du mot, et la règle de l'inaliénabilité ne prohibe que les aliénations complètes au sens civil »³⁸⁵.

107. — Hélas, cette conception ne sera pas retenue par la suite, notamment par André de Laubadère³⁸⁶. André de Laubadère reprend la critique classique du problème de la précarité. « Précisément, écrit-il, cette précarité ou inopposabilité à l'administration propriétaire constitue l'objection la plus grave et, à notre avis, décisive que l'on a pu faire à la théorie, car en dépouillant le prétendu droit réel de son efficacité et de sa protection la plus importante, elle aboutit non seulement à une transposition mais à une dénaturation de la notion de droit

³⁸² M. HAURIOU, note sous Cons. d'État, 25 mai 1906, *Ministre du commerce c. Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans*, S. 1908, III., p. 65.

³⁸³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e édition, *op. cit.*, p. 622.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 622.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 622, note n° 1.

³⁸⁶ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 163. V., également, « Les concessions dans les cimetières », *RDP* 1936, p. 611.

réel »³⁸⁷. Cette critique est étonnante, dès lors, d'une part, qu'il admet la propriété administrative, qui elle-même voit son efficacité entachée par l'affectation et, d'autre part, que la théorie des droits réels administratifs est, normalement, une conséquence de la théorie de la propriété administrative – si l'on admet une propriété d'un genre spécial, pourquoi ne pas admettre qu'elle puisse faire l'objet de démembrements d'un genre tout aussi spécial³⁸⁸ ? Comme le note Philippe Yolka, « c'est précisément parce que de Laubadère n'a pas suivi Hauriou sur ce terrain qu'il a pu accepter l'idée d'une propriété du domaine public tout en rejetant celle de droit réel administratif ; l'inaliénabilité s'intercalait entre ces deux notions pour interdire tout démembrement de la première »³⁸⁹.

108. — La théorie des droits réels administratifs montre bien comment la théorie du démembrement du droit de propriété a pénétré le droit administratif. Qu'il s'agisse de la vision classique de Maurice Hauriou ou de celle d'André de Laubadère, elle repose sur cette prémisse.

En effet, le principe même d'une théorie des droits réels administratifs et d'un dualisme dans les espaces de commerce juridique, avec un commerce juridique de la vie administrative indépendant du commerce juridique de la vie civile, suppose une adhésion à la théorie du démembrement du droit de propriété. Maurice Hauriou l'écrit explicitement : « il n'y a que les droits réels perpétuels ou non rachetables qui soient des démembrements de la propriété et, par conséquent, des aliénations totales ou partielles »³⁹⁰, *a contrario*, les droits réels administratifs ne sont pas des entraves à la règle de l'inaliénabilité du domaine public. Mais, non pas parce qu'ils ne constituent pas des démembrements du droit de propriété, tant que parce qu'ils sont précaires et donc ne constituent pas des démembrements définitifs. Ainsi, « l'analyse propriétaire classique, écrit Philippe Yolka, ne remet nullement en cause l'idée selon laquelle les droits réels constituent des aliénations, qui doivent être rejetées parce qu'elles contreviennent au principe d'inaliénabilité »³⁹¹.

³⁸⁷ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, t. II, p. 163.

³⁸⁸ L. SPEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 442-443.

³⁸⁹ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, *op. cit.*, p. 337.

³⁹⁰ M. HAURIOU, « Sur les concessions perpétuelles dans les cimetières », note sous Cons. d'État, 7 février 1913, *Mure*, S. 1913, III., p. 81.

³⁹¹ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, *op. cit.*, p. 395.

Conclusion du Chapitre n° 2

109. — Au tournant du Siècle, le fonds commun du droit des biens donne naissance à deux disciplines distinctes : le droit administratif des biens et le droit civil des biens. Il aurait pu être logique que ces deux disciplines puisent directement dans ce fonds commun, pour se construire. Or, la situation s'est avérée plus tortueuse, puisqu'à deux moments bien identifiés, les droits administratif et civil des biens ont tenté de rompre avec ce fonds commun, par trop rattaché à la féodalité. Dès l'Ancien Régime, le droit public a tenté d'arracher la puissance publique aux techniques de ce fonds commun, pour promouvoir un langage différent : celui de la garde et de la surintendance. Et dès la Révolution, puis le Code civil, c'est le droit civil, qui a souhaité s'émanciper de ce système, en redéfinissant la propriété et les droits réels. En vain, puisque par un fastidieux travail de reconstruction, qui a eu lieu tout au long du XIX^{ème} siècle, la doctrine de droit civil a rétabli des notions antérieures du droit des biens et, par un mécanisme d'inspiration, le droit administratif a adopté ces notions à travers le miroir déformant du droit civil.

Ainsi, nous pouvons renvoyer dos à dos le droit civil et le droit administratif. En effet, la manière dont des notions techniques du droit des biens se sont dégagées de l'antiquité, puis du Moyen-âge et de l'époque moderne, pour finalement pénétrer à la fois le droit civil et le droit administratif, permet d'interroger cette idée que le droit civil est un droit commun auquel le droit administratif déroge. Cette idée, politiquement mise en avant, puisqu'elle découle de la pensée libérale qui désire que l'État et son droit soient l'exception, s'avère techniquement nuancée. En effet, l'on pourrait soutenir que le droit commun préexiste aux droits civil et administratif actuels et que sa pénétration dans l'un et l'autre n'est possible que parce qu'il dispose d'un fonds génétique commun qui le rend compatible et dont la vitalité n'est guère entamée par les volontés doctrinales de s'en émanciper.

Conclusion du Titre n° 1

110. — Le titre qui s'achève nous a permis d'identifier trois axiomes fondamentaux, qui constituent le cœur de la théorie classique du droit des biens, reconstruite par les Exégètes du code civil et introduite dans le droit administratif des biens. Il s'agit, premièrement, de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété, deuxièmement, de la théorie de

l'incorporation du droit de propriété dans son objet et, troisièmement et finalement, la théorie du démembrement du droit de propriété.

D'abord, pour ce qui concerne la théorie de l'objet corporel du droit de propriété, Frédéric Zenati-Castaing indique que cette théorie est un axiome, c'est-à-dire, une proposition admise sans démonstration³⁹² par la doctrine contemporaine. Pour autant, nous avons montré la manière dont cette théorie s'est formée, à partir d'une déformation, par les glossateurs et, surtout, par les postglossateurs, de la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles, telle qu'elle était entendue dans le droit romain. En effet, dans ce droit, le *dominium*, ancêtre de ce que nous appelons aujourd'hui la propriété, est un attribut du sujet qui s'exerce aussi bien sur les choses corporelles que sur les choses incorporelles, ces dernières étant entendues comme les droits. Le droit savant médiéval, à la lecture des auteurs antiques, y ont vu une distinction entre les droits et leurs objets. Sous l'influence de l'idéologie subjectiviste, qui promeut une analyse des droits en termes de pouvoirs du sujet – et non en termes de choses –, ils en déduisent que l'objet d'un droit ne pouvait qu'être un corps physique. Cette analyse, qui n'a d'autre fondement que celui de la tradition, perdue longtemps et demeure encore vivace aujourd'hui³⁹³.

Ensuite, la théorie de l'incorporation du droit de propriété dans son objet est une conséquence directe de la précédente. En effet, les auteurs de droit romain, pour qui la notion de *dominium* est extérieure à la classification des choses corporelles et des choses incorporelles, n'eurent jamais l'idée de la classer parmi les droits. En revanche, cette absence pose problème aux glossateurs et aux postglossateurs, pour qui la propriété et les choses incorporelles, les droits, sont de même nature. Afin de rationaliser cette absence, ils estimèrent que cette absence était liée à un abus de langage, de la part des auteurs du droit romain. Le *dominium* que les romains exerçaient sur leurs choses était à ce point total, qu'il absorbait la chose, de sorte que les romains, plutôt que d'affirmer « mon droit de propriété

³⁹² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 59.

³⁹³ F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil : les biens*, 10^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 2018, pp. 53 et suiv. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit Fondamental », 2008, pp. 91 et suiv. V., pour une étude approfondie, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNÈS, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2007, t. 489, pp. 43 et suiv.

sur la chose », préféraient dire, plus radicalement, « ma chose ». Le droit de propriété s'en trouvait, de la sorte, incorporé dans la chose, qui ne pouvait être qu'une chose physique. Corollaire de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété, cette théorie de l'incorporation du droit de propriété dans son objet est reprise, encore aujourd'hui, par la doctrine.

Enfin, la théorie du démembrement du droit de propriété résulte également de ce nouveau classement du droit de propriété parmi les droits réels. Prenant acte, d'une part, de l'idée que le droit de propriété est classé parmi les droits réels et, d'autre part, de celle que le droit de propriété constitue la source de la formation des autres droits réels sur la chose, la doctrine de droit civil présente généralement le contenu du droit de propriété sous la forme d'une collection d'attributs – l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus* – qui peuvent être concédés, en partie, à d'autres personnes, sous la forme de démembrements de ce droit. Cette théorie a essentiellement une vocation pédagogique et n'emporte pas de conséquences juridiques, sinon la qualification de droit de propriété ou de droit réel. Comme l'indique Frédéric Zenati-Castaing, « en réalité, la notion de démembrement ne remplit aucune fonction technique et c'est sans doute pour cela qu'elle est si peu étudiée tant dans les ouvrages généraux, où elle n'existe qu'à l'état de présupposé, qu'ailleurs puisqu'on n'en trouve des développements que de manière incidente dans les travaux touchant au droit réel »³⁹⁴.

111. — Ces trois axiomes sont une manifestation particulière du fonds commun du droit des biens, enrichies par les auteurs du droit civil. En s'en inspirant, le droit administratif renonce à construire lui-même des notions, à partir du fonds commun dont il est sensé aussi disposer. L'enjeu de ce qui suit est de démontrer que ce qui se veut, en droit civil, une simple présentation, emporte, en droit administratif, de plus sérieuses difficultés.

³⁹⁴ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., pp. 56-57.

TITRE N° 2. — LA PERMANENCE INCONSCIENTE DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS EN DROIT ADMINISTRATIF

112. — Placer ainsi l'étude du droit administratif des biens positif, après et non pas avant d'en avoir exposé les tenants et aboutissants a quelque chose de contre-intuitif. En effet, la méthode scientifique part, assez volontiers, de l'observation d'un problème pour en découvrir la cause, puis mobiliser les outils et manières de sa résolution. La sémiologie médicale établit le diagnostic par l'anamnèse et l'examen physique, avant d'en inférer de probables causes et d'expérimenter un traitement. Le Bouddha, dans son premier sermont, expose en première noble vérité que l'existence est insatisfaction, avant d'en révéler les causes et, enfin, le chemin qui mène à la libération finale. Toutefois, cette présentation ne nous a pas parue opportune pour deux raisons.

La première raison a pour point de départ l'hypothèse que nous souhaitons éprouver, laquelle est que les difficultés rencontrées par le droit administratif des biens ne sont pas seulement liées à ses aspects exorbitants, c'est-à-dire, de droit public. Au contraire, ces difficultés pourraient provenir de l'action inconsciente du fonds commun du droit des biens. Or, il est communément admis que ce fonds commun relève, pour une grande part, du droit civil des biens – et qui est, en réalité, préexistant au droit civil, comme au droit administratif et commun à ces deux disciplines. Il était donc nécessaire de présenter les techniques et prononcer les mots du droit civil, afin de saisir les difficultés du droit administratif sous un angle nouveau. De là, suit la seconde raison qui est qu'à partir de cette nouvelle présentation historique de l'évolution du droit administratif des biens, les clefs de lecture propres à envisager les difficultés dans la modernisation de cette matière avec un oeil nouveau, sont déjà posées.

113. — L'objectif de ce qui suit est donc, de présenter des problèmes connus sous un angle nouveau, après avoir posé une grille de lecture renouvelée, afin de permettre d'imaginer des solutions originales.

L'articulation du propos consiste à aborder le droit des biens dans toutes ses facettes, à commencer par un exposé les difficultés du droit administratif des biens actuel dans la détermination de sa substance, c'est-à-dire de ce qu'il est possible de faire rentrer dans le

champ de cette discipline, à savoir, les choses (**Chapitre n° 1**), avant d'envisager celles de ces difficultés relatives à ce qu'il est possible de faire de ces choses, à savoir les techniques juridiques du droit des biens (**Chapitre n° 2**). Dans ces deux cas, l'ambition est d'évaluer jusqu'à quel point la rupture du droit administratif des biens d'avec son fonds commun – préalable posé, dès lors que cette discipline s'est formée non pas à partir de ce fonds, mais d'une version déformée par le droit civil des biens pour ses propres besoins – peut être source de difficultés.

CHAPITRE N° 1. — LA PERMANENCE DANS LA DÉTERMINATION DE L'APPROPRIABLE

114. — Afin d'assurer l'efficacité de l'optimisation des outils permettant la gestion ou la cession des biens appartenant aux personnes publiques, il est nécessaire de déterminer la masse de ce qui peut être acquis, géré ou cédé. C'est pourquoi une large part de la réflexion sur la valorisation économique des biens appartenant aux personnes publiques se joue sur la question de savoir ce qui est appropriable.

À l'origine, les biens des personnes publiques l'étaient parce qu'ils avaient vocation à échapper à l'appropriation privée. Ceci était justifié par les raisons liées à l'intérêt général auquel ces biens étaient affectés. Ces biens pouvaient être affectés à l'exercice de libertés publiques – par exemple, la liberté d'aller et de venir, ou la liberté du commerce et de l'industrie – ou à un service public. Désormais, les biens des personnes publiques le sont parce qu'ils sont une source d'enrichissement pour les budgets publics. À l'objectif de protection de ces biens, pour leur affectation à l'intérêt général – objectif qui demeure –, s'est ajouté un objectif financier. D'une conception du bien public axée sur la valeur qu'il a, directement, pour l'action administrative, on s'avance vers une conception axée sur la valeur qu'il a, indirectement, pour cette action, mais plus directement, pour le budget public³⁹⁵.

115. — Ce chapitre est donc l'occasion de s'interroger sur la question de savoir si le droit civil des biens, sur lequel repose le droit administratif des biens actuel et tel qu'il est assimilé, est en mesure de s'adapter à un tel changement.

D'une part, le droit des biens constitue un système rigide dont les règles ont été forgées dans un contexte différent du nôtre. L'objet et la nature du droit de propriété, tel qu'il est emprunté au droit civil, contiennent, parce que ces notions issues du fonds commun du droit des biens ont été enrichies, des limites qui empêchent que ne soit reconnue l'appropriation de certains biens, tout particulièrement les biens immatériels. (**Section n° 1**).

³⁹⁵ Ceci n'est pas sans rappeler la distinction entre les « activités de plus grand service » et « les activités de plus grand profit » de René Chapus.

Toutefois, ces biens, expulsés du droit administratif des biens, ne sont pas expulsés du droit administratif tout entier. D'autres régimes, principalement la comptabilité et la police, permettent d'exercer un pouvoir sur ces choses et, par conséquent de les saisir. Or, à l'instar du droit de propriété, ils émergent de la notion romaine de *dominium* et, par conséquent, endurent les mêmes limites. En somme, substituer la notion de chose commune ou d'actif comptable ne permet pas toujours l'appropriation la plus efficace de ces nouveaux biens (Section n° 2).

Section n° 1. — Les limites de la propriété privée comme technique d'appropriation des biens en droit administratif

116. — Le droit administratif des biens porte en lui l'héritage de deux traditions. D'une part, celle de la domanialité, cette déclinaison de l'*imperium* royal appliqué aux choses, mue par une volonté ancienne de limiter par la police et pour l'intérêt général, la puissance de l'État sur ses biens. D'autre part, celle de la propriété, descendant du *dominium*, qui n'a jamais réellement quitté le droit public au sein duquel elle est aujourd'hui, plus que jamais, promue.

La doctrine et, dans ses pas, le jurislatureur ne sont pas restés insensibles aux lacunes du droit administratif, en ce qui concerne l'appréhension des biens appartenant aux personnes publiques. Mais l'on constate qu'ils se sont surtout intéressés aux lacunes de la domanialité publique. Ce n'est que très récemment que les critiques faites à la propriété privée, classiquement définie se retrouvent sous la plume des auteurs de droit administratif.

À cela, plusieurs raisons.

La première est historique. Le droit administratif s'est émancipé du droit civil à la Belle Époque, lui empruntant, consciemment ou non, ses concepts fondamentaux pour ne plus les réévaluer.

La seconde est technique. Le droit administratif est un droit de qualification, qui s'intéresse essentiellement à des questions de compétences juridictionnelles. S'il s'est beaucoup interrogé sur la nature des droits exercés par les personnes publiques sur leurs biens, la question de la nature juridique des biens s'est longtemps limitée à la division des domaines. Lorsqu'est étudiée la consistance des patrimoines publics, c'est, classiquement, pour savoir si tel bien tombe sous le régime protecteur du domaine public, dont le contentieux se trouve devant le juge administratif ou non.

117. — L'objectif de ce chapitre est donc d'évaluer la place que les limites du droit des biens classique peuvent tenir dans les difficultés que rencontre le droit administratif des biens pour ce qui est de la détermination des patrimoines publics.

Une première difficulté tient au fait que le droit administratif lui-même, c'est-à-dire la tradition domaniale, peut contenir ses propres limitations. Doit-on analyser la difficulté à reconnaître les biens immatériels en droit administratif comme une conséquence du « tropisme foncier » de la domanialité publique ou comme une conséquence de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété classique ? Pour éviter tout faux négatif, il convient d'interroger les arguments relatifs à l'objet du droit de propriété, afin de déterminer si les résistances qui pèsent sur la reconnaissance d'un patrimoine immatériel tiennent à l'une ou à l'autre (§1.).

Nous souhaitons rechercher, dans un second temps, si les formes dans lesquelles sont reconnues les propriétés immatérielles publiques, au regard de leur diversité, permettent de révéler cette théorie de l'objet corporel du droit de propriété, qui, pèse essentiellement sur les droits patrimoniaux, plus que les œuvres de l'esprit (§2.).

§1. — L'influence relative de la théorie classique du domaine public

118. — Plusieurs auteurs se sont récemment penchés sur la question de savoir s'il ne valait pas considérer davantage certains biens, apparemment négligés au sein des patrimoines des personnes publiques. Il s'agit notamment des biens meubles³⁹⁶ et des biens immatériels³⁹⁷. Ces auteurs se sont donc intéressés à la question de savoir pourquoi ces biens semblaient, sinon exclus, au moins difficilement appréhendés par le droit administratif : ils ont cherché les raisons d'un certain rétrécissement de l'objet du droit de propriété en droit public.

Deux arguments reviennent. Un premier argument, juridique, consiste à dire que la domanialité publique, historiquement, s'est construite autour de l'immeuble (A.). Un second argument, économique, consiste à dire que la notion de bien suit celle de valeur et

³⁹⁶ V., principalement, C. LAVIALLE, « La condition et la fonction des meubles en droit administratif des biens », *RFDA* 2013, p. 251 ; F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, Préf. S. CAUDAL, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », vol. 170, 2017 ; P. YOLKA, « Les meubles de l'administration » *AJDA* 2007, n° 18, p. 964.

³⁹⁷ V., notamment, C. BLAIZOT-HAZARD, *Les droits de la propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, préf. P. DELVOLVÉ, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1991 ; M. BOUL, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, dir. J.-G. SORBARA, Thèse de l'Université Toulouse-Capitole, 2017 ; L. HENNEQUIN-MARC, *La propriété intellectuelle des personnes publiques*, dir. D. TRUCHET, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 2016 ; C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, dir. R. HOSTIOU, Thèse de l'Université de Nantes, 2008.

que, si une société agricole place la valeur dans la propriété foncière et immobilière, une société industrielle lui préfère une propriété mobilière et une société tertiaire permet l'épanouissement des valeurs immatérielles (B.). Ces arguments nous paraissent toutefois à nuancer, car ils dissimulent d'autres raisons, plus profondes, qui tiennent à l'objet du droit de propriété dans la théorie classique.

A. — L'argument juridique : le tropisme immobilier de la domanialité publique

119. — Comme le souligne Christian Lavalie, « lorsque l'on se penche sur les trois grands blocs qui constituent ce que les programmes de licence en droit appellent le droit administratif des biens à savoir aujourd'hui les propriétés publiques, les travaux publics et l'expropriation, il est manifeste que la place laissée aux biens mobiliers est faible »³⁹⁸. En effet – et indépendamment de toutes les études qui soutiennent que les patrimoines publics regorgent de richesses mobilières, corporelles ou incorporelles –, force est d'admettre, pour quiconque ouvre le *code général de la propriété des personnes publiques*, que ce nouvel instrument de la politique domaniale de l'État est résolument tourné vers la propriété immobilière.

Concernant le domaine public, si le titre concernant sa consistance est bien divisé entre, d'une part, le domaine public immobilier et, d'autre part, le domaine public mobilier, 17 articles sont consacrés au premier³⁹⁹ et seulement un au second⁴⁰⁰. Concernant le domaine privé, deux articles laconiques sont consacrés à ce régime résiduel et les seules précisions qu'ils apportent concernent des biens immobiliers, « les réserves foncières et les biens immobiliers à usage de bureaux »⁴⁰¹, pour l'un, « les chemins ruraux » et « les bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier » pour l'autre⁴⁰².

Cet intérêt des personnes publiques pour leur patrimoine immobilier a pour conséquence que les outils de gestion développés par le droit administratif des biens sont également

³⁹⁸ C. LAVIALLE, « La condition et la fonction des meubles en droit administratif des biens », *op. cit.*, p. 251.

³⁹⁹ Articles L. 2111-1, à L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰⁰ Article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰¹ Article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁰² Article L. 2212-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

tournés vers l'immobilier. Ainsi en va-t-il des notions de travail public, qui ne concerne que les travaux affectant un bien immobilier⁴⁰³, et d'expropriation, qui ne porte également que sur des biens immeubles⁴⁰⁴. Cette prépondérance s'en ressent également de façon organique, avec le nouveau nom du service des domaines. En effet, comme un écho au décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, *relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages*, communément appelé « code domanial »⁴⁰⁵, qui expulse les droits incorporels relatifs à la fiscalité d'un domaine national centré autour des biens immobiliers, le décret du 3 avril 2008⁴⁰⁶ divise la direction générale des finances publiques en deux directions : d'une part, la direction de la législation fiscale, chargée de concevoir la politique fiscale ; et, d'autre part, la direction de l'immobilier de l'État, en charge de la politique immobilière de l'État. La création récente d'une agence du patrimoine immatériel de l'État appelle bien sûr à nuancer cette affirmation, qui demeure, toutefois, ne serait-ce qu'au regard de l'éclatement des entités en charges de la politique patrimoniale de l'État.

B. — L'argument économique : le lien entre bien juridique et valeur

120. — L'argument économique est un argument qui pèse lourd dans un droit administratif des biens, désormais tout entier tourné vers un objectif impérieux : la valorisation économique des propriétés publiques. Il postule, de manière générale, que la notion de bien juridique doit suivre celle de valeur économique. « Car le “bien” des juristes, nous dit René Savatier, doit rejoindre, aussi exactement que possible, la “richesse” des “économistes” »⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Cons. d'État, 10 juin 1921, *Commune de Montségur*, req. n° 45 681, *Rec.*, p. 573 ; Trib. Confl., 28 mars 1955, *Association syndicale de la reconstruction de Toulon c. Effmieff*, req. n° 1 525, *Rec.*, p. 617. V., également, l'important article de René Capitant, qui définit le travail public comme « tout service public à objet immobilier, c'est-à-dire s'exerçant sur un immeuble, œuvrant un immeuble » (R. CAPITANT, « La double notion de travail public », *RDP* 1929, p. 510).

⁴⁰⁴ Art. L. 11-1, C. expr. : « L'expropriation d'immeubles, en tout ou partie, ou de droits réels immobiliers... ».

⁴⁰⁵ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 30. « C'est le Code domanial de 1790 qui a dégagé une définition nouvelle des propriétés publiques en l'amputant de tous les droits incorporels, passés dans la notion voisine des finances ou deniers publics » L. DERUY, D. MANDELKERN, Y. GAUDEMET, « Rapport du groupe de travail – valorisation des propriétés publiques », *LPA* 23 juillet 2004, n° 147, p. 44.

⁴⁰⁶ Décret n° 2008-310, du 3 avril 2008, *relatif à la direction générale des finances publiques*, tel que modifié par le décret n° 2016-1234, du 19 septembre 2016, et plus particulièrement son article 3.

⁴⁰⁷ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTDC* 1958, p. 346.

Cet argument économique va servir non seulement à discréditer, tout en l'expliquant, le tropisme immobilier du droit administratif des biens (1.), mais également à promouvoir les propriétés immatérielles, comme source de richesse (2.).

1. — La condamnation de l'immeuble, source d'une richesse dépassée

121. — À l'époque où s'est bâti le droit administratif des biens, la propriété immobilière, voire, en réalité, foncière, était considérée comme étant la seule source de richesse. En effet, au moment où s'organise le domaine public, à la fin du XVIII^{ème} siècle, les idées politiques et économiques de François Quesnay, le chef de file des physiocrates, et de ses successeurs sont en vogue. En évoquant directement la « vision physiocratique »⁴⁰⁸ du droit administratif des biens ou en mobilisant l'adage « *res mobilis, res vilis* »⁴⁰⁹ pour expliquer le retrait des biens mobiliers dans cette matière, une partie de la doctrine semble faire un lien direct entre la conception essentiellement foncière de la richesse sous l'Ancien Régime et la construction du régime juridique des biens publics.

Les auteurs physiocrates exaltent la propriété immobilière. Plus précisément, c'est la propriété foncière, la terre, parce qu'elle est le siège de l'agriculture, qui trouve toutes les grâces à leurs yeux. « Que le souverain et la nation ne perdent jamais de vue, exhorte François Quesnay, que la terre est l'unique source de richesses ; et que c'est l'agriculteur qui les multiplie »⁴¹⁰. Le projet politique des Physiocrates est donc de construire une société constituée d'agriculteurs, qui exploitent les terres de riches propriétaires terriens – tous les autres travailleurs, notamment les fonctionnaires et les ouvriers d'industrie, font partie de la classe stérile « dont les travaux, quoique nécessaires à la société, ne sont pas néanmoins productifs »⁴¹¹. La Société, par le biais des organes de l'État, est copropriétaire de ces terres, dès lors qu'elle peut percevoir une partie du revenu des terres, sous forme d'impôt. Le projet des auteurs Physiocrates, qui survalorise la propriété foncière, a pu déteindre sur le droit

⁴⁰⁸ M. BOUL, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 67 ; C. LAVIALLE, « François Quesnay, l'ordre naturel et le Prince », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Rousillon*, Toulouse, Presse UT1 Capitole, 2014 ; F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰⁹ M. BOUL, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 67 ; F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, *op. cit.*, p. 7 ; P. YOLKA, « Les meubles de l'administration », *op. cit.*, p. 964.

⁴¹⁰ QUESNAY (François), *Maximes générales du gouvernement économique d'un royaume agricole*, in *Collection des principaux Économistes*, Paris, Guillaumin, 1846, p. 82.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 58.

administratif des biens. Il ne serait pas curieux, que la société d'Ancien Régime, qui ne voit de richesse que dans la terre ait eu une vision déformée des patrimoines publiques.

Ceci reste toutefois à relativiser.

122. — Mettons de côté le fait que les Physiocrates n'ignorent pas du tout la fortune mobilière, la propriété foncière ne permettant pas seule la création de richesse – en effet, ce principe est précédé chez les Physiocrates par la propriété mobilière. En admettant que l'immeuble et, surtout, la terre soient véritablement le point focal de leur analyse, deux arguments battent en brèche leur application au droit administratif des biens.

D'une part, les Physiocrates s'opposent catégoriquement à ce que l'État soit un propriétaire terrien. Bien au contraire, on lit très explicitement chez Pierre-Samuel Dupont de Nemours que le souverain idéal est un monarque héréditaire qui ne tire aucune ressource de son domaine, mais tout de cette copropriété de toutes les terres, qui lui permet de percevoir un impôt sur la production agricole. Par ce moyen seul, l'intérêt des gouvernants converge avec ceux des gouvernés, les premiers tirants bénéfice de la prospérité des seconds. Dans le cas où les dépenses publiques seraient couvertes par les revenus du domaine du monarque, Pierre-Samuel Dupont de Nemours affirme qu'il serait forcé de favoriser ses domaines par rapport à ceux de ses sujets, « ce qui mettrait ce monarque domanial, vis-à-vis de sa nation, dans un état absolument incompatible avec le ministère de l'autorité souveraine »⁴¹².

D'autre part, le critère que les auteurs physiocrates retiennent pour ce qui doit constituer le patrimoine public ne mobilise pas la nature foncière ou immobilière des biens en question. Il s'agit d'une définition très classique, c'est-à-dire « ce dont tout le monde a l'usage, et qui n'est proprement et exclusivement à personne : les chemins, les rues, les temples, les quais, les ponts, les rivières »⁴¹³. Le caractère immobilier ou foncier de ces biens n'est donc que la conséquence de leur caractère commun. Ce patrimoine est même plutôt improductif, il ne

⁴¹² P.-S. DUPONT DE NEMOURS, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, in *Collection des principaux Économistes*, Paris, Guillaumin, 1846, pp. 360-361.

⁴¹³ P.-S. DUPONT DE NEMOURS, *Abrégé des principes de l'économie politique*, Paris, Guillaumin, 1846, p. 377.

constitue guère qu'une charge dans un projet physiocrate dans lequel le domaine du monarque ne constitue pas une source de revenu.

L'on ne saurait donc trouver dans cette pensée économique aucune raison montrant que le tropisme immobilier du droit administratif des biens soit lié à ce qui constituait une source de richesse à cette époque.

2. — La promotion de l'immatériel, source de richesse futur

123. — L'argument économique du lien entre bien et valeur se manifeste par ce qui ressemble à une évaporation de la valeur économique, qui, originaire de la terre dans les sociétés agricoles, s'est retrouvée dans les choses mobilières matérielles, puis dans les choses immatérielles, à mesure que le développement de l'industrie et du commerce, puis, ultimement, de l'économie tertiaire, s'accélère. L'appel insistant des autorités publiques à ce que les juristes se saisissent de ces questions est toute récente, elle date du rapport Lévy et Jouyet de 2006⁴¹⁴, qui a ensuite entraîné la création d'une Agence du patrimoine immatériel de l'État⁴¹⁵.

L'argument économique y a bonne place, puisque le rapport s'ouvre sur le constat que « durant les Trente Glorieuses, le succès économique reposait essentiellement sur la richesse en matières premières, sur les industries manufacturières et sur le volume de capital matériel dont disposait chaque nation »⁴¹⁶, mais que les mutations de l'économie ont abouti à ce que « au capital matériel a succédé, dans les critères essentiels de dynamisme économique, le capital immatériel ou, pour le dire autrement, le capital des talents, de la connaissance, du

⁴¹⁴ M. LÉVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel*, Paris, La doc. fr., 2006.

⁴¹⁵ Circulaire du 18 avril 2007, relative à la gestion des actifs immatériels de l'État, JORF 27 avril 2007, p. 7490 ; arrêté du 23 avril 2007, portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'État », JORF 12 mai 2007, p. 8684 ; décret n° 2009-151 du 10 février 2009, relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, JORF 12 février 2009, p. 2505 ; arrêté du 22 juillet 2013, modifiant l'arrêté du 23 avril 2007, portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'État », JORF 2 août 2013 ; décret n° 2015-716 du 23 juin 2015 relatif au service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'État », JORF 25 juin 2015.

⁴¹⁶ M. LÉVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel*, op. cit., p. 1.

savoir »⁴¹⁷. Emboîtant le pas à cette évolution, la doctrine académique a repris l'argument, désireuse de donner aux personnes publiques les outils intellectuels lui permettant de « prendre la mesure de la valeur économique de leurs éléments immatériels »⁴¹⁸, ce nouvel « Eldorado »⁴¹⁹, exigé par « le passage d'une économie industrielle, fondée sur la matière, à une économie de l'immatériel, basée sur le savoir »⁴²⁰.

124. — Mais à bien y regarder, la propriété immatérielle, en droit public n'est pas si nouvelle que ça. Deux périodes de notre histoire démentent, à nouveau, cette chronologie.

La première a déjà été abordée, il s'agit de l'Ancien Régime, à l'occasion duquel on sait que de nombreux droits incorporels figuraient dans le domaine de la Couronne. Ce n'est qu'à la Révolution française que le domaine public devient un amas de bien strictement corporels.

La seconde concerne plus directement ce que l'on peut définir comme un noyau dur des biens immatériels : les biens intellectuels, c'est-à-dire, la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, les brevets d'invention et les marques. Or, l'essor de ces biens ne date pas de la période postindustrielle, mais de la période industrielle elle-même. « On voit, affirme Jean-Marc Mousseron, des premiers frémissements du XIXe siècle à l'achèvement du XX^{ème}, éclore, se multiplier et se diversifier des valeurs constitutives de biens immatériels »⁴²¹. On peut, bien entendu, affirmer, que ce développement n'a concerné l'État que tardivement, puisque ce dernier n'était pas proprement intégré dans la société industrielle jusqu'à plus récemment⁴²². Mais dans un sens, comme dans l'autre, l'argument économique, qui consiste à intimer au droit de se conformer au sens de l'histoire se heurte définitivement aux faits.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁴¹⁸ M. BOUL, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁴²⁰ C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, *op. cit.*, p. 3.

⁴²¹ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277.

⁴²² C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, *op. cit.*, p. 5.

§2. — Le poids révélé de la théorie classique de la propriété privée

125. — La théorie du domaine public n'est donc pas la seule source de limitations du champ de l'appropriable en droit public. La théorie du classique du droit de propriété est également source de préjugés. C'est en tous cas ce que remarque Claire Malwé, qu'il existe, dans la théorie classique du droit de propriété « une liaison indéfectible entre la limitation de la propriété publique aux choses corporelles et la difficulté de la doctrine à se défaire de la vision privatiste du droit de propriété »⁴²³. Mais nous n'avons pas trouvé ailleurs, à notre connaissance, l'intuition que le droit de propriété classique puisse poser autant de difficultés dans l'appréhension de ce qui est appropriable. Afin de nous assurer de la réalité de ce poids, nous souhaitons donc vérifier si la théorie classique de l'objet corporel du droit de propriété, qui ne fait pas tant obstacle aux biens incorporels qu'aux droits incorporels, a pénétré le droit administratif des biens.

Pour ce faire, nous analyserons deux types de biens immatériels, dont seulement l'un constitue des droits, pour vérifier si leur reconnaissance par le droit administratif des biens est symétrique. Nous pensons que l'hypothèse sera vérifiée, si la reconnaissance des œuvres de l'esprit (A.) se fait bien plus aisément que celle des créances publiques (B.) qui constituent des droits.

A. — Le bien immatériel contesté à raison de sa nature physique : l'œuvre de l'esprit

126. — Telle que présentée dans les études de droit administratif consacrées à la question, la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur les œuvres de l'esprit suit la chronologie que présentée plus tôt dans ce chapitre. L'exemple nous est donné les travaux de Claire Malwé⁴²⁴, ou encore de Lucile Hennequin-Marc⁴²⁵, qui reprennent peu ou prou les mêmes éléments.

⁴²³ *Ibid.*, p. 48.

⁴²⁴ *Ibid.*, pp. 7 et suiv.

⁴²⁵ L. HENNEQUIN-MARC, *La propriété intellectuelle des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 2016 et suiv.

Selon ces auteurs, l'Ancien Régime est marqué par une fusion entre le droit domanial et la propriété incorporelle⁴²⁶ et il revient aux Révolutionnaires de marquer « une dissociation radicale et durable »⁴²⁷ entre ces deux systèmes, expulsant les droits incorporels du domaine de la Couronne dans une nouvelle matière, les finances publiques. L'alliance d'un domaine public soumis aux conceptions antipropriétaristes du XIX^{ème} siècle et d'un domaine privé soumis aux conceptions classiques du droit de propriété, dont l'objet incorporel est exclu depuis le XIV^{ème} siècle, interdit la reconnaissance d'une propriété publique incorporelle. Toutefois, les mutations économiques contemporaines, qui reconnaissent à ces biens incorporels une valeur certaine, accompagnées d'une mutation de la notion de 'bien' vers celle de 'valeur', forment le terrain favorable de cette reconnaissance.

L'on voit ici, que la théorie du domaine public est l'arbre qui cache la forêt et il n'est pas dit que si les théories antipropriétaristes du XIX^{ème} siècle n'avaient pas eu le succès qu'elles ont eu, la reconnaissance des œuvres de l'esprit comme objet de propriété se fût réalisée plus tardivement. En effet, si pour des raisons évidentes, cette reconnaissance suit le cours du droit de la propriété publique, elle suit, plus encore, celui du droit de la propriété intellectuelle (1.). Or, l'étude approfondie de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les œuvres de l'esprit, ne s'avère pas tant liée aux limites du droit public qu'à celles du droit privé et aux difficultés que les conceptions classiques du droit des biens ont eu à les saisir (2.).

1. — Le droit public des œuvres de l'esprit suit celui de la propriété intellectuelle

127. — Après avoir, par un décret des 8 et 14 août 1793, supprimé « toutes les académies et sociétés littéraires patentées ou dotées par la nation », remettant « sous la surveillance des autorités constituées », notamment les « bibliothèques »⁴²⁸, la Convention nationale remet la 4^{ème} édition du *Dictionnaire de l'Académie française* annoté de la main des Académiciens à

⁴²⁶ C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique, op. cit.*, p. 9.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁴²⁸ Décret des 8 et 14 août 1793, *portant suppression de toutes les Académies et Sociétés littéraires patentées ou dotées par la Nation* (DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 6, 2^e édition, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 77).

deux personnes « pour être par eux rendu public après son achèvement »⁴²⁹. Un conflit s'élève lorsque, quelques années plus tard, deux autres personnes, bien que n'ayant pas été commis par la Convention, décident d'en éditer une nouvelle édition. Sur un recours en contrefaçon des nouveaux détenteurs du monopole, s'estimant lésés dans leurs droits, la Cour de Cassation décide de reconnaître que le *Dictionnaire*, qui faisait partie des livres appartenant à l'Académie, est devenu « par la volonté expresse de la puissance publique, une propriété de la nation ». En conséquence « le gouvernement a été investi légalement du droit d'en disposer »⁴³⁰. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour se fonde sur le décret des 19 et 24 juillet 1793⁴³¹.

Dès l'origine donc, le régime de la propriété intellectuelle publique va être placé sous le signe du droit commun de la propriété intellectuelle, sans référence au droit du domaine public. Il n'est donc pas curieux de voir que soit reconnu un véritable droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens intellectuels, qui est, comme le relève Claire Malwé, un droit de propriété privée⁴³². Dans d'autres affaires, le juge civil va explicitement consacrer la généralité de l'application du droit de la propriété intellectuelle aux personnes publiques. Il s'agit, d'une part, de l'État, puisqu'il a été décidé, sur le droit pour un particulier de reproduire sans autorisation la carte de l'État-major, que le droit consacré par la loi de 1793 « appartient d'une manière générale aux auteurs d'écrits en tous genre ou compositions ; que l'État, qui a conçu le plan de la carte de l'État-major, en a prescrit et dirigé l'exécution, en a couvert les dépenses, en est incontestablement l'auteur »⁴³³. Mais aussi, d'autre part, des collectivités territoriales, puisque « une ville peut, comme un particulier, avoir sur un

⁴²⁹ Décret du 1^{er} jour complémentaire an III (17 septembre 1795), portant que l'exemplaire du Dictionnaire de l'Académie française, chargé de notes marginales et interlinéaires, sera remis aux libraires Smith, Marandon et compagnie, pour être par eux rendu public après son achèvement (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 8, Paris, A. Guyot et Scribe, 1825, p. 342).

⁴³⁰ Cass., 7 prairial an XI (27 mai 1803), *Bossange c. Moutardier et Leclerc*, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1^{ère} série, 1791-1830, 1^{er} vol., 1791, an XII, Paris, M. Bachelier, 1843, p. 806.

⁴³¹ Décret des 19 et 24 juillet 1793, relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 6, Paris, A. Guyot et Scribe, 1825, p. 35).

⁴³² C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, op. cit., p. 15.

⁴³³ Trib. de la Seine, 3 février 1875, *État c. Peigné-Delacour*, S. 875, 2, p. 148. Confirmé par CA Paris, 5 mai 1877, *Peigné-Delacour c. État*, S. 1877, 2, p. 144.

ouvrage composé à ses frais, par ses soins, et sous sa direction, le droit reconnu par la loi de 1793 dont les termes sont généraux »⁴³⁴. En effet, les révolutionnaires n'hésitent pas à qualifier les droits intellectuels de propriété. Ils le font explicitement pour la propriété industrielle, puisque à compter de cette époque, « toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres d'industrie, est la propriété de son auteur »⁴³⁵. Ils le font implicitement pour la propriété littéraire et artistique – puisque si le décret de 1791⁴³⁶ sur les spectacles ne prononce pas le mot, son rapporteur de la loi, Isaac Le Chapelier affirme que « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je puis ainsi parler, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, le fruit de la pensée d'un écrivain »⁴³⁷ –, puis, explicitement, avec le décret des 19 et 24 juillet 1793.

Mais il semblerait que cette utilisation du terme « propriété », ne soit pas tant, à ce moment-là, la consécration d'un régime juridique – qui sera, quelques années plus tard, celui du code civil – que l'invocation de la propriété comme droit naturel. Paul Roubier alerte en effet sur l'intention du législateur, qui se résume, en réalité, à « mettre au-dessus de toute discussion les droits nouveaux qu'il vient de consacrer, ce ne sont plus, comme sous l'Ancien régime, des privilèges, qu'on aurait pu d'ailleurs rétablir après la nuit du 4 août ; ce ne sont pas de pures créations de la loi civile ; ce sont de véritables droits de propriété, et on entend par là des droits conformes au droit naturel »⁴³⁸. L'utilisation des termes de propriété paraît aujourd'hui d'autant plus ambiguë, que le XIX^{ème} siècle a remis en cause cette qualification.

128. — En effet, à la moitié du XIX^{ème} siècle, la terminologie change et les œuvres de l'esprit ne sont plus tout à fait considérées comme étant des biens objet d'un droit de propriété. Si

⁴³⁴ Trib. de la Seine, 10 février 1875, *Ville de Paris c. Cosse, Marchal et Billard*, S. 875, 2, p. 115 (Claire Malwé relève que les collectivités territoriales ne se verront reconnaître cette propriété que bien plus tard, mais il n'est pas interdit de penser que c'est simplement l'absence de contentieux qui a rendu cette reconnaissance si tardive (C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, op. cit., p. 15)).

⁴³⁵ Décret des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791 *relatif aux auteurs de découvertes utiles* (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 136).

⁴³⁶ Décret des 13 et 19 janvier 1791 *relatif aux spectacles* (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 151).

⁴³⁷ Cité par P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droit de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 276.

⁴³⁸ *Ibid.*

les termes de propriété industrielle, ou de propriété littéraire et artistique passent dans le langage courant à partir de la Révolution, les législations qui surviendront ensuite, qu'il s'agisse de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention ou la loi du 14 juillet 1866 sur les droits d'auteur se garderont bien d'utiliser le terme de propriété⁴³⁹. En affirmant que « loin de constituer une propriété, comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, les droits d'auteur donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire », la Cour de Cassation semble partager cette prise de distance entre droits intellectuels et véritables objets de propriété⁴⁴⁰. Le registre de la propriété laisse donc place à celui, plus incertain, du droit privatif, et ce, même pour ce qui concerne les œuvres de l'esprit publiques.

C'est donc sur le fondement de la loi du 5 juillet 1844 que le juge judiciaire va analyser l'affaire *Minié*. En l'espèce, le sieur Minié était affecté, de 1842 à 1855, par l'administration des armées, à l'École de tir de Vincennes, instituée afin de constituer « une commission permanente à l'effet d'expertiser toutes les inventions qui lui sont soumises, et d'étudier tous les perfectionnements dont cette matière peut être susceptible »⁴⁴¹. En 1849, il prend, à titre personnel, un brevet d'invention, concernant une forme de balle particulière, dite « balle à culot », dont il estime être l'inventeur, mais qu'il a élaboré à l'aide des expériences et des études qu'il a entreprises à l'occasion de son service et pour lesquelles il a été rémunéré, en indemnités et en grades, brevet qu'il cède, ultérieurement au sieur Manceaux. Ce dernier, sûr de son droit, attaque en contrefaçon, devant le juge civil, les sieurs Marès et Katcher, qui fabriquent les mêmes balles que lui, à la demande de l'État. Dans un arrêt du 7 mars 1855, le tribunal de la Seine se contente de « s'étonner que le sieur Minié (dont le sieur Manceaux, plaignant, était cessionnaire) eût pris un brevet d'invention pour une découverte qu'il avait faite par suite de travaux dont il était chargé par l'État »⁴⁴², pour faire ensuite ordonner les expertises nécessaires afin de résoudre la question de savoir s'il s'agit bien de la contrefaçon d'une invention brevetable. La Cour impériale de Paris annulera cette décision en estimant

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ Cass., Req., 25 juillet 1887, *D.* 1888, 1, p. 5, *S.* 1888, 1, p. 17.

⁴⁴¹ Cour imp. de Paris, 11 juillet 1855, *Marès et Katcher c. Manceaux*, *S.* 1855, 2, p. 578.

⁴⁴² Trib. de la Seine, 7 mars 1855, cité par Cour imp. de Paris, 11 juillet 1855, *Marès et Katcher c. Manceaux*, *S.* 1855, 2, p. 578.

que si les militaires peuvent bien prendre un brevet d'invention pour leurs découvertes personnelles, « ce droit ne saurait leur être reconnu lorsque les résultats qu'ils prétendent brevetables sont obtenus par eux dans leur service, et comme membre d'une commission instituée spécialement par l'autorité supérieure », ce qui est le cas, en l'espèce, du sieur Minié⁴⁴³. Sur un recours du sieur Manceaux, la Cour de Cassation confirme bien la propriété de l'État de l'invention du militaire faite à l'occasion du service et rémunérée, mais, justement parce que l'État est propriétaire de l'invention, la Cour affirme qu'il ne revient qu'à lui d'exercer l'action en revendication et déboute les sieurs Marès et Katcher, de leur action en annulation du brevet d'invention⁴⁴⁴. Devant la Cour impériale d'Amiens, où l'affaire est renvoyée, le ministre de la guerre intervient et revendique, pour l'État et pour les sieurs Marès et Katcher, et le sieur Manceaux se trouve dépossédé de son brevet d'invention⁴⁴⁵.

On voit bien, dans cette affaire, comme pour celle du *Dictionnaire*, que l'État est traité comme un simple particulier, en ce qui concerne ses inventions.

Ce fût également le cas dans deux précédents à cette affaire. D'une part, l'affaire *Choumara*, qui aurait inventé une méthode de cuisson des aliments par les soldats qui permettrait à l'armée de faire des économies. Le ministre de la guerre choisissant de généraliser l'usage de cette invention, Choumara demande, en contrepartie, un grade supérieur, qu'il n'obtient pas. Il démissionne et réclame une indemnité au titre de son invention, mais le ministre ne lui donne qu'une gratification de 5000 francs⁴⁴⁶. D'autre part, l'affaire *Longchamps*, ancien employé à l'hospice de Bicêtre, prend un brevet d'invention pour un nouveau mode de couchage spécifique à certains patients. Il attaque l'État en contrefaçon, au motif que ce dernier, après l'obtention de ce brevet, utilise son invention. La Cour relève « que le couchage hygiénique pour lequel Longchamps a obtenu un brevet est le produit de diverses expériences et de divers essais pratiqués par Longchamps par les

⁴⁴³ Cour imp. de Paris, 11 juillet 1855, *Marès et Katcher c. Manceaux*, S. 1855, 2, p. 578.

⁴⁴⁴ Cass., 25 janvier 1855, *Manceaux c. Marès et Katcher*, S., 1856, 1, p. 278.

⁴⁴⁵ Cour imp. d'Amiens, 25 avril 1856, *Marès et autres c. Manceaux*, S. 1856, 2, p. 535.

⁴⁴⁶ *Journal des sciences militaires des armées de terre et de mer*, t. 28, Paris, J. Corréard, 1832, p. 125.

ordres et sur les indications de l'administration de Bicêtre, dont il était l'employé gagé en qualité de tapissier », rejette le recours en contrefaçon⁴⁴⁷. Mais traiter l'État de la sorte ne va plus de soi, comme en témoigne le rapport d'Henri Nouguier, sous l'affaire Minié, devant la Cour de Cassation. Relevant les faiblesses de l'arrêt de la Cour impériale, il s'interroge : « En conclut-il que, par cela seul que l'État est propriétaire, et que l'invention se trouve, dès lors, dans son domaine, cette invention appartient au domaine public, tel que le définissent et l'entendent les lois sur les brevets d'invention ? Se borne-t-il, au contraire, à conclure de ses prémisses que l'État, seul propriétaire, pouvait seul avoir droit à un brevet utile ? »⁴⁴⁸. Si la question peut se poser, c'est que jusqu'ici, l'État s'est comporté de façon particulière. Dans les affaires *Choumara*, *Longchamps* et *Manceaux*, il a certes revendiqué, parfois tardivement, les inventions. Mais il n'est jamais fait mention que l'État n'ait jamais pris de brevets d'invention pour celles-ci. C'est parce qu'il se comporte comme si ces inventions étaient publiques, qu'il est permis de penser qu'elles doivent l'être. En droit, Henri Nouguier, soutient qu'il faudrait lui reconnaître « la faculté ou d'enrichir la société, s'il le trouve bon, des profits d'une découverte utile, ou d'empêcher la mise sur le commerce d'une invention dont le monopole peut avoir un grand intérêt social et public »⁴⁴⁹.

129. — C'est peut-être cette attitude de l'État qui a pu amener certains auteurs à considérer que le rejet de la propriété de l'État sur ses œuvres de l'esprit au XIX^{ème} siècle soit lié au rejet de la propriété publique tout court, quand nous pensons plutôt qu'il est lié au rejet, tout temporaire, de la propriété sur les œuvres de l'esprit. C'est Claire Malwé qui soutient qu'au XIX^{ème} siècle, « la propriété publique incorporelle apparaît totalement exclue d'un univers juridique caractérisé par le rejet du droit de propriété »⁴⁵⁰. Mais les différentes jurisprudences que l'auteur évoque, au soutien de l'idée que le devoir de protection des œuvres de l'esprit est une réminiscence de la théorie du droit de garde, ne nous paraissent pas si probantes que cela.

⁴⁴⁷ Cour roy. de Paris, 11 août 1841, *Longchamps c. administration des hospices*, S. 1841, 2, p. 583.

⁴⁴⁸ H. NOUGUIER, rapporteur de Cass., 25 janvier 1855, *Manceaux c. Marès et Katcher*, S., 1856, 1, p. 278.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, *op. cit.*, p. 18.

Concernant la propriété incorporelle des personnes privées, Claire Malwé prend deux exemples. Le premier évoque l'engagement de la responsabilité d'une commune pour défaut de surveillance et de protection d'une œuvre – en l'espèce, une fontaine –, citant le commissaire du gouvernement Josse, qui affirmait alors que « la collectivité publique, bien plus qu'un particulier, doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée aux droits de l'auteur. La collectivité n'est, en quelque sorte, que la gardienne de l'œuvre d'art dans l'intérêt général »⁴⁵¹. Le second évoque l'utilisation par les vérificateurs des poids et mesures de l'invention d'une personne privée permettant une mesure plus efficace des liquides. Lorsque ce dernier attaque l'État en contrefaçon, elle cite Trolley de Prévaux pour qui « le rôle collectif de l'État l'oblige encore plus qu'un particulier au respect d'un monopole garanti par la loi au nom de tous, et dont la violation, bien plus grave de la part de l'État, vu l'étendue plus grande de son champ d'action, est une véritable atteinte au droit de propriété »⁴⁵².

L'auteur en conclut alors que « dans le sillon des conceptions antipropriétaires qui dominent le XIX^{ème} siècle, l'État apparaît ainsi comme le gardien des droits de propriété incorporelle de ses administrés »⁴⁵³. Mais la conclusion nous paraît dépasser la prémisse et il semble difficile d'affirmer que l'État est ici le gardien de la propriété intellectuelle plus qu'il ne l'est de la propriété en général. Il nous semble qu'ici, c'est plutôt le climat de libéralisme du XIX^{ème} siècle qui autorisent ces auteurs à faire peser sur l'État un devoir d'exemplarité concomitant à l'importante puissance de nuire dont il dispose. Mais, ce devoir pèse également sur toute autre atteinte à la propriété, puisque l'État est généralement le gardien du respect du droit.

Concernant sa propre propriété intellectuelle, Claire Malwé soutient que l'absence de restriction temporelle de la propriété intellectuelle de l'État – en effet, ce dernier étant immortel, ses œuvres ne tombent jamais dans le domaine public aux termes du délai prévu par la loi et qui débute à la mort de l'auteur ou de l'inventeur – ne pose pas de problème,

⁴⁵¹ Cons. d'État, 3 avril 1936, *Sudre*, D. 1936, 3, p. 57, concl. JOSSE, note M. WALINE.

⁴⁵² Cass., 1^{er} février 1891, *Ministre du commerce c. Sourbé*, D. 1892, 1, p. 417, note TROLLEY DE PRÉVAUX.

⁴⁵³ C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, op. cit., p. 21.

puisque les œuvres de l'État ont vocation, par sa nature même, à être mises à disposition du public. « De même que l'État est reconnu « gardien des dépendances domaniales », affirme-t-elle, celui-ci n'est que le dépositaire des droits de propriété incorporelle qui lui sont reconnus afin de les mettre immédiatement, et dans la plus large mesure, à disposition du public »⁴⁵⁴. Il ne s'agit là, toutefois, que d'une attitude que prenait l'État, mais il lui était tout à fait loisible de se comporter autrement et de se réserver l'usage de l'œuvre ou d'en déterminer l'usage au profit d'une ou plusieurs personnes. Par exemple, le Palais de l'Industrie avait été érigé pour le compte de l'État par une compagnie d'architecture. L'État, en contrepartie de la construction, avait abandonné à ladite compagnie, la « jouissance temporaire et restreinte » du Palais. La compagnie réclamait à ce titre le droit exclusif de reproduction de la bâtisse. Il est vrai que, dans un premier temps, le tribunal de la Seine qui rejette la demande de la compagnie, au motif que « si cette commande a été faite par l'État, elle a pour effet de conférer à l'œuvre le caractère de propriété publique, abandonnée par conséquent aux regards et à l'étude du public, et pouvant être reproduite par tous et de toute façon, sauf les restrictions que pourrait imposer l'État à la jouissance commune »⁴⁵⁵. Toutefois, il s'avère que cette décision a été annulée par la Cour impériale de Paris, qui estime, quant à elle, que la compagnie ne peut se prévaloir d'un droit exclusif de reproduction du Palais. La Cour rappelle, d'une part, que si l'État a bien conféré des avantages exclusifs à la compagnie, en rémunération de la construction du Palais « il est constant qu'au nombre de ces avantages ne figure pas le droit à la reproduction, à l'égard duquel la compagnie n'a d'ailleurs fait aucune réserve ». Nous lisons donc, a contrario, que cela eût été possible.

Claire Malwé affirme, d'autre part, « la nature et la destination du Palais de l'Industrie qui doit servir à des solennités publiques, et ce fait seul qu'il est la propriété de l'État, lui confèrent un caractère de monument public ». Nous lisons donc que ça n'est pas la nature de l'État qui pourrait faire obstacle à ce droit de reproduction, mais la nature de monument public que constitue l'œuvre. Elle relève à cet égard, que la confusion entre l'œuvre

⁴⁵⁴ C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, op. cit., p. 22.

⁴⁵⁵ Trib. de la Seine, 30 avril 1855, cité dans Cour imp. de Paris, 5 juin 1855, *Lesourd et la Compagnie du Palais de l'Industrie c. Goupil et Masson*, D. 1857, 2, p. 28.

intellectuelle et son support matériel, courant pour l'époque, permet que la nature de bâtiment appartenant au domaine public entraîne un télescopage des règles de la domanialité publique. Mais en dehors de cette circonstance, il ne paraît pas raisonnable de penser que les doctrines antipropriétaristes du droit administratif aient de réelles conséquences sur la propriété intellectuelle publique, dès lors que les œuvres publiques sont essentiellement parties du domaine privé des personnes publiques.

130. — Ainsi, le droit de propriété des personnes publiques sur leurs œuvres de l'esprit est depuis longtemps reconnu, et ne semble pas tant influencé par l'effet qu'aurait eu la théorie du domaine public a sur cette reconnaissance, dès lors que l'écrasante majorité des biens intellectuels des personnes publiques appartient au domaine privé, à deux exceptions près. Il s'agit, d'une part, et à une époque où l'on confond l'œuvre intellectuelle et son support matériel, des œuvres qui constituent des parcelles du domaine public, tels que les monuments publics. Il s'agit, d'autre part, et bien que cela ne soit plus vraiment une exception, depuis la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur leur domaine public, des œuvres de l'esprit incarnés dans un support matériel appartenant au domaine public par détermination de la loi⁴⁵⁶.

2. — Le droit de la propriété intellectuelle subit les conceptions classiques du droit des biens

131. — Pour rechercher les arguments relatifs à la nature juridique des œuvres de l'esprit et des droits portant sur eux il faut, une fois n'est pas coutume en la matière, se tourner vers le droit civil. L'analyse qui en est faite dans les auteurs qui se sont penchés sur la question nous apporte deux enseignements. Le premier est que la théorie classique du droit de propriété est mal adaptée à saisir ces biens. C'est donc cette théorie qui pose le plus d'inconvénients dans la reconnaissance des biens incorporels, en droit civil comme en droit administratif. Le second est que les arguments mobilisés contre la reconnaissance d'un droit de propriété sur les œuvres de l'esprit sont surtout techniques et portent sur la nature physique de ces choses et non pas sur leur nature juridique.

⁴⁵⁶ Art. L. 2112-1, code général de la propriété des personnes publiques.

Deux thèses se sont d'abord opposées, l'une postulant un droit de propriété sur les œuvres de l'esprit, l'autre le rejetant.

132. — L'exposé de la thèse du droit de propriété sur les œuvres de l'esprit naît après que les lois du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention et du 14 juillet 1866 sur les droits d'auteurs refusent d'en employer le terme. Une partie de la doctrine, qui s'avère être minoritaire, s'étonne que l'on ne reconnaisse pas la nature propriétaire du droit sur les œuvres de l'esprit, au regard des analogies qui peuvent être faites entre ces deux sortes de droit. Trois principaux arguments sont invoqués par les tenants de cette doctrine.

Le premier est celui de la cause du droit de propriété. En effet, dans la pensée libérale classique ce droit est le plus important, puisqu'il découle directement de la liberté individuelle, cette propriété de soi-même, de son travail et, en conséquence, des fruits de son travail⁴⁵⁷. C'est par le travail que l'on s'approprie les choses. À la manière du paysan qui s'approprie le champ inculte en le cultivant, ou de l'artisan qui s'approprie la chaise qu'il fabrique, l'auteur d'une œuvre intellectuelle, qu'il s'agisse d'une symphonie ou d'une nouvelle méthode de production, a créé une chose nouvelle par son labeur, il en devient le propriétaire. Comme l'écrit Adrien Gastambide, « il a formé cette œuvre des richesses de son imagination, de son savoir, de son âme, de son goût. Qu'a-t-il fait autre chose que le propriétaire qui le premier a occupé un champ ou un fragment de matière, et qui, par son intelligence et ses sueurs, l'a consacré en quelque sorte à son usage et en a fait à bon droit sa propriété ? »⁴⁵⁸ Eugène Pouillet avance même que la création intellectuelle est plus pure que la création corporelle, cette dernière n'étant que le fruit d'une transformation de matière déjà existante, là où la première « consiste dans une création, c'est-à-dire dans la production

⁴⁵⁷ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992, p. 163 : « Encore que la terre et toutes les créatures inférieures soient communes et appartiennent en général à tous les hommes, chacun pourtant à un droit particulier sur sa personne, sur laquelle nul autre ne peut avoir aucune prétention. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous le pouvons dire, sont son bien propre. Tout ce qu'il a tiré de l'état de nature, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul : car cette peine et cette industrie étant sa peine et son industrie propre et seule, personne ne saurait avoir droit sur ce qui a été acquis par cette peine et cette industrie (...) ».

⁴⁵⁸ A. GASTAMBIDE, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, Cosse, 1862, p. 81.

d'une chose qui n'existait pas auparavant, et qui est tellement personnelle qu'elle forme comme une partie de lui-même »⁴⁵⁹.

Un second argument concerne les aspects extérieurs du droit de propriété. Cet argument est crucial, parce qu'il nous montre que le problème des œuvres de l'esprit n'est pas leur nature juridique, mais leur nature physique. C'est l'un des éléments qui nous permet de déterminer que la théorie de l'objet corporel du droit de propriété ne trouve pas ici à s'appliquer. En effet, une des difficultés à surmonter lorsque l'on veut reconnaître la nature de bien d'une œuvre de l'esprit est son caractère incorporel. Une chose est usuellement susceptible d'appropriation parce qu'elle est certaine et déterminée. C'est ce qui justifie, d'ailleurs, que les choses communes, telles que l'eau, l'air ou le soleil, ne soient pas considérées comme des biens : elles ne sont pas facilement individualisables. Une réflexion semblable est faite, concernant les *public goods* : il n'est pas évident de déterminer quel bénéfice réel chaque individu tire de la défense nationale ou de l'éclairage public. Si les partisans de la propriété des œuvres de l'esprit reconnaissent que l'appropriation de ce qu'il est pénible d'appréhender par les sens ne va pas de soi, à l'image d'Eugène Pouillet qui admet que « habitués à ne voir la propriété que sous une forme plus ou moins matérielle et toujours tangible, nous nous accoutumons difficilement à la reconnaître sous cette forme nouvelle et tout immatérielle »⁴⁶⁰, particulièrement lorsqu'elle ne se trouve pas incorporée dans un titre, un contrat, comme c'est le cas des créances, et qu'il s'agit donc d'un bien incorporel « pur », cette pensée finit, tôt ou tard par s'incarner dans un livre, sur une toile, dans une représentation théâtrale. « La pensée ainsi matérialisée, nous dit Adrien Gastambide, rendue visible, certaine, durable, ne diffère plus guère, même dans sa partie intellectuelle, des choses qui font le sujet de la propriété ordinaire »⁴⁶¹.

Le troisième argument, relatif au contenu du droit de propriété montre bien qu'en dépit de la disqualification de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété, ces auteurs tentent de lui appliquer le reste de la théorie du droit des biens classique, notamment la

⁴⁵⁹ E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Paris, Marchal, 1908, n° 9, p. 28.

⁴⁶⁰ E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶¹ A. GASTAMBIDE, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, *op. cit.*, p. 82.

théorie du démembrement. Les auteurs partent en effet de la conception classique du droit de propriété, qui est la réunion des pouvoirs d'utiliser la chose (*usus*), de la détruire ou de s'en séparer (*abusus*) et d'en tirer les fruits (*fructus*). Deux principaux arguments étaient opposés à la propriété, concernant ces droits de jouissance. Le premier était que l'auteur n'aurait pas l'usage de son œuvre, parce qu'elle serait créée pour être « offerte » au public, que l'usage de l'œuvre leur reviendrait alors. « Kant a dit qu'un livre était la prestation d'un service envers la société, et on s'est emparé de cette définition pour soutenir qu'un livre n'est pas une propriété », nous dit Adrien Gastambide⁴⁶². Une œuvre musicale et une peinture n'auraient de sens que par leur exposition. Cet argument ressemble singulièrement aux arguments des antipropriétaires du droit public pour qui les biens affectés au domaine public ne sont pas des propriétés parce que les personnes publiques n'en ont pas l'usage, ce dernier étant réservé au public.

Or, dans un cas comme dans l'autre, et c'est l'hypothèse des partisans du droit de propriété sur les œuvres de l'esprit, le détenteur du droit sur l'œuvre ou sur la parcelle peut, s'il le souhaite, se réserver l'usage de son œuvre. À l'instar de la commune qui peut réaffecter la parcelle du domaine public, l'artiste peut retirer l'accès à son musée⁴⁶³. Le second problème relatif aux droits de jouissance est celui du droit de reproduction. L'on soutient, contre le droit de propriété des œuvres de l'esprit que l'œuvre, une fois exposée au public, ne peut plus être retirée, puisqu'on n'imagine guère comment l'auteur d'un livre pourrait interdire à tous ceux qui l'ont acheté de le lire, de le vendre, ou simplement d'en oublier le contenu. Les partisans du droit de propriété soutiennent au contraire, que la reconnaissance d'un droit exclusif de reproduction témoigne bien de cet *abusus*, de même que la transmission aux héritiers.

En dépit de ces arguments, certains auteurs ont pu considérer que le droit de propriété intellectuelle n'était pas un droit de propriété, mais un droit spécifique.

133. — Une jurisprudence en particulier a pu laisser penser à la doctrine qu'il s'agissait d'un droit extrapatrimonial. Dans l'affaire *Lecocq*, le juge civil devait répondre à la question de

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, *op. cit.*, p. 32.

savoir si, dans le cadre du divorce entre le Charles Lecocq et son épouse, les œuvres musicales de ce grand compositeur était l'objet d'un droit de propriété. La réponse à cette question devait permettre de savoir si Madame Lecocq pouvait prétendre, lors de la dissolution de la communauté, non seulement des produits perçus, au titre de ces œuvres, par le couple au jour du partage, mais également à la moitié des œuvres elles-mêmes et, en conséquence, des produits futurs qu'elles pourront générer. La cour d'appel de Paris a, annulant le jugement du tribunal civil de la Seine qui avait reconnu ce droit de propriété, considéré que ni la législation révolutionnaire, ni le code civil n'avait entendu faire des œuvres de l'esprit des choses objet d'un droit de propriété. Elle estime, à la place, « que ces droits n'ont été et ne sont restés que des privilèges exclusifs d'une exploitation temporaire ; qu'ils demeurent donc à côté des classifications du Code civil (...) »⁴⁶⁴.

Dans une note sous cet arrêt, Raymond Saleilles en déduit que le droit doit faire la distinction entre, d'une part, les prérogatives que la personne exerce sur son œuvre, qui est un droit extrapatrimonial et, d'autre part, les prérogatives qu'il exerce sur le produit, en termes de valeur économique, généré par l'œuvre, qui est un droit patrimonial. « En d'autres termes, écrit-il, s'il y a mise en communauté, il y a mise en communauté de la valeur économique qui sera la représentation dans le patrimoine du droit de propriété littéraire, et non de l'élément personne que l'auteur, tant qu'il vit et qu'il n'a pas cédé son droit, conserve par devers lui, comme un droit de sa propre personnalité, comme un élément de sa propre liberté sur lequel personne n'a de prise, pas même la communauté »⁴⁶⁵.

Cette qualification ne prospèrera guère, dès lors que la Cour de Cassation cassera l'arrêt de la Cour d'appel et se rangera derrière une qualification de droit de propriété, estimant « que le droit d'exploiter exclusivement les produits d'une œuvre littéraire ou artistique, réservé par la loi, pour un temps limité, à l'auteur de cette œuvre, constitue un bien entrant dans le commerce et soumis dès lors, à défaut de dispositions légales contraires, aux règles

⁴⁶⁴ CA Paris, 1^{er} février 1900, *Lecocq c. Cinquin*, S. 1900, II., p. 121, note R. SALEILLES.

⁴⁶⁵ R. SALEILLES, note sur CA Paris, 1^{er} février 1900, *Lecocq c. Cinquin*, S. 1900, II., p. 123. Cette opinion est également défendue par Ambroise Colin (note sur CA Paris, 1^{er} février 1900, *Lecocq c. Cinquin*, D. P. 1903, I., p. 5) et F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey 1914, vol. 1, p. 209.

générales du Code civil, en tant qu'elles sont compatibles avec la nature particulière dudit droit »⁴⁶⁶

134. — Paul Roubier proposera également une qualification originale, en créant, au sein de la catégorie des droits patrimoniaux et à côté des notions de droit réel et de droit personnel, une troisième catégorie *sui generis* : le droit de clientèle⁴⁶⁷. Il note trois « objections décisives »⁴⁶⁸ que la qualification de droit réel soulève.

Le premier tient à la nature de ces choses, mais pas tant à leur aspect corporel. Les œuvres de l'esprit ne sont pas perpétuelles. Or, d'une part, selon Paul Roubier, si la perpétuité n'est pas un caractère consubstantiel du droit de propriété, il est bon qu'il demeure le principe et, autant il est possible d'admettre « quelques cas de propriété corporelle temporaire », autant l'on irait trop loin en multipliant ces hypothèses, au point « ces prétendues propriétés de caractère temporaire seraient assez nombreuses pour ne pas être traitées comme des exceptions »⁴⁶⁹. D'autre part, Paul Roubier relève que les œuvres de l'esprit sont créées, ce qui n'est pas le cas des autres. Toutes les autres choses sont acquises soit par occupation – elles préexistent donc à leur appropriation – soit par un mode dérivé « même ces objets mobiliers que crée chaque jour l'industrie ne représentent que des transformations de matières premières, et ils sont acquis, non par voie de création, mais par voie d'accession »⁴⁷⁰. Cet argument, quoiqu'on en pense, n'est pas lié à l'aspect incorporel des œuvres de l'esprit, mais à leur mode de création. On pourrait d'ailleurs soutenir, dans une perspective strictement matérialiste, que les œuvres de l'esprit résultent de la transformation de matières premières.

Les deux autres arguments sont économiques. Le deuxième consiste à dire que l'exclusivisme de la propriété est justifié par le fait qu'il n'est pas possible pour plus d'une personne d'exploiter un bien corporel. Ce n'est pas le cas d'une invention. Encore une fois, c'est l'aspect original, unique, qui est invoqué ici, non pas son aspect incorporel. Le troisième

⁴⁶⁶ Cass. Civ., 25 juin 1902, *Cinquin c. Lecocq*.

⁴⁶⁷ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droit de clientèle », *op. cit.*, p. 276.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

et dernier argument postule que l'inventeur d'un brevet ou l'auteur d'une œuvre n'est pas dans la même situation économique que le propriétaire d'un bien corporel, parce qu'il est investi d'un monopole sur son œuvre qui se soustrait à la concurrence. « Car les propriétés corporelles, écrit Paul Roubier, sont placées sous la loi souveraine de la liberté du commerce, alors que les droits qui sont concédés à l'inventeur ou à l'auteur dérogent au contraire à cette loi »⁴⁷¹.

Il propose alors une notion nouvelle, le droit de clientèle, qu'il définit comme « un droit qui assure à son titulaire, vis-à-vis de tous, l'exclusivité de la reproduction soit d'une création nouvelle, soit d'un signe distinctif »⁴⁷²

135. — Aujourd'hui, la doctrine s'accorde à dire que le droit détenu sur un œuvre intellectuelle, qu'elle soit littéraire, artistique ou industrielle, est un droit de propriété spécial⁴⁷³.

Il s'agit d'un droit de propriété, d'une part, au regard du droit positif, qui le qualifie assez explicitement comme tel. L'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, définissant le droit d'auteur, indique donc que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». L'article L. 513-2 du même code précise que « (...) l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder ». Il cite également les articles L. 613-14 et L. 613-24, du même code, qui évoquent « le propriétaire du brevet », ainsi que l'article L. 713-1, aux termes duquel « l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque (...) ». L'on peut ajouter qu'il est protégé comme tel par le droit de l'Union européenne, notamment l'alinéa 2 de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, *Marques et autres signes distinctifs. Dessins et modèles*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 2009, pp. 11 et suiv. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 11^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental, 2019, p. 31 : « (...) le droit d'auteur constitue bien une forme de propriété ».

D'autre part, de manière plus générale, au regard du fait qu'il présente les mêmes attributs que le droit de propriété de l'article 544 du code civil, l'usus, qui « lui permet d'exploiter la chose en exclusivité ou de la mettre à disposition d'un tiers, le fructus de tirer profit de l'exploitation de la chose, soit directement, soit en accordant moyennant rémunération des autorisations d'exploitation, appelées licences, et l'abusus, de disposer de son droit soit par transmission à un tiers, à titre onéreux ou gratuit, soit par une renonciation, expresse ou tacite, qui le fait disparaître »⁴⁷⁴.

Il s'agit toutefois d'un droit de propriété spécial, mais non pas tant en raison de la nature singulière du droit, que de celle de son objet, qui appelle juste à une adaptation des règles, du régime de la propriété. Ainsi, le caractère spécial de ce droit tient à la multiplication des règles spéciales qui ont été adoptées pour le régler. La nature juridique du droit est bien un droit réel de propriété, en revanche, le régime juridique est assez différent du droit réel de propriété de l'article 544 du code civil, dès lors qu'il répond à un droit spécial assez substantiel qui y déroge toutes les fois qu'il contrevient au régime du droit de propriété. Bien sûr, on notera que ces règles spéciales ont été élaborées eu égard à la valeur économique de ces biens qui sont incorporels. Il n'en demeure pas moins que ce droit n'est pas de nature différente. Jérôme Passa estime qu'il s'agit là d'un droit d'une nature particulière, relevant que « l'existence de ces régimes spéciaux très détaillés, rendue nécessaire par l'immatérialité de l'objet des droits, exclut (...) l'assimilation pure et simple à la propriété de droit commun »⁴⁷⁵. En effet, la doctrine, reprenant l'argument économique de Paul Roubier, ne nie pas que l'incorporalité et l'ubiquité des œuvres de l'esprit les rend « inaptes à l'établissement naturel d'un rapport de propriété »⁴⁷⁶. Mais ce particularisme, selon lui, ne fait pas obstacle à la qualification de droit réel.

136. — Ce qui émane de ce qui précède, c'est bien que l'œuvre de l'esprit n'ait pas tant posé de problème, au regard de son appropriation, eu égard à sa nature de droit incorporel, tant que par les difficultés à son appréhension physique. Nous retrouverons les mêmes questionnements pour les choses communes, qui ont été, pour le coup, rejeté hors de la

⁴⁷⁴ J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

propriété pour être soumis à un pouvoir de police. En revanche, dès lors que le bien incorporel considéré est un droit juridique, droit réel ou droit personnel, son appropriation est moins évidente pour des raisons qui tiennent à leur nature juridique.

B. — Le bien immatériel contesté à raison de sa nature juridique : la créance

137. — L'expulsion des droits de créance en dehors du droit administratif des biens a lieu avec le décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, *relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages*, communément appelé « code domanial »⁴⁷⁷. Tandis que le domaine de la Couronne comptait, à côté des choses corporelles, essentiellement foncières, de nombreuses prérogatives incorporelles, comme les droits de lever l'impôt, les Révolutionnaires renvoient vers les finances publiques « les droits utiles et honorifiques ci-devant appelés régaliens, et notamment ceux qui participent de la nature de l'impôt, comme droits d'aides et autres y joints, contrôle, insinuation, centième denier, droits de nomination et de casualité des offices, amendes, confiscation, greffes, sceaux et tous autres droits semblables »⁴⁷⁸ et laissent dans le domaine public les biens corporels, essentiellement fonciers. Exclure les droits de lever l'impôt et de concéder le domaine public du champ du droit de propriété peut s'entendre, eu égard à leur dimension politique (1.). Mais lorsque cet ostracisme s'étend aux actions et participations financières des personnes publiques, explicitement qualifiées de bien par le code civil, l'explication n'est plus aussi efficace (2.).

1. — Les actifs de souveraineté : droit de lever l'impôt et de concéder le domaine public

138. — Le droit de lever l'impôt est sorti du domaine de la Couronne en 1790, mais son incalculable valeur économique en fait, désormais, un bon candidat à la patrimonialisation. Comme dans nombre de cas, le phénomène de patrimonialisation passe par l'antichambre

⁴⁷⁷ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 30. « C'est le Code domanial de 1790 qui a dégagé une définition nouvelle des propriétés publiques en l'amputant de tous les droits incorporels, passés dans la notion voisine des finances ou deniers publics » L. DERUY, D. MANDELKERN, Y. GAUDEMET, « Rapport du groupe de travail – valorisation des propriétés publiques », *op. cit.*, p. 44.

⁴⁷⁸ Art. 9 du décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, *relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages*, J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 31.

de la comptabilité et c'est dans la notion d'actif que nous trouvons les impôts. La norme n° 3 du *Recueil des normes comptables de l'État* a pour objet de « définir les principes généraux de comptabilisation des produits régaliens de l'État et la présentation de ces produits dans les états financiers »⁴⁷⁹. Cette norme est le pendant national de la norme internationale IPSAS n° 23, qui concerne les « produits des opérations sans contrepartie (impôts et transferts) »⁴⁸⁰. Le particularisme de ces produits a amené le droit de la comptabilité nationale à s'interroger sur la question de savoir si, tout simplement, le droit de lever l'impôt n'était pas lui-même un actif⁴⁸¹. « Les normes comptables internationales concernant les institutions publiques, rappelle Claude Rubinowicz, reconnaissent effectivement le droit de lever l'impôt, le droit de lever des taxes, le droit de mettre en place des réglementations, des quotas, comme des actifs immatériels »⁴⁸². Cette idée chemine et fait de plus en plus sens pour un droit dont le but est essentiellement de chercher les sources de valeur économique. Mais la transition entre actif comptable et bien juridique n'est pas toujours évidente. D'abord, parce que l'objectif poursuivi n'est pas le même et, en conséquence, que la notion d'actif n'est pas soumise aux mêmes contraintes que celle de bien. Ensuite et surtout, parce que la notion d'actif s'est rapidement émancipée de celle de bien, à l'époque où les finances publiques et le droit fiscal s'échappent du droit des biens. Ainsi, pour Pierre Delvolvé, « tous les droits ne sont pas des biens, en particulier les droits de souveraineté, les droits exercés par l'État au titre de sa souveraineté, ou par les collectivités locales, non pas au titre d'une souveraineté qu'elles n'ont pas, mais de pouvoir qui lui sont reconnus par l'État »⁴⁸³. Il ne s'agit pas vraiment d'une justification par le droit de propriété, tant qu'une explication par

⁴⁷⁹ *Recueil des normes comptables de l'État*, p. 54.

⁴⁸⁰ *Recueil des normes comptables de l'État*, p. 58.

⁴⁸¹ A. ROSA, « Le droit de lever l'impôt », in S. KOTT (dir.), *Droit et comptabilité. La spécificité des comptes publics*, préf. M. PRADA, Paris, Economica, coll. « Finances Publiques », 2017, p. 273

⁴⁸² C. RUBINOWICZ, « Identification du patrimoine immatériel », in Conseil d'État, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques. Colloque organisé par le Conseil d'État le 16 mars 2012 à l'École nationale d'administration*, Paris, La doc. fr., 2013, p. 26.

⁴⁸³ P. DELVOLVÉ, « Identification du patrimoine immatériel », in Conseil d'État, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques. Colloque organisé par le Conseil d'État le 16 mars 2012 à l'École nationale d'administration*, Paris, La doc. fr., 2013, p. 28.

la nature éminemment politique de ce droit. Mais le statut des revenus du domaine public apparaît plus ambiguë.

139. — La loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 était supposée avoir évacué les créances en dehors du droit des biens, mais les revenus du domaine ont demeuré. En effet, la féodalité est une période propice à la multiplication de la perception de revenus sur le domaine⁴⁸⁴. Mais les doctrines économiques converties à la liberté de circulation des marchandises – physiocrates, partisans du laissez-faire, etc. – vont, dès la fin de l’Ancien Régime promouvoir des politiques de diminution de ces droits. Les régimes républicains tenteront d’être fermes sur la question, mais seront, chaque fois, contraints de maintenir des revenus du domaine, essentiellement parce que les ressources fiscales ne permettent pas de couvrir toutes les dépenses. Ainsi, la loi des 15 et 24 mars 1790, supprime les péages, mais maintient « les droits de bac, et les droits concédés pour dédommagement des frais de construction de canaux et tous autres ouvrages d’art ». Les ponts à péage seront rétablis par la loi du 14 floréal an X, pour dix ans seulement, mais ce terme sera prolongé par lois de finances dès 1817⁴⁸⁵. La troisième République tente, à son tour, de consacrer une véritable liberté d’aller et venir, en interdisant, pour l’avenir, l’établissement de ponts à péage, par la loi du 30 juillet 1880. Mais dès l’année suivante, la loi du 29 juillet 1881, autorise la perception de redevances d’occupation temporaire du domaine public. Le caractère très largement payant des autoroutes françaises est un bon exemple du caractère illusoire d’un principe pourtant explicitement consacré⁴⁸⁶. Pour qualifier la nature juridique de ces revenus, Claire Malwé⁴⁸⁷, qui se fonde sur les travaux de Catherine Teitgen-Colly, rappelle que deux solutions ont été proposées. Une première solution proposée est celle de les exclure, au même titre que les créances fiscales, en dehors du champ des biens. Pour Jean-Baptiste

⁴⁸⁴ Pour des exemples, V., notamment, A. COSSALTER, *Le péage*, Thèse de doctorat de l’Université Panthéon-Assas, 1975.

⁴⁸⁵ Pour l’historique, consulter C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, op. cit., p. 24, note n° 84.

⁴⁸⁶ L’article L. 122-4 du *code de la voirie routière* affirme pourtant, non sans audace, que « L’usage des autoroutes est en principe gratuit ».

⁴⁸⁷ C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, op. cit., pp. 23 et suiv. Elle se fonde sur les travaux de Catherine TEITGEN-COLLY (*La légalité de l’intérêt financier dans l’action administrative*, op. cit., pp. 472 et suiv.).

Victor Proudhon, les revenus du domaine, tels que « les péages qui se paient sur les ponts et sur les canaux de navigation (...) sont des impôts indirects perçus sur les navigateurs ou les passants, et non pas un vrai produit du fonds »⁴⁸⁸. L'explication fait sens, dès lors que l'on sait que Proudhon rejette le droit de propriété des personnes publiques sur leur domaine public, et donc qu'une qualification autre que fiscale pourrait signifier l'existence d'un tel droit. C'est ce qu'a jugé très longtemps la jurisprudence. Ainsi, les redevances pour occupation privative du domaine public ne sont pas des impôts mais des « taxes assimilées aux contributions indirectes »⁴⁸⁹. De même, le Conseil d'État a considéré « que les sommes payées par les usagers d'une autoroute à péage ont le caractère d'une taxe »⁴⁹⁰. C'est également le cas des taxes communales et départementales sur l'électricité ou, encore, des droits de place perçus dans les halles, foires et marchés⁴⁹¹. Cette nature fiscale a aujourd'hui disparue. Par un arrêt de 1989, *Chambre du commerce et de l'industrie du Var*⁴⁹², le Conseil d'État a définitivement mis un terme à la classification des redevances domaniales dans la catégorie des droits indirects, suivant son Commissaire du gouvernement qui ne voit pas « quelles seraient les caractéristiques particulières de la redevance d'occupation domaniale dans le cas d'une autorisation qui permettraient de la classer dans la catégorie des contributions indirectes », lui préférant une nature « d'opération de puissance publique »⁴⁹³.

Une seconde solution, portée par Théophile Ducrocq et que l'on retrouve également chez Anselme Batbie, est d'admettre l'existence d'un domaine national incorporel. Cette seconde solution n'est pas sans rappeler le domaine de la Couronne, qui contenait, sous l'Ancien Régime, des biens incorporels. Refusant à la fois la propriété du domaine public et la nature fiscale des droits perçus sur le domaine, Théophile Ducrocq définit le domaine national

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁸⁹ Cons. d'État, 8 mars 1929, *Bonneton* ; Cons. d'État, 6 avril 1951, *Syndicat des marchands d'Eure-et-Loir*.

⁴⁹⁰ Cons. d'État, 28 juin 1965, *Demoiselle Ruban c/ Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, *rec.*, p. 816.

⁴⁹¹ Loi du 11 frimaire an VII, article 6, n° 3, repris dans la loi du 18 juillet 1838, article 31, puis dans la loi municipale du 5 avril 1884, article 133 aujourd'hui codifié à l'article L. 231-5-b) du code des communes.

⁴⁹² Cons. d'État, Sect., 22 décembre 1989, *Chambre du commerce et de l'industrie du Var*, req. n° 46 052, *rec.*, p. 268 ; *RFDA* 1990, p. 649, conclusions O. FOUQUET ; *D.* 1991, Somm., p. 142, observations F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *LPA*, 12 juin 1992, n° 72, p. 18, note BOUDINE).

⁴⁹³ O. FOUQUET, conclusions sur Cons. d'État, sect., 22 décembre 1989, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*.

comme « la réunion de tous les biens, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, affectés à des titres divers à l'universalité de la nation française »⁴⁹⁴. Dans les biens incorporels, il classe notamment les droits de pêche dans les fleuves et rivières, les droits de bacs, de navigation, les droits de péages et les droits de chasse⁴⁹⁵. Anselme Batbie affirme sensiblement la même chose, puisqu'il admet l'existence d'un domaine de l'État incorporel, « qui se compose du droit de pêche dans les rivières navigables et flottables, des péages pour le passage des routes ou des rivières sur des ponts ou bacs et du droit de chasse dans les forêts »⁴⁹⁶.

140. — Comme le relève Claire Malwé, « cette construction juridique n'apparaît utile qu'à ceux qui refusent de voir dans le droit de propriété le fondement de la perception des revenus du domaine »⁴⁹⁷. Elle relève, que cette seconde solution n'est pas en cohérence avec la conception classique du droit de propriété et « se démarque, sur ce point des théories de Bartole »⁴⁹⁸.

2. — *Les actifs de propriété : actions et participations financières des personnes publiques*

141. — Le premier à avoir fait preuve d'un certain scepticisme quant à la propriété des actions et participations financières publiques est Lucien Rapp. Il rejette la propriété des actions et préfère, les concernant, la notion d'appartenance publique, qui « caractérise la situation d'une entreprise sur laquelle une majorité d'actionnaires publics exercent "un pouvoir prépondérant de décision et de gestion" (suivant l'expression retenue par le législateur dans une loi du 22 juin 1976 portant réforme de la Cour des comptes) »⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris, Thorin, 1881, p. 105.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ A. BATBIE, *Introduction générale au droit public et administratif*, t. 1, Paris, Librairie du Conseil d'État, 1861, p. 214.

⁴⁹⁷ C. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ L. RAPP, « De la domanialité publique à l'appartenance publique. Une évolution dans la Révolution ! », in G. KOUBI (dir.), *Propriété et Révolution. Actes du colloque de Toulouse. 12-14 octobre 1989*, Paris, CNRS, 1990, p. 169.

L'argument principal de l'auteur est, presque explicitement, la théorie classique du droit de propriété. En effet, la raison est que les objets que l'appartenance publique concerne – c'est-à-dire « les valeurs, les actions, les titres de société »⁵⁰⁰ – sont des biens incorporels, cependant que le domaine public se limite aux choses corporelles. Ceci est la conséquence du fait que ces actions ne sont pas susceptibles d'être des objets d'un droit de propriété. Il distingue alors, d'une part, la propriété de la part du capital à laquelle donne droit à l'action et, d'autre part, le contrôle que cette action permet à son titulaire d'exercer sur la société. Observant que les produits financiers sont gérés, au niveau national, par le ministère des finances et, au niveau local, par les ordonnateurs et les comptables, il expulse bel et bien les actions et participations financières en dehors du droit administratif des biens, dans le domaine des finances publiques.

D'autres raisons concernent plus directement le régime d'affectation des biens. D'abord, pour Lucien Rapp, les actions et participations financières n'obéissent pas au régime du domaine public et, à ce titre, ne doivent pas faire l'objet d'une désaffectation et d'un déclassement, lorsqu'elles sont cédées. Ensuite, en ce qui concerne la nature juridique de l'entreprise, elle ne devient pas publique ou privée, en fonction de son appartenance publique. Enfin, en ce qui concerne la nature juridique des biens appartenant à l'entreprise, ils n'intègrent pas le domaine public, en fonction de l'appartenance publique de l'entreprise. On voit bien, ici, que les arguments de rejet de la propriété des personnes publiques sur leurs actions mêlent théorie classique du domaine public et considérations propres au droit de propriété. Elle sera reprise par certains auteurs plus récemment.

142. — L'idée que la propriété financière se distingue de la propriété publique résulte, notamment, selon Jennifer Marchand, du fait, d'une part, que les droits incorporels, qu'il s'agisse des œuvres de l'esprit ou des actions et participations financières, n'appartiennent pas au domaine public, dès lors que ce régime n'est pas compatible avec la gestion industrielle et, d'autre part, que le code général de la propriété des personnes publiques ne parle pas de ces actions et participations financières, notamment parce qu'il n'évoque que très peu le

⁵⁰⁰ *Ibid.*

domaine privé des personnes publiques, auquel elles appartiennent. « Cette carence, nous dit l'auteur, étaye l'idée que la propriété financière de l'État ne répond pas globalement au régime de la propriété publique »⁵⁰¹. Elle reprend alors l'argument de Jean-Marie Auby, qui affirmait que l'exclusion par certains auteurs – il cite André de Laubadère – des actions et participations financières en dehors du domaine public et du domaine privé, aboutissant « à introduire dans la classification des biens administratifs une troisième catégorie innommée »⁵⁰².

Elle en déduit donc, pour ces choses, un régime juridique particulier « sans lien avec la domanialité »⁵⁰³. Pour ce faire, elle développe trois séries d'arguments.

Le premier est que ces biens sont gérés par une agence particulière, l'Agence des participations de l'État, qui n'est pas l'Agence France Domaine, qui est devenu Direction de l'immobilier de l'État. C'est effectivement un signe fort de la distinction entre participations financières et biens juridiques. Notons, qui plus est que cette Agence des participations de l'État a survécu à la création d'une Agence du patrimoine immatériel de l'État, montrant combien, au moins organiquement, les actions et participations de l'État sont distinctes de ses biens immobiliers et immatériels.

La deuxième série d'arguments concerne l'objet de la propriété financière. D'une part, Jennifer Marchand prend acte de la révolution qu'a constitué le code général de la propriété des personnes publiques, en dissociant propriété publique et régime domanial. Pour elle, les actions et participations financières ne répondent pas aux critères de la domanialité publique mobilière et font donc parti du domaine privé, à la manière des œuvres de l'esprit. D'autre part, les actions et participations financières sont des meubles par détermination de la loi, comme l'indique l'article 529 du code civil. Elle indique à nouveau que ces droits ne satisfont pas aux critères de l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques et ne font donc pas partie du domaine public des personnes publiques. La Cour d'Appel de

⁵⁰¹ J. MARCHAND, *Recherche sur le régime des actions et participations financières de l'État*, préf. L. RAPP, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 279, 2014, p. 152.

⁵⁰² J.-M. AUBY, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE* 1958, p. 36.

⁵⁰³ J. MARCHAND, *Recherche sur le régime des actions et participations financières de l'État*, *op. cit.*, p. 153.

Paris rappelle à cet égard que ce code ne dit rien « des autres biens meubles appartenant à une personne publique – spécialement les biens meubles incorporels tels que les instruments financiers –, soit qu’il les néglige ou les omette »⁵⁰⁴. Interrogé par la Cour, à titre préjudiciel, sur le régime de ces biens, le Tribunal administratif de Paris botte en touche en reformulant la question de sorte à n’avoir qu’à se prononcer sur leur nature domaniale et se prononcer pour la domanialité privée⁵⁰⁵. Cette solution, selon l’auteur, qui se range derrière l’avis de Lucien Rapp, n’indique qu’une seule chose : les actions et participations financières publiques sont des biens meubles faisant partie du domaine privé, sauf à ce que l’entreprise « exerce un monopole public ou gère une activité d’intérêt générale »⁵⁰⁶, ce qui en rapproche le régime de celui des privatisations. Elle en conclut, que « si les actions sont des biens meubles incorporels relevant du domaine privé et sont de fait soumis au CGPPP, l’actionariat public ne relève pas du droit administratif des biens »⁵⁰⁷. La raison en est, selon l’auteur, que les actions et participations financières des personnes publiques ne peuvent faire l’objet d’une expropriation, mais que leur régime est régi par une loi spéciale : celle des règles relatives aux transferts d’entreprises du secteur public vers le secteur privé. Il faut donc écarter l’application des règles de la domanialité et de la propriété publiques.

La troisième série d’arguments concerne les effets de la propriété financière. Pour l’auteur, le régime des actions et participations financières publiques ne s’attache pas à la propriété publique, mais à la propriété financière. La première idée concerne les effets de la propriété publique. Elle commande premièrement l’incorporation au domaine public. Et elle protège les propriétés publiques, d’une part par l’incessibilité à vil prix et l’insaisissabilité. La seconde idée concerne les effets de la propriété financière. La première différence entre propriété publique et financière réside dans l’idée qu’une action donne un pouvoir de contrôle sur l’entreprise que ne peut appréhender la notion de propriété. Ces actions ne sont pas gérées par France Domaine, mais par l’Agence des participations de l’État, la Caisse des dépôts et

⁵⁰⁴ CA Paris, 17 mars 2011, *Département de Saône-et-Loire, M. Z. c. Société « Autoroutes Paris-Rhin-Rhône », Société Eiffarie*, req. n° 10/18633.

⁵⁰⁵ TA Paris, 21 octobre 2011, *Société APPR, Société Eiffarie*, req. n° 1105713.

⁵⁰⁶ L. RAPP, « Personnes publiques et qualité d’actionnaire. Réflexions sur quelques évolutions jurisprudentielles récentes », *Bulletin Lamy* 2012, cité par J. MARCHAND, *Recherche sur le régime des actions et participations financières de l’État, op. cit.*, p. 156.

⁵⁰⁷ J. MARCHAND, *Recherche sur le régime des actions et participations financières de l’État, op. cit.*, pp. 156-157.

consignations ou le Fonds stratégique d'investissement. La deuxième différence est que le statut juridique de l'entreprise ne change pas en fonction de son appartenance au secteur public.

On voit bien le malaise que rencontre la part de la doctrine qui souhaite refuser l'application de la propriété publique aux actions et participations publiques. Alors que le droit civil et même la jurisprudence administrative a explicitement qualifié ces éléments de biens publics – relevant du domaine privé – les contempteurs de leur appropriation ont toutes les difficultés à expliquer que ces biens ne relèvent toutefois pas du droit de propriété. À l'instar du rejet de l'appropriation des actifs de souveraineté, le rejet de l'appropriation des actions et participations publiques est plus une pétition de principe, qu'une véritable démonstration fondée sur la technique.

Section n° 2. — Les limites de la propriété privée comme modèle d'appropriation des biens en droit administratif

143. — À côté des choses qui ne sont reconnues qu'avec difficultés comme relevant effectivement du droit des biens – en l'occurrence, administratif – existent des choses dont on continue, assez généralement, de considérer qu'elles échappent aux différents mécanismes de cette discipline juridique.

Les raisons de cette exclusion sont de deux ordres. Une première raison est technique, lorsque l'on estime que leur nature physique n'est pas appréhendable par la structure des droits qui s'exercent sur les choses. Par exemple, les droits des réels étant classiquement définis comme des droits que la personne exerce immédiatement sur la chose, son absence de consistance, comme c'est le cas de la lumière, par exemple, le rendrait rétif à toute forme d'appropriation. Une seconde raison est morale, lorsque l'on estime que, par leur nature politique, il n'est acceptable de soumettre certaines choses à un droit – la propriété – qui, par sa nature, politique également, consiste à dégrader leur valeur morale. Par exemple, les autorisations administratives, qui constituent le produit de l'exercice de la puissance publique, parce que leur existence satisfait l'intérêt général avant de satisfaire l'intérêt particulier de celui qui en bénéficie, ne sauraient être patrimonialisées.

Ces deux raisons ne se chassent pas : les autorisations administratives, précaires et révocables par essence, semblent, sinon physiquement, au moins juridiquement rétives à ce qu'il ne soit possible à un autre que son créateur d'en jouir et disposer de la manière la plus absolue.

144. — Exclure certaines choses du droit des biens ne signifie pour autant pas qu'ils sont soustraits à toute forme d'exercice d'un pouvoir par des personnes. En effet, la gestion raisonnée de ressources naturelles ou l'intérêt financier attaché à des droits de jouissance exclusive nécessite d'être saisi par le droit. C'est pourquoi, qu'il s'agisse des choses communes ou des autorisations administratives, elles sont soumises à des régimes juridiques qui ne sont

pas le droit des biens, mais sont vus comme plus aptes à saisir ces genres singuliers de choses⁵⁰⁸.

Deux de ces régimes juridiques sortent du lot et nous les prendront leur exemple, pour montrer combien, en réalité, l'ombre des conceptions classiques du droit des biens n'est jamais très loin. Après nous être intéressé à la manière dont le droit de la comptabilité permet de donner une substance juridique aux aspects économiques et financiers détenus par la personne privée qui se voit confier une autorisation administrative (§1.), nous verrons comment le droit de la police administrative permet de réglementer l'usage des choses dont on dit pourtant que la nature physique empêche de réglementer l'usage (§2.).

§1. — La valorisation des autorisations administratives dans le bilan des entreprises

145. — La notion d'actif, parce qu'elle diffère de la notion de bien pose des difficultés d'appréhension. L'exemple des autorisations administratives, qui sont considérés comme des actifs et donc comme des valeurs économiques pour les particuliers, mais pas comme des biens au sens du droit administratif, aboutit à une gestion erratique des systèmes d'autorisation.

A. — Le rejet de la qualification de bien des autorisations administratives

146. — Le principe d'incessibilité des autorisations administratives a essentiellement trois justifications.

La première est le caractère personnel de l'autorisation. Cet argument prend une intensité particulière lorsqu'elle touche au domaine public. Dans l'espèce suivante, l'administration avait accordé au requérant une autorisation d'occupation temporaire du domaine public maritime pour son restaurant. Ce dernier a sollicité de l'administration le droit de transférer cette autorisation, dans le cadre, certainement, de la cession de son fonds de commerce. L'administration refusa sa demande, refus qui fût confirmé par le tribunal administratif de Bastia. En cassation, le Conseil d'État décidera qu'une autorisation d'occupation du

⁵⁰⁸ V., notamment, J.-C. ROTOULLIÉ, « Les alternatives non-patrimoniales à la propriété publique », in AFDA, *La propriété publique*, Paris, Dalloz, 2020, p. 101.

domaine public maritime ne pouvait faire l'objet d'un transfert, dès lors qu'elle était « strictement personnelle et révocable »⁵⁰⁹. De manière encore plus claire, le Conseil avait décidé, dans le cadre du retrait d'un permis portant occupation d'un poste de mouillage, que « la disposition d'un poste de mouillage étant strictement personnelle, elle ne peut en aucune façon donner lieu à cession sous quelque forme que ce soit »⁵¹⁰.

Deuxième argument, la gratuité. La confirmation du caractère incessible des autorisations administratives viendra d'ailleurs lorsque le Conseil évoque, concernant les autorisations de taxi « le caractère incessible de l'autorisation d'exploiter un de ces véhicules »⁵¹¹. Le Conseil précisera, à ce titre, en 1955 que le maire peut, dans un objectif de bonne gestion du domaine public et pour la sécurité, limiter le nombre de taxis « et subordonner l'exploitation de ces véhicules à la délivrance d'une autorisation administrative, laquelle revêt un caractère incessible »⁵¹². Cette incessibilité n'est pas absolue et ne concerne que la cessibilité à caractère onéreux.

Enfin, troisième argument, le fait que la cessibilité de ces actes s'apparente à faire commerce de la puissance publique. À ce titre, l'on se souviendra des propos énergiques du commissaire du gouvernement Chenot, qui dénonçait « l'acte immoral sinon délictueux », la « manœuvre coupable » de la dame veuve Trompier-Gravier, permettant à la dame Lange d'exploiter son kiosque à journaux en contrepartie d'une rémunération financière, sont un poncif des études sur la patrimonialisation des autorisations administratives⁵¹³.

147. — En théorie, donc, le principe demeure l'incessibilité des actes administratifs. Mais tout au long de la première moitié du XX^{ème} siècle, le législateur a accumulé les dérogations à ce principe, dans le cadre des régimes d'autorisations qu'il institue afin de contrôler davantage une économie secouée par les guerres et les crises. Il n'est bien sûr pas question, dans un premier temps, de reconnaître la cessibilité d'actes de puissance publique

⁵⁰⁹ Cons. d'État, 10 mai 1989, *M. Claude Munoz*, req. n° 73 146, *RDP* 1982, p. 1805.

⁵¹⁰ Cons. d'État, 1^{er} décembre 1982, *Commune d'Arcachon*, req. n° 27 213.

⁵¹¹ Cons. d'État, 5 décembre 1951, *Sieur Podio*, req. n° 96 039, *Rec. Lebon*, p. 570.

⁵¹² Cons. d'État, 23 novembre 1955, *Dame Dupont*, req. n° 8 561, *Rec. Lebon*, p. 555, *RDP* 1956, p. 143, note M. WALINE.

⁵¹³ B. CHENOT, conclusions sur Cons. d'État, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, *RDP* 1944, p. 258.

directement, c'est donc par le biais du droit de présentation que l'opération se fait. En effet, de nombreuses lois ont permis d'organiser des marchés d'autorisations administratives en permettant aux personnes détentrices de ces actes de les céder à un successeur moyennant finance. L'exemple topique reste l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, *sur les finances*, qui offre le droit aux officiers ministériels – notaires, greffiers, huissiers, etc. – de présenter un successeur. La Cour de Cassation admettra dès 1820 que ce droit implique la possibilité de procéder à des arrangements financiers⁵¹⁴. Mais aujourd'hui, les exemples se multiplient. L'article 3 de la loi n° 95-66 du 20 janvier 1995, aujourd'hui codifié dans le code des transports, autorise le titulaire d'une licence de stationnement, nécessaire à l'exercice de la profession de chauffeur de taxi, à « présenter à titre onéreux un successeur à l'autorité administrative qui a délivré celle-ci. » La loi n° 2004-274 du 25 mars 2004, codifié au code de commerce, permet également aux détenteurs d'un emplacement sur un marché d'intérêt national à le céder. Cette cessibilité connaît d'intéressantes applications en ce qui concerne les droits réels constitués sur le domaine public. En effet, tout l'intérêt de la constitution de tels droit et de permettre son détenteur d'exercer certaines prérogatives propriétaire dessus. Ainsi, l'article L. 1311-3 du CGCT permet la cession des droits octroyés par un bail emphytéotique administratif, de la même manière que l'article L. 2122-7 du CGPPP permet la cession des droits résultants des droits réels constitués sur le domaine public de l'État (L. 2122-20 du CGPPP pour les collectivités locales).

B. — L'assimilation des autorisations administratives à des biens en pratique

148. — Dans le cas où la personne publique souhaite agir sur un régime d'autorisations administratives, elle va donc nécessairement devoir concilier l'intérêt général avec les intérêts des particuliers qui possèdent la valeur économique sur laquelle elle va influencer. Trois hypothèses s'offrent à elle. Elle peut renoncer à son action afin de maintenir un genre de paix sociale (1.) ; elle peut dédommager les particuliers affectés par son action comme s'ils avaient des droits (2.) ; mais, elle ne tirera presque jamais toutes les conséquences de la précarité des autorisations qu'elle génère.

⁵¹⁴ Cass., 20 juin 1820, *sieur Lavalley*.

1. — Ne pas agir : les autorisations de stationnement dans la zone de taxi parisienne

a. — *L'incompatibilité du marché des licences de taxi avec la satisfaction de l'intérêt général*

149. — La régulation du nombre de taxis est justifiée par une bonne gestion du domaine public. En effet, la « maraude », nom que l'on donne au stationnement sur la voie publique en attente de clientèle, en l'absence de réglementation, pourrait aboutir à un usage privatif abusif du domaine public, siège de la liberté d'aller et venir. C'est pourquoi, le monopole des taxis, contrepartie de leur contingentement, ne concerne que la maraude. Ainsi, l'article L. 3121-1 du code des transports, qui dispose que « les taxis sont des véhicules automobiles (...) dont le propriétaire ou l'exploitant est titulaire d'une autorisation de stationnement sur la voie publique, en attente de la clientèle, afin d'effectuer, à la demande de celle-ci et à titre onéreux, le transport particulier des personnes et de leurs bagages ». Un second marché se développe à partir des années 1950-1960, celui de la réservation préalable. Sur ce marché, les chauffeurs de taxi ne disposent pas de monopole et subissent la concurrence des voitures de grande remise, organisées par le décret n° 55-961 du 15 juillet 1955 *relatif à l'exploitation des entreprises de remise et de tourisme*, et des voitures de petites remise, organisées par la loi n° 77-6 du 3 janvier 1977 *relative à l'exploitation des voitures dites de « petite remise »*. La loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, *d'orientation des transports intérieurs* a permis le transport léger de personnes par des véhicules autres que les taxis⁵¹⁵. En dépit de cette évolution, le système s'est très rapidement figé, pour faire l'objet de nombreuses critiques.

En effet, comme le rappelle le rapport du député Thomas Thévenoud, le nombre de licences de taxi dans la zone des taxis parisiens est passé de 14 000 en 1937 à 15 800 en 2007, alors que sur cette même période, la population a presque doublé⁵¹⁶. Cette situation avait déjà conduit à plusieurs condamnations. Dès 1959, le rapport de Messieurs Louis Armand et Jacques Rueff dénonçait des « îlots de résistance aux nécessaires aménagements de structure, aux conversions et aux adaptations qu'exigent le progrès technique, le renouveau démographique et l'évolution sociale. »⁵¹⁷ En particulier, « la limitation

⁵¹⁵ T. THÉVENOUD, *Un taxi pour l'avenir. Des emplois pour la France*, avril 2014, p. 18.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁵¹⁷ L. ARMAND, J. RUEFF, *Rapport sur les obstacles à l'expansion économique*, novembre 1959, p. 14.

réglementaire du nombre des taxis nuit à la satisfaction de la demande et entraîne la création de « situations acquises », dont le transfert payant des autorisations de circulation est la manifestation la plus critiquable »⁵¹⁸. Plus proche de nous, le *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, prônait en 2008 l'ouverture à la concurrence de la profession de taxi afin de répondre à une demande insuffisante⁵¹⁹.

150. — Une telle paralysie administrative en matière de licences de taxi parisien s'explique très bien par la tension qui existe entre l'intérêt général et les intérêts économiques des détenteurs d'autorisations administratives. En effet, l'intérêt général a vocation à ce que le nombre de licences de taxi permette une satisfaction de la demande. Au contraire, il est dans l'intérêt de ces derniers de maintenir un niveau constant d'autorisations, afin que la valeur de ces autorisations n'évolue pas ou peu. Ils refuseront donc toute augmentation du nombre d'autorisations. Nous pourrions aller plus loin en affirmant qu'économiquement, il est de leur intérêt que l'offre de taxi soit toujours la plus inférieure à la demande possible. Plus le rapport entre offre et demande est bas, plus la valeur individuelle de chaque licence est forte et plus les détenteurs d'autorisations administratives s'en trouvent enrichis. L'arbitrage opéré par l'État en quatre-vingt ans entre ces deux intérêts contraire est très largement allé en faveur de l'intérêt des détenteurs d'autorisations de stationnement. Les raisons en sont, le plus souvent, des raisons d'opportunité, puisque c'est le maintien de la paix sociale, par la prévention des conflits sociaux avec la profession des chauffeurs taxis, qui dissuade les autorités publiques de porter atteinte à la valeur de ces autorisations. Ce n'est que récemment que le gouvernement a décidé d'agir pour tenter de résoudre les problèmes liés à la pénurie de taxis.

b. — La création d'un marché parallèle de véhicules de transport avec chauffeur

151. — Le gouvernement se trouvait face à une alternative. Il pouvait, d'une part, choisir de porter à un nombre suffisant, le nombre de licences de taxis, sans considération pour la perte de valeur que subiraient les détenteurs actuels, comme il en avait le droit. C'est ce qu'il

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁵¹⁹ J. ATTALI (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris, La Doc. fr., 2008, p. 161.

a tenté de faire dans un premier temps, portant à près de 20 000 le nombre de licences entre 2007 et 2013. Il pouvait d'autre part, choisir de supprimer la réglementation, ouvrant ainsi à la concurrence, la profession de chauffeur de taxis, supprimant l'intégralité des licences, qui sont précaires et révocables. C'est ce que recommandait d'ailleurs le *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*⁵²⁰. Ne choisissant ni l'une ni l'autre de ces alternatives, il préféra un chemin de traverse : la création d'un marché parallèle, intervenant sur la même activité économique. En effet, plutôt que de toucher aux licences de taxis, le gouvernement décida de développer les véhicules de transport avec chauffeur.

152. — Sous couvert de réformer le secteur des véhicules de grande remise, la loi n° 2009-888, du 22 juillet 2009 *de développement et de modernisation des services touristiques* a entraîné, par la création d'un marché parallèle, une importante dérégulation de la profession de taxis. En effet, bien que l'objectif officiel ait été de rénover le régime des voitures de « grande remise », Thomas Thévenoud note que cette loi « était porteuse d'un autre objectif, non assumé auprès du législateur : la libéralisation du secteur »⁵²¹. L'alliance de conditions d'accession à la profession largement assouplie, par rapport au régime antérieur et par rapport à la profession de taxis avec le développement des nouvelles technologies qui rendent la distinction entre maraude et réservation préalable quasiment illusoire a conduit à faire des véhicules de transport avec chauffeur un concurrent direct des taxis. Ainsi, juridiquement le monopole des taxis n'a pas été entamé, mais économiquement, l'effet a été le même qu'une déréglementation du marché, comme en témoigne le fait que le prix des licences de taxi a fortement diminué depuis le développement de ce nouveau marché⁵²². Afin de concilier les intérêts divergeant des VTC et des taxis, le gouvernement décida, par un décret n° 2013-1251 du 27 décembre 2013 *relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeur* que la réservation préalable d'une voiture de tourisme avec chauffeur, prévue à l'article L. 231-3, est caractérisée par le respect d'un délai minimal de quinze minutes entre

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 161.

⁵²¹ T. THÉVENOUD, *Un taxi pour l'avenir. Des emplois pour la France*, *op. cit.*, p. 14.

⁵²² C. GAUTIER, « Le prix des plaques de taxis parisiens s'effondre », *Le Figaro* du 2 mai 2014 ; « Le prix des plaques de taxi baisse à grande vitesse », *Challenges* du 2 mai 2014.

la réservation du véhicule et la prise en charge effective du client. » Ce décret fût, dans un premier temps, suspendu par le Conseil d'État⁵²³.

Le motif retenu par le juge, concernant le critère du doute sérieux sur la légalité de l'acte consistait à dire que si l'Administration était en droit de faire usage de son pouvoir de police pour faire respecter le monopole des chauffeurs de taxi, la règle des quinze minutes ne concernait que le marché de la réservation, qui ne faisait pas parti du monopole des taxis ; qu'en conséquence, la décision n'avait pas été prise dans un but d'intérêt général. Le conseil d'État, dans son office du contentieux de la légalité confirmera ce raisonnement en décidant que « aucune disposition n'a autorisé le pouvoir réglementaire à fixer des conditions nouvelles restreignant l'activité des VTC en subordonnant la prise en charge de leurs clients à un délai de réservation préalable de 15 minutes »⁵²⁴.

2. — Agir et dédommager : la suppression charges d'avoués près les cours d'appel

a. — *La reconnaissance de la patrimonialité des offices ministériels*

153. — Les officiers ministériels tiennent de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, *sur les finances*, qui dispose que « les avocats à la Cour de cassation, notaires, greffiers, huissiers, les prestataires de service d'investissement, courtiers, commissaires-priseurs pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois », le droit de céder à titre onéreux leurs offices⁵²⁵. La jurisprudence civile, comme la jurisprudence administrative, ont confirmé cette propriété d'un genre particulier et, particulièrement, la valeur économique qu'elle représente pour les titulaires de ces droits.

154. — La Cour de Cassation décida, dès 1820, que l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 attribue aux détenteurs d'un office ministériel « la faculté de présenter des successeurs à l'agrément du roi, comme un dédommagement du supplément de cautionnement exigé d'eux ; que, par une conséquence naturelle, cette disposition autorise les arrangements ou conventions nécessaires pour l'exercice de cette faculté ». De telles conventions doivent

⁵²³ Cons. d'État, Ord., 5 février 2014, *SAS Allocab*, req. n° 374 524.

⁵²⁴ Cons. d'État, 17 décembre 2014, *SAS Allocab*, req. n° 374 525.

⁵²⁵ Cass., 20 juin 1820, *sieur Lavalley*.

contenir nécessairement le prix de la charge⁵²⁶. C'est en 1854 que l'on voit apparaître l'idée que la vénalité des offices ministériels « implique, sans doute, une idée de propriété, mais de propriété d'une nature exceptionnelle et soumise à des règles qui en circonscrivent et limitent l'exercice »⁵²⁷. L'idée de valeur économique des offices apparaît très clairement dans une jurisprudence de 1946, où la Cour décide que « les offices, institués dans un intérêt public, ne sont pas des propriétés privées et que le seul élément du patrimoine de leurs titulaires susceptible de faire l'objet d'une convention intéressée consiste dans la valeur pécuniaire du droit de présentation »⁵²⁸. La propriété ne concerne pas l'office lui-même, mais le droit de présentation uniquement, comme l'a affirmé la Cour de Cassation en 1985, en décidant que « si l'office notarial et le titre de notaire ne sont pas dans le commerce, le droit, pour le notaire, de présenter un successeur à l'autorité publique constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé »⁵²⁹.

155. — La jurisprudence administrative reconnaît aussi très tôt la valeur patrimoniale et pécuniaire du droit de présentation. Le Conseil d'État décidera que « la faculté de présenter un successeur, accordée aux titulaires d'office, à leurs héritiers ou ayant-cause par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 a un caractère personnel, et ne saurait être étendue aux créanciers qui ne sont pas les ayant-cause du titulaire dans le sens de l'art. 91 précité, et qui n'ont d'action que sur l'indemnité représentant le prix ou l'équivalent de la valeur attachée au droit de présentation »⁵³⁰. Dans les années 2000, le Conseil d'État a affirmé que le droit de présentation – et non l'office – est un bien au sens de l'article 1 du 1^{er} protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

⁵²⁶ Cass., Civ., 8 janvier 1849, *Lainé*, *Bull. civ.* 1849, t. 49, n° 1, pp. 12-13.

⁵²⁷ Cass., Civ., 23 mai 1854, *sieur Bélon*, *Bull. civ.* 1854, t. 56, n° 5, p. 153 ; V. également, Cass. Civ., 11 novembre 1857, *sieur Bouvier*, *Bull. civ.* 1857, t. 59, n° 11, pp. 184-185 : « Attendu que le droit de présentation conféré aux notaires et officiers ministériels par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 constitue, pour ces officiers, leurs héritiers ou ayants cause, une propriété de nature spéciale ; qu'ils ne peuvent disposer de cette propriété que sous les restrictions et aux conditions que comporte la nécessité de maintenir le contrôle qui appartient au Gouvernement sur la transmission des offices, et d'assurer l'indépendance des fonctions publiques attachées aux titres sur lesquels s'exerce le droit de présentation »⁵²⁷.

⁵²⁸ Cass., Civ., 9 décembre 1946, *Grivel*.

⁵²⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1985, req. n° 84-13745.

⁵³⁰ Cons. d'État, 30 juin 1876, *veuve Chartier et sieur Adigard*. V. également Cons. d'État, 23 juin 1893, *Demoiselle Desprez*.

Il décide en effet que ce droit, « s'il revêt une nature exceptionnelle, dès lors que la disposition en est restreinte et conditionnée par la nécessité de maintenir le contrôle qui appartient au Gouvernement sur la transmission des offices et d'assurer l'indépendance des fonctions publiques attachées au titre de commissaire-priseur, n'en est pas moins un bien au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel »⁵³¹.

b. — L'indemnisation de la suppression des offices ministériels

156. — La loi n° 71-1130, du 31 décembre 1971, *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, crée la profession d'avocat en supprimant, notamment, les avoués près les tribunaux de grande instance. La loi prévoit que les avoués seront indemnisés, « de la perte du droit qui leur est reconnu par l'article 91 de la loi du 2 avril 1816 de présenter un successeur à l'agrément du garde des sceaux, ministre de la justice »⁵³², ce qui semble être en accord avec les jurisprudences civile et administrative, qui reconnaissent une valeur patrimoniale à ces offices et, en conséquence, un préjudice économique lié à leur perte.

157. — La loi n° 2000-642, du 10 juillet 2000, portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, supprima le monopole des commissaires-priseurs sur les ventes volontaires. Le rapporteur sur la loi au Sénat avait tenté d'invoquer les jurisprudences civiles pour démontrer que la perte de ce monopole nécessitait la mise en place d'une indemnisation des commissaires-priseurs, sur le fondement du droit de propriété⁵³³. Contre cette argumentation, le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale opposa deux arguments. D'une part, les commissaires-priseurs gardaient leur monopole sur les ventes judiciaires – qui ne représentent, toutefois, que 20 % de leur activité. D'autre part, Ils pouvaient toujours intervenir dans le domaine des ventes volontaires, bien que la concurrence fût accrue par la perte du monopole. Ainsi, selon le rapporteur, non seulement le contrôle du garde des Sceaux faisait obstacle à la qualification bien et, par conséquent, à la protection du droit de propriété – ce que contredit toutefois la jurisprudence sus-évoquée

⁵³¹ Cons. d'État, 23 mars 2005, req. n° 263 944.

⁵³² Article 2 de la loi n° 71-1130, du 31 décembre 1971, *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*. L'article 30 de ladite loi parle, très précisément de « l'indemnité exprimant la valeur du droit de présentation ».

⁵³³ L. DEJOIE, rapport n° 366 (1998-1999), au nom de la commission des Lois du Sénat, sur le projet de loi portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques.

–, mais à supposer que ce droit soit reconnu, il ne saurait y avoir d'indemnisation sur le mécanisme de l'expropriation, dans la mesure où le bien ne disparaît pas, mais est simplement entamé. C'est cette deuxième opinion qui fût retenue et la loi que « le préjudice subi du fait de la dépréciation de la valeur pécuniaire du droit de présentation est fixé à 50 % de la valeur ». Cette indemnisation pouvant varier de plus ou moins 20 % « en fonction de la situation particulière de chaque office et de son titulaire »⁵³⁴. Cette loi n'a pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel.

158. — La loi n° 2001-43, du 16 janvier 2001, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports, supprima le monopole des courtiers interprètes et des conducteurs de navires. Elle vise expressément la loi de 1816, puisqu'elle dispose, en son article 2, que « les titulaires d'office de courtiers interprètes et conducteurs de navires sont indemnisés du fait de la perte du droit qui leur a été reconnu à l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances de présenter un successeur à l'agrément du ministre chargé de la marine marchande. » Le mécanisme d'indemnisation a été contesté devant le Conseil constitutionnel. En effet, il prévoyait que l'indemnisation ne représenterait que 65 % de la valeur de l'office ce qui, pour les requérants, ne constituait pas une indemnisation « juste » au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Il est intéressant de noter, à cet égard, que les requérants faisaient valoir que la suppression de cet office constituait « en droit une expropriation ». Le Conseil constitutionnel rejeta cette analyse, suivant les observations du gouvernement, en décidant finalement que « que la suppression du privilège professionnel dont jouissent les courtiers interprètes et conducteurs de navire ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 précité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁵³⁵, mais il est à noter que, dans cette circonstance encore, la suppression de l'office n'implique pas l'interdiction de l'activité, mais l'exercice de celle-ci dans un cadre concurrentiel.

⁵³⁴ Article 40 de la loi n° 2000-642, du 10 juillet 2000, *portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*.

⁵³⁵ Cons. const., décision n° 2000 440 DC, du 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*.

159. — À la suite du Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française⁵³⁶ et sous la pression du droit de l'Union européenne⁵³⁷, le gouvernement prît l'initiative de supprimer la profession d'avoué, ce qui fût fait par la loi n° 2011-94, du 25 janvier 2011, portant réforme de la représentation devant les cours d'appel. Cette suppression a prévu un mécanisme d'indemnisation des titulaires d'une charge, calculé d'une certaine manière. En effet, deux questions se posaient alors : d'une part, celle de savoir s'il fallait indemniser les titulaires des charges d'avoué ; et, le cas échéant, celle de savoir à quelle hauteur devait s'élever cette indemnisation. Sur la première question, l'article 13 de la loi prévoyait explicitement que l'indemnisation serait versée « au titre du préjudice correspondant à la perte du droit de présentation ». Sur la seconde, il est encore intéressant de noter que l'article 13 de la loi prévoit que l'indemnisation serait fixée par le juge de l'expropriation « dans les conditions définies par les articles L. 13-1 à L. 13-25 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ». Ainsi, la charge, si elle n'est pas explicitement qualifiée de bien, est tout de même indemnisée sur le fondement d'une procédure de d'appropriation d'un bien.

Cette ambiguïté sera maintenue par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il sera saisi sur cette loi. Les requérants, pour faire valoir que cette loi contrevenait à l'article 17 de la Déclaration, entendait jouer sur le fait que cette fois-ci, non seulement le monopole disparaissait, mais l'activité avec – une analyse que le Conseil rejettera puisque les avoués deviennent avocats et se trouvent donc dans la même situation que les commissaires-priseurs, c'est-à-dire que l'exercice de leur activité se fait désormais dans un marché concurrentiel. Ils estimaient que

⁵³⁶ J. ATTALI, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, *op. cit.*, p. 165 : la décision n° 213 propose explicitement de « supprimer totalement les avoués près les cours d'appel ».

⁵³⁷ La directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006, *relative aux services dans le marché intérieur*, a pour but de « faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services, tout en garantissant un niveau de qualité élevé pour les services » (article 1, 1.) ; un objectif qui entre en contradiction avec le régime des offices ministériels. Elle exclue toutefois de son champ d'application « les services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics » (article 2, 2, l). N'étant pas explicitement exclus de la directive, les avoués ressortissent donc de l'article 9 de la directive, qui permet aux États membres de subordonner une activité de service à un régime d'autorisation à trois conditions : que le régime ne soit pas discriminatoire ; qu'il existe une raison impérieuse d'intérêt général ; et que l'objectif ne puisse être atteint par une mesure moins contraignante. Le projet de loi lui-même déniait que ces conditions soient remplies. En effet, le législateur estimait que l'expertise particulière des avoués en termes de procédure d'appel et leur connaissance de la jurisprudence des cours d'appel n'était pas une raison impérieuse d'intérêt général propre à justifier ce régime d'autorisation.

la charge constituait un « outil de travail » pour les avoués. Pour autant, alors que le Conseil constitutionnel invalide la nature juridique de bien des charges – en décidant que leur suppression ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration – elle valide l'indemnisation prévue pour réparer un « préjudice patrimonial ».

160. — Ces exemples montrent que, chaque fois que l'État souhaite déréglementer une activité – puisque dans tous les cas, il s'agit de la mise en concurrence d'une activité préalablement détenue en monopole par les détenteurs d'autorisation – jamais il ne profitera de la précarité de ces autorisations. À chaque fois, des mécanismes législatifs ponctuels viendront réparer un préjudice explicitement qualifié de patrimonial. Nous nous trouvons donc dans une situation où, bien que refusant de qualifier les autorisations administratives ainsi, l'État se comporte comme si elles étaient des biens.

À côté du droit de la comptabilité, qui permet l'appropriation économique de la valeur dans le bilan comptable des entreprises, une autre technique juridique constitue, selon nous, une alternative au droit des biens bien ancrée, dans la gestion de certaines choses – au sens juridique du mot – : la réglementation de police.

§2. — La protection des « choses communes » par la réglementation de police

161. — À côté du droit de la comptabilité, qui permet l'appropriation économique de la valeur dans le bilan comptable des entreprises, une autre technique juridique constitue une alternative au droit des biens ancrée, dans la gestion de certaines choses – au sens juridique du mot – : la réglementation de police.

Cette idée émerge déjà en filigrane du paragraphe précédent, où les autorisations administratives – dont nous avons montré toutes les résistances qui existent à ce qu'elles soient caractérisées comme des biens, au sens juridique du terme – sont le produit de la mise en œuvre, par des lois de police, de régimes d'autorisation, qui sont une modalité de réglementation d'une liberté. Si la qualification de biens de ces autorisations n'intéresse, dans le cas précédemment évoqué, que le rapport qui la lierait à son détenteur, il conviendra de

s'interroger sur les aspects patrimoniaux de cette activité normative des personnes publiques que constitue la création de régimes d'autorisation⁵³⁸.

Ici, nous nous intéressons à des objets juridiques, soumis à un pouvoir de police comme alternative explicite au droit de propriété (A.). En effet, qu'il s'agisse des choses communes, des biens environnementaux, des *public goods*, etc., il existe toute une variété de choses qui sortent du champ de la propriété, parce que cette dernière est jugée incapable de les saisir (B.).

A. — La réglementation de police comme alternative explicite au droit des biens

162. — L'article 714 du code civil dispose qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous », précisant immédiatement que « des lois de police règlent la manière d'en jouir ». Ainsi, s'agissant des choses communes, la réglementation de police constitue une alternative explicite à l'application du droit des biens, aux termes d'un raisonnement en deux temps : exclusion du droit des biens, substitution par un régime de police.

Il convient de noter que la justification d'un régime particulier pour régler ces choses singulières a évolué. À l'origine, il s'agissait d'une impossibilité technique – savoir, l'impossibilité, ou l'inutilité, de choses dont l'usage devait être réglementé d'être soumis au droit de propriété – qui commandait ce régime. De plus en plus, toutefois, des objectifs instrumentaux justifient de placer hors du droit des biens, des éléments qui, pour des motifs essentiellement sociaux et environnementaux, ne sont pas compatibles avec l'appropriation individuelle. La réglementation des choses communes est donc l'indice d'une critique technique de la propriété (1.), mais également morale (2.).

1. — La réglementation de police, indice d'une critique technique du droit des biens

163. — Selon la doctrine classique, les choses communes échappent au droit de propriété parce qu'elles seraient, par nature, rétive à l'appropriation. Il peut s'agir, d'une part, de la nature physique de la chose, qui la rende inappropriable.

⁵³⁸ V., *supra*, Partie n° 2, Titre n° 2, Chapitre n° 1.

Une première justification ne concerne pas la nature du droit de propriété, mais sa cause puisqu'il s'agit de l'absence de valeur économique des choses communes, soient qu'elles ne servent à rien, soit qu'elles soient inépuisables. Il n'y a donc pas d'intérêt à se les approprier, puisqu'il n'y a pas d'intérêt économique à vouloir exclure d'autres personnes de ces choses qui peuvent être utilisées par tout le monde sans problème. La chose est utile, parfois même indispensable à la vie – c'est le cas de l'eau, de l'air ou du soleil –, mais elle n'est pas rare. Il est intéressant de remarquer que la propriété n'est pas impossible, selon cette justification, elle est simplement inutile.

Une seconde justification consiste à dire qu'une chose commune échappe au droit de propriété dans la mesure où ce dernier se trouve incapable de la saisir. Comment retenir ou sectionner l'air, l'eau, la lumière ou encore les ondes. De la même manière, comment empêcher la reproduction d'une idée, une fois qu'elle a été livrée au monde – cette question, nous l'avons vu, est un des arguments principaux contre l'appropriation des œuvres de l'esprit. Pourtant, dans le cas des œuvres de l'esprit, cette circonstance n'a pas abouti au rejet total de la propriété des œuvres de l'esprit. Si la reconnaissance de leur aptitude à l'appropriation a pris plus de temps, elle est survenue, même si, d'aucuns, encore aujourd'hui, imaginent que les idées puissent faire partie d'une forme de patrimoine commun, à la manière des choses communes.

164. — Il peut s'agir, d'autre part, de la nature juridique de la chose. Pour Alain Sériaux⁵³⁹, l'abondance d'une chose commune n'est pas, en soi, un obstacle à son appropriation : dans cette hypothèse, la chose n'est pas inappropriable, mais simplement inappropriée. En revanche, le droit naturel rendrait ces choses inappropriables⁵⁴⁰. La conséquence directe de cette idée en est que si ces choses se raréfiaient – moins d'eau potable, moins d'air pur, etc. – elles n'en deviendraient pas plus appropriables. S'il n'y a pas de raisons pour approprier les choses communes, il faudra qu'il y en ait de sérieuses, pour qu'elles puissent le devenir. Afin d'assurer la protection de ces choses communes, l'auteur propose une expropriation « pour

⁵³⁹ A. SÉRIAUX, « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », *in Droit et environnement : propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-Marseille, PUAM, 1995, pp. 23 et suiv.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

cause d'utilité commune », afin de s'assurer qu'il soit raisonnable qu'une chose commune devenue rare fit l'objet d'un mécanisme d'appropriation.

Il résulte de ce qui précède que les arguments visant à considérer que les choses communes ne peuvent être appropriées par nature ne tiennent pas. En effet, la critique technique du droit des biens que révèle le régime des choses communes ne porte en réalité que sur l'utilité du régime du droit de propriété, ou alors sur le refus d'employer le droit des biens pour des raisons qui, par ailleurs – notamment pour le cas des œuvres de l'esprit –, ont pu être surmontées. C'est la raison pour laquelle, à cette critique technique s'est substituée, plus récemment, une critique morale, en ce sens que les choses communes ne sont pas exclues du droit des biens parce que ce dernier est inapte techniquement à les saisir, mais parce que les objectifs qu'il poursuit sont déclarés comme incompatibles avec ce qui est attendu de ces choses.

2. — La réglementation de police, indice d'une critique morale du droit des biens

165. — Selon une doctrine plus récente, les choses communes échappent au droit de propriété parce que leur inappropriabilité serait, selon Marie-Alice Chardeaux, « organisée par le droit »⁵⁴¹. Les choses communes sont exclues du droit de propriété par une norme juridique positive qui a pour but de garantir leur usage commun. *A contrario*, donc, les biens qui sont inappropriables pour d'autres raisons, ne sont pas des choses communes⁵⁴². Une autre finalité, plus récente, liée à la lutte contre la surexploitation des ressources naturelles, justifie également cette inappropriabilité organisée par le droit pour certaines d'entre elles, comme le présente Meryem Deffairi, « l'extracommercialité des choses communes de l'environnement n'est plus (uniquement) justifiée par la garantie de l'usage commun, mais (également) par l'objectif de protection des ressources »⁵⁴³. Cette finalité peut télescoper le droit des biens et aboutir à ce que les objectifs du droit de l'environnement commandent le

⁵⁴¹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2006, p. 132.

⁵⁴² L'auteur prend l'exemple des animaux dont la chasse est proscrite.

⁵⁴³ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, préf. M. DEGUERGE, Paris, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », t. 61, 2015, pp. 236-237. V., également, G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *Recueil Dalloz* 2006, p. 3015.

classement de certains objets parmi les choses communes, renforçant ici, l'idée que dans certains cas, la soumission d'une chose commune au droit de propriété demeure possible, mais n'est pas souhaitable. En effet, le droit de propriété privée confère des prérogatives qui pourraient s'avérer « environnementicides »⁵⁴⁴. Notons, dès à présent, que cet argument est, à bien des égards, idéologique. Les prérogatives du droit de propriété sont neutres et il le propriétaire peut les utiliser à son gré pour ou contre l'environnement. L'idée est ici, de s'assurer que le propriétaire les utilise nécessairement pour l'environnement ou, à tout le moins, pour l'idée que les autorités publiques qui l'enserme dans un régime de puissance publique se figure être de ce qu'exige la protection de l'environnement.

Choisir la qualification de chose commune, non pas pour prendre acte de l'impossibilité d'appliquer le droit de propriété, mais pour le disqualifier activement, montre bien la dimension instrumentale de la réglementation des choses communes. Elle concerne alors des choses qui pourraient relever du droit des biens, mais qui, par leur spécificité, suppose qu'une simple réglementation de leur appropriation – comme ce pourrait être le cas, par exemple, du droit de la construction et de l'urbanisme, qui pour des motifs d'intérêt général, encadre le droit de propriété foncière – ne suffit pas. Appliquée au régime des choses communes, la réglementation de police est ici véritablement conçue comme une alternative au droit de propriété, privée comme publique. L'étude de systèmes actuels montre, toutefois que ce régime peut souffrir des mêmes inconvénients.

B. — La réglementation de police comme manifestation inévitable du droit des biens

166. — En dépit de la volonté affichée de faire échapper certaines choses au droit des biens, notamment parce que ce dernier est vu comme incapable de les saisir correctement, l'étude *in concreto* des réglementations de police relatives à certaines choses communes montre combien semblables elles sont. Pour en témoigner, nous avons pris deux exemples : celui de l'air (1.) et des rayons du soleil (2.).

⁵⁴⁴ JÉGOUZO (Yves), « Propriété et environnement », *Répertoire du notariat Defrénois*, 1994, p. 449.

1. — L'appropriation par la réglementation de police de l'air

167. — L'air se trouve dans une situation paradoxale où il n'est pas considéré comme une chose commune pour ses caractéristiques physiques – lesquelles, au contraire, tendraient à exclure cette classification –, mais pour la protéger en tant que ressource.

Par ses caractéristiques physiques, d'une part, l'air pourrait rejoindre la catégorie des choses communes, dès lors qu'il est rétif à l'appropriation, parce qu'il est difficile à saisir et à rendre exclusive⁵⁴⁵. En effet, l'air est si omniprésent et insaisissable que la perspective d'en disposer, au sens propriétaire du terme, soit pour s'en réserver l'usage, soit pour le continger et le céder, ou tout simplement pour en subordonner l'usage à la satisfaction de conditions, paraît impossible. Il n'apparaît pas possible de faire autrement que d'en offrir l'usage à tous, sans limites.

Toutefois, précisément son abondance aboutit à ce que son appropriation soit, non seulement impossible en pratique, mais encore inutile en théorie. En effet, s'agissant de la puissance du vent, et comme l'indiquent Bernadette Le Baut-Ferrarese et Isabelle Michallet⁵⁴⁶, l'intérêt d'approprier la chose est si faible, que la nécessité, non seulement d'exclure l'appropriation, mais également de réglementer son usage est inexistant. Or, c'est bien ce dont il s'agit, puisque le but du régime des choses communes est de réglementer l'usage d'une chose dont il n'est pas possible de disposer au sens classique du droit de propriété. Il en résulte donc que l'absence de nécessité de réglementer l'usage de l'air, parce que chacun peut en faire l'usage qu'il souhaite autant qu'il le souhaite, exclue classiquement, du moins, et en première analyse, l'air de la catégorie des choses communes.

Ce dernier élément met très en évidence cette idée que la réglementation de police, dans le cas des choses communes, constitue, non pas une exclusion, mais un substitut, un palliatif, au droit des biens et, plus particulièrement au droit de propriété, pour des biens qui sont si évanescents qu'il est difficile de les saisir physiquement. Pourquoi alors ne pas le qualifier de

⁵⁴⁵ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁴⁶ B. LE BAUT-FERRARESE, I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Paris, Le Moniteur, coll. « Référence juridique », 2012, p. 75, V., également, M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 254.

droit de propriété spécial, à la manière de ce qui se fait pour les œuvres de l'esprit et pour les mêmes raisons, et parler de « lois de police » ? La réponse en est, selon nous, que, contrairement aux choses communes, les œuvres de l'esprit sont appropriées par les personnes, privées et publiques, qui détiennent les droits sur ces œuvres. La réglementation des choses communes, quant à elle, relève du législateur.

Pourtant, si les réglementations de police relative aux choses communes ne sauraient être assimilées à un droit de propriété, elles en ont certains des aspects.

168. — En effet, pour sa protection en tant que ressource naturelle, d'autre part et en revanche, l'air fait l'objet de réglementations de police. À cet égard, l'air est une ressource digne de protection à au moins deux titres.

Dans un premier temps, l'air fait l'objet de réglementation eu égard à sa qualité. La qualité de l'air est une politique publique cadrée au niveau européen et national et déclinée au niveau local, qui repose sur la surveillance de la qualité de l'air, l'information des populations à son sujet, le respect de normes sanitaires et, de mise en œuvre de mesures propres à ramener les valeurs de pollution atmosphérique en-dessous de ces normes⁵⁴⁷. Ces mesures peuvent prendre plusieurs formes, notamment, elles passent par des mesures fiscales spécifiques⁵⁴⁸, des incitations financières⁵⁴⁹, ou des mesures réglementaires, comme la réglementation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement ou encore la réglementation sur les émissions des véhicules à moteur.

⁵⁴⁷ Ce protocole résulte de directives européennes. Particulièrement la directive n° 2004/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 *concernant l'arsenic, le cadmium, le mercure, le nickel et les hydrocarbures aromatiques polycycliques dans l'air ambiant*, ainsi que la directive n° 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 *concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe*. À cela s'ajoute des réglementations sectorielles, notamment dans les transports ou dans l'industrie.

⁵⁴⁸ C'est le cas de l'article 266 *sexies* du code des douanes, qui prévoit une taxe générale sur les activités polluantes, depuis 2000 (Cf. Circulaire du 27 juin 2010 sur la Taxe générale sur les activités polluantes).

⁵⁴⁹ C'est le cas, par exemple, du crédit d'impôt pour la transition énergétique, prévu à l'article 200 *quater* du code général des impôts et bénéficient aux contribuables, « au titre des dépenses effectivement supportées pour la contribution à la transition énergétique du logement dont ils sont propriétaires et qu'ils affectent à leur habitation principale »

Dans cet écosystème juridique, l'exercice de la réglementation de police n'est donc qu'un moyen parmi d'autres. En effet, au niveau local, le dépassement des normes sanitaires de pollution atmosphérique donne lieu à des mesures prises sur des compétences en matière de police administrative du maire et du préfet.

S'agissant du maire, un exemple est représenté par les zones à circulation restreinte⁵⁵⁰, devenues, en 2019, les zones à faible émission mobilités⁵⁵¹. L'article L. 2213-4-1 du code général des collectivités territoriales permet – et, le cas échéant, impose – à l'autorité disposant du pouvoir de police de la circulation, de mettre en place, sur tout ou partie du territoire de sa commune ou de son établissement public de coopération intercommunale, un périmètre au sein duquel l'autorité compétente arrête « les mesures de restriction de circulation applicables, détermine les catégories de véhicules concernés et précise les motifs légitimes pour lesquels des dérogations individuelles peuvent être accordées », fixe la durée pour laquelle cette zone est créée et s'assure que les mesures ainsi adoptées « sont cohérentes avec les objectifs de diminution des émissions fixés par le plan de protection de l'atmosphère défini à l'article L. 222-4 du code de l'environnement » et dans le cadre duquel cette politique s'inscrit, au niveau local. En effet, la réglementation de police est, en l'espèce, un outil parmi tant de la lutte contre la pollution atmosphérique, aux côtés d'autres actions, comme le développement de mobilités alternatives, ou d'incitations financières à l'acquisition de véhicules moins polluants⁵⁵².

S'agissant du préfet, l'article L. 223-1 du code de l'environnement dispose que le préfet, en cas d'épisode de pollution de l'air, en informe la population et prend des mesures destinées à limiter l'ampleur et les effets de cet épisode. « Ces mesures (...) comportent un dispositif de restriction ou de suspension des activités concourant aux pointes de pollution,

⁵⁵⁰ Articles L. 2213-4-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, créés par l'article 48 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*. Il est situé dans le titre du code général des collectivités territoriales relatif à la police.

⁵⁵¹ Article 86 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 *d'orientation des mobilités*, complété par les articles 119 et suivants de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 *portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*.

⁵⁵² De manière générale, l'article R. 222-18 dispose que « le plan de protection de l'atmosphère établit la liste des mesures pouvant être prises en application de la présente section par les autorités administratives en fonction de leurs compétences respectives et précise les textes sur le fondement desquels elles interviennent ».

de restriction ou de suspension de la circulation des véhicules notamment par la réduction des vitesses maximales autorisées, et de réduction des émissions des sources fixes et mobiles ». À la manière du maire donc, le préfet fait usage de son pouvoir de police pour garantir la qualité de l'air ambiant.

169. — Dans un second temps, l'air peut contenir trop de gaz à effet de serre. Au-delà, donc, de la protection de l'air pour des raisons sanitaires – la pollution de l'air ambiant est un mal parce qu'il porte atteinte à la santé des individus – il existe une protection de l'air pour sa contribution au réchauffement climatique. À la manière de la protection de l'air pour des motifs de santé publique, la protection de l'air pour des motifs de transition écologique repose sur tout un enchevêtrement de dispositifs, notamment juridiques et budgétaires, permettant sa satisfaction. Et, de la même manière encore, des réglementations de police font partie de cet arsenal.

L'un de ces outils est la mise en place d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, tel qu'il a été instauré au niveau européen, à partir de 2005⁵⁵³. Le fonctionnement du système est, très schématiquement, le suivant. Les autorités publiques définissent, d'une part, le champ d'application, c'est-à-dire les installations émettant les gaz objet du marché, d'autre part, le plafond global d'émission autorisé, qu'il divise en unité, ou quota, d'émissions. Les autorités publiques attribuent ces quotas aux installations concernées, soit gratuitement, soit via un principe d'enchères. Les entreprises disposant des installations ont ensuite la possibilité d'échanger ces quotas, celles qui émettent moins que le nombre de quotas dont elles disposent pouvant revendre leurs quotas non utilisés à celles qui émettent plus que leur quota alloué. Cette technique permet donc de plafonner, par pays, l'émission des quotas de gaz à effet de serre, à l'aide de la technique du marché, supposée, grâce à la mythologique main invisible, garantir la meilleure allocation possible de cette ressource.

⁵⁵³ Ce marché a été initié par la directive n° 2003/87/CE du Parlement européen et du conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, prise dans le cadre du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nation unies sur les changements climatiques. Il a été pérennisé ensuite par le paquet énergie-climat de mars 2009.

À cet égard, il n'y a rien de paradoxal à considérer que l'utilisation de la technique du marché – pourtant vue, dans la pensée économique libérale classique comme un retrait de la puissance publique –, soit le fruit d'une réglementation de police, qui est, au contraire, la marque la plus certaine de la puissance publique. Jean-Charles Rotoullié, qui a étudié ce système très en profondeur, rappelle ainsi que « l'incitation créée par la technique de marché n'est efficace que si elle est soumise à une forte intervention publique et supportée par les actes juridiques classiquement adoptés par la puissance publique »⁵⁵⁴. En effet, il convient de bien distinguer l'incitation, qui est la finalité de l'aspect économique de cette technique, de la structure qui l'enserme, un réseau de mesures de puissance publique qui en font un régime d'encadrement de la liberté. Aussi reprenons-nous sans difficulté la définition que l'auteur donne de la technique de marché : « l'instrument de police consistant en la poursuite d'un objectif de politique publique, préalablement défini par les pouvoirs publics, au moyen de la création volontaire d'un marché, c'est-à-dire l'organisation d'échanges d'« unités » entre opérateurs économiques »⁵⁵⁵.

170. — En conclusion, qu'il s'agisse des pouvoirs du maire et du préfet en matière de circulation automobile durant les pics de pollution ou de la mise en place d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, il nous apparaît difficile de nier que l'air, comme chose commune, fait l'objet d'une réglementation de police.

On le voit, toutefois, les techniques du droit des biens ne sont jamais loin. Particulièrement en ce qui concerne la mise en place d'un marché de quotas d'émission de gaz à effet de serre, l'utilisation de la réglementation de police nécessite la mise en place d'autorisations qui s'échangent à la manière de biens, révélant l'extrême proximité qu'une mesure de puissance publique peut avoir avec le régime de la propriété et interrogeant sur la rupture radicale qui peut exister entre les deux.

⁵⁵⁴ J.-C. ROTOULLIÉ, *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement. L'exemple du système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre*, préf. M. LOMBARD et D. SIMON, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2017, t. 297, p. 38.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 35.

2. — L'appropriation par la réglementation de police de la lumière

171. — En 1845, Frédéric Bastiat, publiait sa célèbre *Pétition des fabricants de chandelle*, dans laquelle il imaginait, peut-être sans le savoir, un mécanisme juridique capable d'approprier les choses communes, des biens qui se définissent par le fait qu'ils sont par nature insusceptible d'être appropriés. S'adressant à « MM. Les membres de la chambre des députés », il dit :

« Nous subissons l'intolérable concurrence d'un rival étranger placé, à ce qu'il paraît, dans des conditions tellement supérieures aux nôtres, pour la production de la lumière, qu'il en *inonde* notre *marché national* à un prix fabuleusement réduit ; car, aussitôt qu'il se montre, notre vente cesse, tous les consommateurs s'adressent à lui, et une branche d'industrie française, dont les ramifications sont innombrables, est tout à coup frappée de la stagnation la plus complète. Ce rival, qui n'est autre que le soleil, nous fait une guerre si acharnée, que nous soupçonnons qu'il nous est suscité par la perfide Albion (bonne diplomatie par le temps qui court !), d'autant qu'il a pour cette île orgueilleuse des ménagements dont il se dispense envers nous.

« Nous demandons qu'il vous plaise de faire une loi qui ordonne la fermeture de toutes fenêtres, lucarnes, abat-jour, contre-vents, volets, rideaux, vasistas, œils-de-bœuf, stores, en un mot, de toutes ouvertures, trous, fentes et fissures par lesquelles la lumière du soleil a coutume de pénétrer dans les maisons, au préjudice des belles industries dont nous nous flattons d'avoir doté le pays, qui ne saurait sans ingratitude nous abandonner aujourd'hui à une lutte si inégale. »

Si l'idée nous paraît aujourd'hui farfelue – et, du reste, elle était vue comme telle par l'auteur de ce pamphlet qui souhaitait, en réalité, dénoncer les méfaits du protectionnisme – elle n'en demeure pas moins réalisable, à supposer qu'elle n'ait pas déjà été réalisée. En effet, l'impôt sur les portes et fenêtres mis en place par le Directoire, sonnait déjà comme une incitation à la création de logements insalubres et mal éclairés jusqu'à sa disparition, en 1926, pour des raisons d'hygiène.

172. — Le classement des rayonnements du soleil parmi les choses communes est généralement admis⁵⁵⁶. Ce faisant, la doctrine considère qu'il n'est pas appropriable, mais peut seulement faire l'objet d'un droit d'usage. Par exemple, Michel Prieur indique que la nature physique de la lumière aboutit à ce que « tout régime d'appropriation risque de constituer des obstacles à son utilisation »⁵⁵⁷. En conséquence, inappropriable, « le rayonnement solaire doit être à la libre disposition de tous en en tant que richesse nationale. Personne ne peut en avoir le monopole. Cela entraîne la reconnaissance d'un droit individuel à pouvoir utiliser cette ressource sans prétendre se l'approprier »⁵⁵⁸.

Ce droit d'usage est matérialisé, juridiquement, par l'existence des servitudes qui interdisent à une personne d'occulter les rayonnements du soleil. Ainsi, cette prise en compte ne passe pas par la réglementation de la lumière en tant que chose, mais par les troubles anormaux de voisinages, une technique qui règle des rapports entre personnes directement et non pas au regard d'une chose. Ce droit d'usage s'accompagne de la possibilité de produire de l'énergie à l'aide des rayonnements du soleil.

Conclusion du chapitre n° 1

173. — Le droit administratif des biens, en tant que technique juridique, a sa place au rang des moyens de l'action administrative, laquelle constitue la finalité du droit administratif, de façon générale. Sa performance repose donc, en partie, sur sa capacité à évaluer de manière suffisamment pertinente et précise, l'ensemble des choses qui seront mis au service de cette action. Toutes les choses qui pourraient constituer un bien, mais n'est pas qualifié comme tel, ne relèvera pas du droit administratif des biens. Il constituera, au pire une richesse ignorée de l'action administrative, au mieux un élément de cette action qui sera pris en charge, mais de manière potentiellement moins bien adaptée, par une autre branche du droit. Le rejet des biens relevant du domaine public dans le champ des mécanismes de la

⁵⁵⁶ A. KISS (dir.), *L'écologie et la loi : le statut juridique de l'environnement*, Paris, L'Harmattan, 1989 ; G. MARTIN, « Le droit au soleil et les troubles anormaux de voisinage », *RJE* 1979, n° 4, p. 292 ; E. DIDIER, « Le droit au soleil », *Études foncières*, 30 mars 1986, p. 51. V., contra, Marie-Alice Chardeaux, qui estime qu'il faut l'exclure de cette catégorie, parce que son inappropriabilité n'est pas juridique, elle est factuelle (M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, p. 183).

⁵⁵⁷ M. PRIEUR, « Le droit public solaire en France », *RJE* 1979, p. 257.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

garde et de la surintendance plutôt que dans celui, plus performant, de la propriété et de la domanialité, est l'exemple topique de la nécessité d'évaluer la performance des mécanismes juridiques appréhendant un objet déterminé, lorsque ce dernier est finalisé.

À cet égard, le propos qui s'achève montre que le droit administratif des biens rencontre deux principales difficultés dans son appréhension des choses supposées relever de son champ.

La première difficulté est l'incapacité, pour le droit administratif des biens, de repérer certaines richesses, dont l'exploitation – dans le cadre de l'action publique et, donc, à des fins d'intérêt général – n'est pas permise, ou de façon erratique, faute de l'application d'un régime juridique clair et adapté à une telle exploitation. Dans le cadre qui nous occupe, la raison de cette difficulté peut être renvoyée à la définition de la notion de bien, qui permet la qualification des choses devant relever du régime de la propriété.

La seconde difficulté permet d'aller plus loin, et consiste à remarquer que la manière dont certains éléments qui pourraient être qualifiés de biens – et, donc, soumis au droit administratif des biens – sont rejetés en dehors de cette matière – et, donc, soumis à d'autres branches du droit, comme la police ou la comptabilité – ne s'effectue pas de façon rationnelle. Elle peut être morale et pragmatique, par exemple, lorsque les autorisations administratives rejoignent le champ de la comptabilité au motif que l'on ne saurait tolérer l'appropriation individuelle de la puissance publique. Elle peut être technique, lorsque, par exemple, une compréhension partielle des mécanismes propriétaires aboutit à ne pas pouvoir y introduire les choses communes qui, pourtant, pourraient fort bien relever de la propriété, conçue autrement.

Cette seconde difficulté révèle combien nécessaire pourrait être une notion qui saisisse plus aisément tous les éléments que l'on souhaite soumettre au droit de propriété, mais également, ceux que l'on souhaite soumettre à des pouvoirs qui ne sont pas la propriété. En creux, elle révèle la faiblesse d'un cadre d'analyse qui ne se fonde que sur l'état actuel des notions juridiques mobilisées, qui ne permet un choix qu'entre les notions développées par le droit administratif et celles développées par le droit civil. Le retour à des notions épurées, plus proche du fonds commun du droit des biens n'est guère évoqué. Or, au-delà de la

notion de biens et de droits, qui ne permet pas de tout englober, une notion encore plus large permettrait de rationaliser ces régimes juridiques, qui ont tous en commun, finalement, de saisir des éléments qui ne sont pas des personnes. Une discussion théorique à son sujet sera proposée dans la seconde partie de ce travail⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ Cf. Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 1.

CHAPITRE N° 2. — LA PERMANENCE DANS LA GESTION DE L'APPROPRIÉ

174. — Une fois le champ de l'appropriable évalué, la réflexion doit se porter sur les outils techniques permettant, lorsque cela est nécessaire, l'acquisition, la gestion et, le cas échéant, la cession de l'approprié. En d'autres mots, une fois que l'on sait ce que l'on a, il convient de déterminer ce que l'on peut en faire.

Historiquement, cette réflexion s'est surtout menée, en droit administratif, sur les limites de la domanialité publique en matière de gestion des dépendances du domaine public. Il en a résulté que la doctrine s'est surtout concentrée sur les atouts du droit civil des biens, ce système ayant permis de fonder une théorie de la propriété publique vécue comme une alternative plus efficace à la théorie de la domanialité publique. Et il est vrai, si l'on reprend l'analyse des prérogatives du propriétaire, que celles de l'affectataire pâlisent. L'*usus* des dépendances du domaine public est limité par l'affectation. Le *fructus* a, lui aussi, longtemps été limité par la question de savoir jusqu'où l'administration pouvait aller pour poursuivre son intérêt financier. L'*abusus* enfin, est assez complètement neutralisé par la règle de l'inaliénabilité du domaine public. Dans ces conditions, l'addition de la propriété publique à la domanialité publique a constitué une libération pour les gestionnaires de biens publics.

Aujourd'hui, donc, le droit civil des biens a, par la consécration de ce droit de propriété des personnes publiques, largement pénétré notre droit administratif et le temps est venu de l'interroger à son tour. La ligne est fine en théorie. En effet, d'une part, les limites du droit administratif des biens en matière d'*usus* et de *fructus* sont en réalité le fait de la théorie de la domanialité publique et, éventuellement, de la théorie de la personnalité publique, qui limite, par la spécialisation des personnes publiques en matière d'intérêt général, les possibilités qui sont les leurs en matière, principalement, de valorisation financière. D'autre part, en matière d'*abusus*, c'est encore l'un des aspects de la théorie du domaine public, la règle de l'inaliénabilité, qui est à blâmer pour sa limitation en matière de cession de propriété. Ne reste alors, dans ce dernier cas, qu'un aspect du pouvoir de disposition dont les difficultés soient à la fois imputables à la règle de l'inaliénabilité du domaine public et à la théorie

classique du droit des biens : la question de constitution de droits réels sur les dépendances du domaine public. Fine ligne en théorie, donc. Problème considérable en pratique.

175. — Il s'agira alors de joindre les analyses critiques de la théorie du démembrement du droit de propriété et celles de la règle de l'inaliénabilité du domaine public. En effet, l'interdiction de la constitution de droits réels sur les dépendances du domaine public est la résultante de deux axiomes du droit administratif des biens : d'une part, celui qui consiste à dire que les biens incorporés dans le domaine public sont inaliénables et qui résulte de la théorie du domaine public ; et, d'autre part, celui qui consiste à dire que la constitution de droit réel est un démembrement du droit de propriété exercé sur un bien et qui résulte de la théorie classique du droit des biens. L'un chasse l'autre.

Et pourtant, lorsqu'il s'est agi de tenter de trouver une solution à ce problème, la réflexion s'est toujours portée, soit sur la pertinence de la règle de l'inaliénabilité du domaine public, soit sur des mécanismes permettant de contourner la théorie du démembrement du droit de propriété, sans jamais véritablement la remettre en cause. Car, en effet, aucune des dérogations législatives mise en œuvre pour permettre la constitution de droits réels sur le domaine public ne permet effectivement la constitution de droits réels sur le domaine public (**Section n° 1**). C'est en tous cas ce qui résulte d'une étude attentive des mécanismes qui prétendent en porter le nom. Car il existe d'autres mécanismes, dont on soupçonne difficilement qu'ils sont des droits réels sur le domaine public, mais qui, pourtant, en ont tous les aspects. La seule différence : ils sont au profit des autres personnes publiques (**Section n° 2**).

Section n° 1. — La théorie du démembrement du droit de propriété et le commerce juridique avec les personnes privées

176. — En matière de constitution de droits réels sur les dépendances du domaine public, il ne s'agit plus de simplement dénoncer les pesanteurs du droit administratif, mais d'affirmer que les torts sont partagés avec le droit civil. En effet, leur interdiction de principe n'est pas la conséquence de la seule règle de l'inaliénabilité du domaine public, mais de son opposition frontale avec la théorie du démembrement du droit de propriété. La disparition de l'une ou de l'autre pourrait, de la même manière, permettre cette constitution par principe.

Il n'est guère difficile d'expliquer les raisons pour lesquelles l'on n'accuse pas la structuration des droits réels : le juriste de droit administratif est généralement peu conscient de cette limite. L'étude des mécanismes législatifs permettant la constitution de ces droits réels est surprenante à cet égard. En effet, ces derniers, bien qu'ils se désignent sous le nom de « droits réels » – et il convient de noter qu'en droit administratif, le droit de propriété n'est habituellement pas considéré comme un droit réel, ce terme étant réservé aux droits constitués sur la chose d'autrui – ne sont en réalité que des droits de superficie. Or, en droit civil, la doctrine et le juge s'accordent globalement pour dire que ces droits ne sont pas des droits réels démembrés du droit de propriété, mais des droits autonomes.

La théorie du démembrement du droit de propriété, source de difficultés dans la gestion actuelle des biens publics (§1.), est donc également un impensé des solutions à une meilleure gestion de ces derniers (§2.).

§1. — La théorie du démembrement du droit de propriété, source de difficultés dans la gestion actuelle des biens publics

177. — Le droit administratif des biens interdit la constitution de droits réels sur le domaine public. En effet, la nature de ces droits, qui constituent des droits opposables au propriétaire des biens sur lesquels ils sont formés, sont incompatibles avec la précarité et la révocabilité des droits octroyés sur un domaine public qui doit toujours rester à la main de la personne publique (A.).

La réflexion menée par la doctrine de droit administratif, ces dernières années, pour comprendre et évaluer le sens et la pertinence du fondement de cette interdiction apparaît partielle. En effet, la question de savoir si la constitution de droits réels sur le domaine public constitue effectivement un démembrement du droit de propriété – et, en conséquence, une infraction à la règle de l’inaliénabilité – semble ignorée. Nous souhaitons remettre le fondement de l’interdiction en perspective (B.).

A. — La réalité de l’interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public

178. — Le fondement classique de l’interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public, réside dans la règle de l’inaliénabilité du domaine public⁵⁶⁰. En revanche et dès lors que cette interdiction ne constitue qu’une manifestation parmi d’autres de cette règle, toutes les conséquences de cette dernière ne constituent pas nécessairement une manifestation de la théorie du démembrement du droit de propriété.

L’interdiction des aliénations⁵⁶¹, volontaires ou non, résulte de la règle de l’inaliénabilité, mais ne constitue pas un démembrement du droit de propriété. De la même manière, l’interdiction de la copropriété impliquant des dépendances du domaine public ne consiste pas à démembrer les utilités de la chose entre le propriétaire d’une chose et le détenteur d’un droit sur les utilités de cette chose, mais à partager la chose entre différents propriétaires. À cet égard, le régime de la copropriété ne se heurte pas tant à la règle de l’inaliénabilité qu’à celle de la propriété publique des dépendances du domaine public, en consacrant une propriété privée partagée de la chose. En conséquence, seule l’interdiction de constituer des droits réels démembrés, ceux constitués sur la chose d’autrui, sert ici notre propos.

Cette interdiction est, consciemment ou non, analysée par la doctrine au travers du prisme de la théorie du démembrement du droit de propriété. Yves Gaudemet remarque que, pour les auteurs qui affirment cette interdiction, « le droit réel, droit sur une chose, est

⁵⁶⁰ Cf. supra, Partie n° 1, Titre n° 2, Chapitre n° 2, Section n° 1, §1, B.

⁵⁶¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 2 avril 1963, *Montagne*, *AJDA* 1963, p. 486, note J. DUFAU ; Cons. d’État, 1^{er} mars 1989, *Béro*, *DA* 1989, n° 244).

de la nature du droit de propriété »⁵⁶². De la même manière, l'on peut lire, chez René Chapus, que « permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels, tels que des droits d'usufruit, d'emphytéose, ou les servitudes, serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite une aliénabilité partielle du domaine public »⁵⁶³. On peut également lire, chez Norbert Foulquier, que « le droit de propriété publique exercé sur un bien du domaine public ne peut être démembré et aucun droit réel ne saurait être accordé à des tiers sur ce domaine »⁵⁶⁴.

Cette interdiction n'est toutefois pas absolue. En effet, si la règle de l'inaliénabilité joue à plein concernant la constitution de droits réels (1.), la constitution de servitudes est possible sous certaines conditions (2.).

1. — L'interdiction absolue de la constitution de droits réels sur le domaine public

179. — S'agissant, d'une part, de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public⁵⁶⁵, Yves Gaudemet, conteste la réalité de cette interdiction, pourtant affirmée par la doctrine majoritaire. Celle-ci, écrit-il, « a longtemps avancé que l'inaliénabilité du domaine public emporte interdiction de constituer des droits réels sur celui-ci ; c'est – disent ces auteurs – que le droit réel, droit sur une chose, est de la nature du droit de propriété et que les personnes publiques ne peuvent pas être privées de leur propriété sur les dépendances du domaine public en raison du principe d'inaliénabilité »⁵⁶⁶.

Et il est difficile, remarque l'auteur, de trouver dans les décisions du Conseil d'État usuellement invoquées comme fondement de cette règle (*Association Eurolat*⁵⁶⁷ pour les

⁵⁶² Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 15^e édition, Paris, LGDJ, 2014, t. 2, p. 204.

⁵⁶³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2001, t. 2, p. 432.

⁵⁶⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁶⁵ Cons. d'État, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France*, req. n^{os} 41 589 et 41 699, *Rec.*, p. 141, *AJDA* 1985, p. 620, note É. FATÔME et J. MOREAU, *LPA* 23 octobre 1985, p. 5, note F. LLORENS, *RFDA* 1986, p. 21, concl. B. GENEVOIS ; Cons. d'État, 4 mars 1991, *Palanque*, req. n^o 79528, *D.* 1992, p. 379, note P. BON ; Cons. d'État, Avis, 31 janvier 1995, n^o 356 960, *AJDA* 1997, p. 139, note É. FATÔME et P. TERNEYRE.

⁵⁶⁶ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 15^e édition, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁶⁷ Cons. d'État, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France*, *op. cit.*

droits réels et *Résidence des Perriers* pour les servitudes⁵⁶⁸), une formulation explicite. Pour le premier, « à aucun moment dans l'arrêt, ni dans les conclusions du commissaire du gouvernement Genevois on ne lit la proposition de principe que toute espèce de droit réel serait impossible sur le domaine public »⁵⁶⁹ et, pour le second, le tribunal se borne « à valider l'arrêté de conflit et à reconnaître l'incompétence du juge judiciaire pour statuer sur l'appartenance du bien au domaine public »⁵⁷⁰.

Pour autant, toute la doctrine et la jurisprudence s'est comportée comme s'il s'était agi d'une réalité, ce qui donne à cette règle, le caractère d'un axiome.

180. — S'agissant, d'autre part, du régime des baux commerciaux, celui-ci est également incompatible avec la règle de l'inaliénabilité du domaine public. La raison en est connue, il s'agit du droit au renouvellement du bail qu'il confère au commerçant⁵⁷¹. Ce dispositif, qui permet au commerçant d'exiger le renouvellement du bail de manière indéfinie ; ce droit étant transmis en cas de cession du bail, s'oppose à la précarité du droit réel ainsi constitué sur la chose et le rend virtuellement perpétuel. Cette règle vaut également pour les contrats entre une personne privée concessionnaire dans ses rapports avec un sous-occupant⁵⁷². Cette solution est aujourd'hui consacrée au niveau législatif, l'article L. 145-2 du code de commerce, lequel précise que la réglementation de bail commercial ne s'applique aux baux consentis par les personnes publiques qu'autant que ces baux « ne comportent aucune emprise sur le domaine public ».

Il en résulte que le commerçant qui détient un titre d'occupation du domaine public, sauf à ce que ce titre soit constitutif de droits réels, détient un titre précaire et révocable incompatible avec l'idée de droit au renouvellement du bail et, en conséquence, avec un bail

⁵⁶⁸ Trib. Confl., 29 avril 1980, *Préfet de la Seine-Saint-Denis c. Société « Résidence des Perriers »*, *AJDA* 1980, p. 607.

⁵⁶⁹ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 15^e édition, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Cons. d'État, 28 janvier 1970, *Consorts Philip-Bingisser*, req. n° 76 557.

⁵⁷² Cass., Civ. 3^{ème}, 20 décembre 2000, *Société Quimper Plaisance c. SCI Odyssey*, req. n° 99-10 896, *Bull. civ.* 2000, III., p. 135, *JCP N* 2001, p. 1388, note R. RÉZENTHEL et D. BLONDEL, *Dr. adm.* 2001, comm. 109, note G. ECKERT.

commercial⁵⁷³ ou un fonds de commerce⁵⁷⁴. Comme le rappelle Norbert Foulquier, cette interdiction vaut pour les baux ruraux. « En effet, écrit-il, le régime des baux ruraux a ceci de commun avec celui des baux commerciaux qu'il reconnaît au preneur un droit au renouvellement du bail. Cette faculté heurte le principe d'inaliénabilité du domaine public »⁵⁷⁵.

181. — Il résulte de ce qui précède que la règle de l'inaliénabilité du domaine public semble s'appliquer de manière très intense sur les droits réels constitués, qu'il s'agisse de droits réels proprement dit, ou, plus particulièrement des baux de toute nature. Toutefois, d'autres droits constitués sur la chose d'autrui ne subissent pas avec la même rigueur, l'exigence de pleine maîtrise du domaine public.

2. — L'interdiction relative de la constitution de servitudes sur le domaine public⁵⁷⁶

182. — Les servitudes administratives, qui constituent des droits sur la chose d'autrui, devraient normalement trouver sur le chemin la règle de l'inaliénabilité du domaine public. Mais, en réalité, ce principe connaît de nombreuses atténuations.

« En principe, écrit Norbert Foulquier, le domaine public échappe aux servitudes administratives car celles-ci limitent la liberté d'utilisation des immeubles »⁵⁷⁷. Toutefois, plusieurs exceptions existent. C'est le cas, premièrement, des aisances de voirie, qui permettent aux riverains d'accéder à leur domicile. Le Conseil d'État a, en effet, décidé que « le libre accès des riverains à la voie publique constitue un accessoire du droit de propriété, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale » au sens des dispositions du référé-liberté⁵⁷⁸. L'argument selon lequel « les aisances de voirie ne dérogent pas à proprement parler au

⁵⁷³ Cons. d'État, 31 juillet 2009, Société *Jonathan Loisirs*, req. n° 316 534, *Rec. T.*, p. 739, *RD immo.* 2010, p. 159, note P. CAILLE, *Contrats publ.* 2009, n° 93, p. 80, note X. BIGAS.

⁵⁷⁴ Cons. d'État, 19 janvier 2011, Commune de *Limoges*, req. n° 323 924, *CMP* 2011, comm. 87, note G. ECKERT.

⁵⁷⁵ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁷⁶ C. CHAMARD-HEIM, F. MELLEREY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 266 ; N. FOULQUIER, « Les servitudes sur le domaine public, *Dr. et patrimoine* 2008, n° 179, p. 69.

⁵⁷⁷ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 266.

⁵⁷⁸ Cons. d'État, Ord., 3 mars 2011, req. n° 347 061.

principe de l'inaliénabilité du domaine public car elles forment des accessoires à l'utilisation des voies publiques »⁵⁷⁹ n'est pas satisfaisant. L'aisance de voirie constitue une servitude administrative et, donc, un droit réel constitué sur le domaine public. Il eût été plus juste d'affirmer que les aisances de voirie constituent une dérogation acceptable, voire même nécessaire, au principe d'inaliénabilité. En effet, seul un motif tiré « des nécessités de la conservation du domaine public ou de l'entretien de la voie »⁵⁸⁰ peut permettre au maire de priver les riverains de ce droit d'accès de façon générale et absolue. L'aisance de voirie constitue donc clairement une atteinte à la libre disposition des routes.

Concernant les servitudes d'urbanisme, le Conseil d'État a eu l'occasion de décider implicitement qu'un document d'urbanisme ne pouvait contenir de dispositions contraires à l'affectation d'une dépendance du domaine public⁵⁸¹, ce qui vaut pour les plans d'aménagement concertés⁵⁸² ou les plans locaux d'urbanisme⁵⁸³.

183. — Le cas des servitudes de droit privé est plus explicite. « Le principe d'inaliénabilité du domaine public, écrit Norbert Foulquier, interdit que celui-ci supporte des servitudes de droit privé, car celles-ci constituent des droits réels ».

En ce qui concerne les servitudes légales de droit privé, il n'est pas possible d'en constituer sur une parcelle appartenant au domaine public⁵⁸⁴. Lorsque de telles servitudes ont été constituées sur une parcelle avant qu'elle ne soit affectée au domaine public d'une personne

⁵⁷⁹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., p. 266.

⁵⁸⁰ Cons. d'État, Ord., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, req. n° 347 345, *Rec. T.*, p. 940, *AJDA* 2011, p. 1562, note O. FÉVROT.

⁵⁸¹ Cons. d'État, Ass., 30 mars 1973, *Ministre de l'aménagement du territoire c. Schwetznoff*, req. n° 88 151.

⁵⁸² Cons. d'État, 10 juillet 1981, *Mathio et Comité de défense de la côte aquitaine*, req. n° 18 331, *Rec. T.*, p. 885 ; Cons. d'État, 4 mai 1979, *Association des riverains du front de mer de Saint-Raphaël*, req. n° 03 666, *Rec.*, p. 194.

⁵⁸³ Cons. d'État, 26 juin 1985, *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l'environnement*, req. n° 34 305, *Rec.*, p. 207 ; Cons. d'État, 28 juillet 2000, *Port autonome de Nantes-Saint-Nazaire*, req. n° 135 835, *Rec.*, p. 334, DMF 2001, n° 613, p. 232, note R. RÉZENTHEL, *LPA* 2001, n° 13, p. 16, chron. J. MORAND-DEVILLER.

⁵⁸⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mars 1994, *Société Escota*, req. n° 87-16 932, *RD Immo.* 1994, p. 644, obs. J.-B. AUBY et C. MAUGÜÉ.

publique, elles ne survivent que lorsqu'elles sont compatibles avec l'affectation de la dépendance⁵⁸⁵

En ce qui concerne les servitudes conventionnelles, le même régime s'applique normalement, même lorsque la servitude a été constituée sur une propriété privée⁵⁸⁶ et même avant l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques⁵⁸⁷. Toutefois, ce régime était contourné par le fait que les personnes publiques en venaient à consentir des servitudes à des biens, lorsqu'ils étaient dans leur domaine privé, en s'assurant qu'elle survivrait à leur incorporation dans le domaine public, notamment pour construire des ouvrages complexes⁵⁸⁸. Désormais, l'article L. 2122-4 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que « des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires, conformément à l'article 639 du code civil, peuvent grever des biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent ». Ces servitudes sont a priori précaires et révocables pour motif d'intérêt général et moyennant indemnisation du propriétaire du fond servant⁵⁸⁹.

184. — Ce que l'on peut en conclure, c'est que l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public est donc une réalité tangible pour les gestionnaires publics, mais une réalité asymétrique, puisqu'elle épargne certains types de droits constitués sur la chose d'autrui. Cette asymétrie a de l'importance, puisqu'elle a permis, en plus des mécanismes législatifs dérogatoires à utiliser la technique du droit de superficie et de la propriété en volume pour permettre la cohabitation de la propriété privée avec la domanialité publique à l'aide de la constitution de réseaux de servitudes réciproques.

⁵⁸⁵ Cons. d'État, 19 mai 1961, *Société de la Bergerie*, *Rec.*, p. 341, Cons. d'État, 30 mars 1928, *Esquirol*, *Rec.*, p. 499, *S.* 1929, II., p. 3 ; Cons. d'État, 3 novembre 1933, *Ministre des travaux publics c. Porte*, *Rec.*, p. 1007, *S.* 1934, III., p. 41 ; Cons. d'État, 29 novembre 1967, *Gué*, req. n° 62 621, *Rec.*, p. 453.

⁵⁸⁶ Cons. d'État, 30 mars 2013, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération grenobloise* ; CAA Marseille, 20 janvier 2015, *Mme Duc c. Commune de Gonfaron*.

⁵⁸⁷ Cons. d'État, 14 décembre 2011, *Bouyeure*, req. n° 337 824, *RD imm.* 2012, p. 286, note O. FÉVROT ; TA Nice, 15 juillet 2014, *Syndicat des copropriétaires « Le Mercure » c. Région PACA*, req. n° 1 305 434.

⁵⁸⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, op. cit., pp. 268-269.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 269.

B. — Le fondement de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public

185. — Réalité juridique, l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public dispose d'un fondement reconnu : la règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public. En effet, à l'étude, les auteurs, qu'ils l'affirment sans la discuter ou qu'ils la critiquent et souhaitent la reformuler, ne s'en prennent qu'à elle (1.).

Or, si cette règle pose problème, c'est essentiellement parce qu'elle heurte un autre axiome du droit des biens : la théorie du démembrement du droit de propriété. En effet, la constitution de droits réels sur le domaine public ne heurte la règle de l'inaliénabilité qu'autant qu'une telle constitution peut s'analyser en une aliénation partielle, parce que le droit ainsi constitué constitue une fraction du droit de propriété.

Ainsi, le véritable fondement de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public n'est pas tant la règle de l'inaliénabilité, que la confrontation entre cette règle et la théorie du démembrement du droit de propriété (2.).

1. — Le fondement actuel : la règle de l'inaliénabilité du domaine public

186. — La force de la règle de l'inaliénabilité du domaine public émane, non seulement de sa réalité, mais également de la vigueur des critiques qui lui sont portées : elles sont la preuve que la doctrine l'accuse d'être responsable de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public et n'accuse qu'elle. Toutefois, qu'il s'agisse des auteurs qui réclament son abolition pure et simple – notamment, par la destruction de la domanialité publique comme régime juridique⁵⁹⁰ – ou de ceux qui proposent une réinterprétation de ce principe

⁵⁹⁰ Par exemple, Hervé Moysan est l'auteur d'une proposition particulièrement radicale. L'auteur assume dès la première phrase de sa thèse de doctorat, qu'il souhaite « montrer que la soumission des dépendances du domaine public à un véritable régime de propriété, adapté à l'intérêt public, implique l'abandon de la domanialité publique » (H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques. op. cit.*, p. 1). Les raisons invoquées par l'auteur sont connues, il s'agit de « justifications d'ordres économique et financier » (*ibid.* p. 1), à savoir que les impératifs nouveaux de valorisation des dépendances du domaine public ne peuvent se satisfaire de la domanialité publique – notamment, à cause de la règle de l'inaliénabilité –, fût-elle réformée (*ibid.*, pp. 28 et suiv.).

fondé sur d'autres critères, la règle de l'inaliénabilité demeure pour eux le seul fondement de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public.

187. — Yves Gaudemet est l'auteur qui a le plus remis en cause la mécanique de l'incompatibilité entre règle de l'inaliénabilité et constitution de droits réels sur le domaine public. Il est au cœur de cette doctrine, dont il relève qu'elle est à l'initiative d'écrits qui « ont montré ce que ce principe avait d'artificiel, d'inadapté aux situations actuelles, et de mal fondé en droit dans l'inaliénabilité »⁵⁹¹.

Dans une tentative de synthétiser toutes les solutions permettant la constitution de tels droits, l'auteur reformule, dans le sens d'un assouplissement, le principe de la manière suivante : la constitution de droits réels sur le domaine public est incompatible avec la règle de l'inaliénabilité, sauf lorsque la loi l'autorise, ou que cette constitution est compatible avec l'affectation de la dépendance. « L'inaliénabilité du domaine public, écrit-il, a une fonction précise, celle de protéger l'affectation du bien et d'assurer, tant que celle-ci demeure, la pleine maîtrise du bien par son propriétaire public, parce que cela est nécessaire à cette affectation et dans cette mesure seulement »⁵⁹².

En droit positif, ses arguments portent naturellement sur la question des servitudes, dès lors que c'est à leur égard que le principe d'inaliénabilité est le plus souple. Il rappelle, comme nous l'avons montré plus haut, la position de la jurisprudence judiciaire, qui « s'est généralement rangée, semble-t-il, à la position nuancée admettant en principe la constitution de servitudes réelles sur le domaine, dès lors que celles-ci ne compromettent pas l'affectation domaniale »⁵⁹³. Il mentionne, également, qu'« une jurisprudence constante des sections administratives du Conseil d'État admet la constitution de servitudes sur le domaine public autorisées par la voie administrative ». Les opérations d'urbanismes ont vu la constitution de servitudes réelles par le pouvoir législatif ou réglementaire, qui « prononcent le déclassement des volumes à construire au-dessus du domaine et autorisent la constitution de servitudes sur le second, pourvu qu'elles en respectent l'affectation »⁵⁹⁴. Il rappelle, enfin, que les juges

⁵⁹¹ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 15^e édition, *op. cit.*, p. 205.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 206.

« admettent l'existence d'une servitude sur le domaine public lorsque celle-ci affectait déjà le bien en cause avant son entrée dans le domaine. De telles servitudes – on parle alors de servitudes préconstituées – sont maintenues, sauf toujours le cas où elles compromettraient l'affectation du domaine ou les nécessités de sa conservation »⁵⁹⁵. Il indique également « la position du conseil constitutionnel qui, à propos de la loi du 24 juillet 1994 permettant la constitution de droits réels sur le domaine public, a, en écartant comme manquant en fait le moyen invoqué par les saisissants, nettement affirmé que l'inaliénabilité du domaine n'était pas incompatible avec la constitution de droit réels sur celui-ci »⁵⁹⁶.

Auteur d'une thèse de doctorat sur le principe de l'inaliénabilité du domaine public, Hervé de Gaudemar s'est également prononcé pour une réinterprétation de la règle d'inaliénabilité du domaine public. Il distingue les principes de libre disponibilité et d'inaliénabilité⁵⁹⁷, par l'analyse notamment, du régime de la copropriété.

L'auteur affirme qu'en réalité, la règle de l'inaliénabilité joue de manière asymétrique. En effet, elle joue à plein face à la copropriété par appartements de la loi du 10 juillet 1965, mais elle est conciliable avec la copropriété de mitoyenneté des articles 653 à 673 du code civil. Pour l'auteur, ce n'est pas l'inaliénabilité qui agit, mais la libre disponibilité de la parcelle, qui justifie que la cession par mitoyenneté soit possible, cependant que la copropriété par appartements ne l'est pas. Il faut simplement que la parcelle soit toujours disponible pour la personne publique, c'est-à-dire, que cette dernière puisse à tout moment modifier son affectation. Le problème c'est donc que « le régime de la copropriété soumet les parties privatives à un encadrement strict de leur destination »⁵⁹⁸. Aussi l'auteur rejoint-il Yves Gaudemet, quant à dire que c'est la constitution de droits réels sur le domaine public est impossible, sous réserve qu'elle soit compatible avec l'affectation.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 207.

⁵⁹⁷ H. DE GAUDEMAR, *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas – Paris II, 2006, pp. 526 et suiv.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 533.

La libre disponibilité implique que la dépendance du domaine public ne satisfait pas seulement l'intérêt général auquel il est affecté, mais plus généralement, tout intérêt général auquel il pourrait être affecté. La possibilité, pour l'administration, de modifier cette affectation, est donc un élément déterminant de cette libre disponibilité⁵⁹⁹. Ce n'est donc pas l'inaliénabilité, mais cette double affectation – à l'intérêt général, en général, à un intérêt général en particulier –, qui justifie que l'on ne constitue pas de droits réels sur le domaine public⁶⁰⁰.

Partant du principe que la précarité des autorisations d'occupations du domaine public demeure pour motif d'intérêt général⁶⁰¹, Hervé de Gaudemar propose de faire évoluer le droit domanial, après le rattachement de l'instabilité de l'autorisation à la double affectation à cet intérêt général, et non plus à l'inaliénabilité. L'idée est ici de changer le critérium en fondant « la distinction qui conditionne la stabilisation du titre sur la cause des occupations délivrées plutôt que sur la nature du domaine concerné »⁶⁰².

188. — Dans un cas comme dans l'autre, les auteurs désireux de régler le problème que pose la règle de l'inaliénabilité du domaine public sur la constitution de droits réels sur ces dépendances ont donc principalement porté leur attention sur la règle de l'inaliénabilité. Ils n'ont guère interrogé la théorie avec laquelle elle n'est guère soluble : celle du démembrement du droit de propriété.

2. — Le fondement réel : la confrontation avec la théorie du démembrement du droit de propriété

189. — La confrontation de la règle de l'inaliénabilité avec la théorie du démembrement du droit de propriété n'a pas été très étudiée par la doctrine de droit public. L'on remarque toutefois, une évolution sur ce point.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 545.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 545.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 548.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 569.

190. — Hervé de Gaudemar évoque déjà le problème de la compatibilité entre la règle de l'inaliénabilité du domaine public et la théorie du démembrement du droit de propriété, lorsqu'il l'affirme : « l'incompatibilité du droit réel et de la règle d'inaliénabilité est un dogme sans fondement mais sans cesse répété »⁶⁰³.

Ce dogme dispose de deux justifications théoriques.

La première justification, qui ne pose guère plus de problème, était liée à la doctrine des auteurs antipropriétaristes qui refusaient le droit de propriété des personnes publiques sur les dépendances du domaine public. Ce principe n'en était que la conséquence. Mais cette doctrine a échoué.

La seconde en revanche, est plus intéressante, puisqu'il s'agit de dire que la constitution du droit réel revient à une aliénation. Hervé de Gaudemar semble être le premier à avoir fait une analyse du droit réel en droit administratif qui parte du droit civil et à affirmer qu'il peut exister une notion de droit réel qui soit compatible avec la règle de l'inaliénabilité, parce n'étant pas considérée comme une fraction du droit de propriété et, partant, dont la constitution ne saurait constituer une aliénation⁶⁰⁴. Toutefois, l'auteur va trop loin, lorsqu'il affirme que cette notion du droit réel est aujourd'hui celle qui a cours. En effet, il évoque deux arguments dont aucun ne nous paraît satisfaire.

Le premier argument est que la notion de droit réel dépouillée des conceptions classiques du droit des biens serait celle qui est désormais reçue en droit civil et que le droit administratif prendrait du retard en n'actualisant pas sa conception de la notion. Or, les auteurs qui développent cette conception en droit civil, qu'Hervé de Gaudemar ne manque pas de citer⁶⁰⁵ restent très marginaux. La plupart des manuels continuent d'enseigner les conceptions classiques du droit des biens et il serait hasardeux d'affirmer que le droit civil reçoit la conception de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet. Leurs conceptions sont

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 503.

⁶⁰⁴ Pour une analyse détaillée de ces conceptions, cf. *supra*, Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2.

⁶⁰⁵ H. DE GAUDEMAR, *L'inaliénabilité du domaine public*, *op. cit.*, p. 505.

en réalité contestées par des auteurs du droit civil et, pour une grande partie, inconnues des auteurs du droit administratif.

Le second argument est que la notion de droit réel issue de la théorie du démembrement du droit de propriété ne serait plus reçue dans la jurisprudence constitutionnelle. L'auteur cite, à cet égard, la décision du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994⁶⁰⁶ et le commentaire de Frédéric Zenati-Castaing, qui expose la manière dont le Conseil aurait, par cette décision, consacré sa conception de la notion de droit réel⁶⁰⁷, au sujet précisément, des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droit réel. Toutefois, il semble que cette analyse n'est pas satisfaisante, dès lors que ces autorisations ne constituent pas de véritables démembrements du droit de propriété et, donc, d'infraction à la règle de l'inaliénabilité du domaine public⁶⁰⁸.

Ainsi, même pour la doctrine qui relève que la théorie du démembrement du droit de propriété est aussi axiomatique que la règle de l'inaliénabilité du domaine public et ces deux règles s'excluent mutuellement, l'attachement à l'un et l'autre de ces axiomes demeure fort. Or, c'est précisément en admettant, ne serait-ce qu'intellectuellement, qu'une autre conception de la notion de droit réel existe et qu'elle est exploitable, qu'il sera possible de réinterroger l'interdiction de constitution de droits réels sur les dépendances du domaine public.

191. — Morgan Schmiederer va beaucoup plus loin, en formulant une véritable critique de la théorie du démembrement du droit de propriété en droit administratif⁶⁰⁹.

Partant du constat que « les occupations du domaine public constitutives de droits réels sont susceptibles d'une sûreté réelle »⁶¹⁰, l'auteur s'intéresse à la définition de droit réel, afin d'avoir une vue claire de l'assiette des sûretés réelles administratives. Conscient que la

⁶⁰⁶ Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

⁶⁰⁷ F. ZENATI, commentaire sur Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *RTD Civ.* 1995, p. 656.

⁶⁰⁸ Cf. infra, Partie n° 1, Titre n° 2, Chapitre n° 2, Section n° 1, §2, B, 1.

⁶⁰⁹ M. SCHMIEDERER, *Les sûretés réelles administratives*, Thèse de l'Université Toulouse-Capitole, 2021.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 199.

doctrine majoritaire en droit public a repris les conceptions classiques du droit des biens⁶¹¹, il s'attèle à décrire l'évolution personnaliste et néopersonnaliste du droit des biens, en mentionnant, par le truchement des travaux de Benoît Plessix⁶¹², et en s'inspirant, directement des travaux de Samuel Ginossar et Frédéric Zenati-Castaing⁶¹³. Il aboutit finalement à une définition des droits réels aux accents néopersonnalistes, comme « des droits qui consistent en un transfert temporaire d'utilités par le propriétaire d'un bien à un occupant »⁶¹⁴.

La raison est opérationnelle, pour l'auteur. En effet, en se fondant sur les travaux de Charles Gijssbers⁶¹⁵, Morgan Schmiederer postule l'autonomie des sûretés réelles, vis-à-vis du droit des biens, dont ils ne sont qu'un accessoire⁶¹⁶. Dans cette idée, « les sûretés réelles ne sont pas des droits réels accessoires, mais des droits accessoires d'une créance dont l'assiette est un bien »⁶¹⁷. Il lui devient donc nécessaire de définir le droit réel de manière obligationnelle. Seule la révélation d'une créance, au sein des droits réels, lui permet d'asseoir son propos. Or, dans la conception classique, où le droit réel est un droit immédiat sur la chose, le lien obligationnel est dissimulé. Seule une conception personnaliste, qui révèle l'obligation passive universelle, proposée par Marcel Planiol, de laisser la jouissance paisible des utilités de la chose au titulaire du droit réel, et, mieux encore, la distinction entre droits absolus et droits relatifs, proposée par Samuel Ginossar, qui qualifie les droits personnels et réels de droits « d'obligation »⁶¹⁸, le permet.

Les travaux de Morgan Schmiederer sont donc une bonne manière de montrer comment, d'un point de vue intellectuel, la critique de la théorie du démembrement du droit de propriété, qui aboutit à la distinction entre le droit de propriété et les autres droits réels, peut

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 205 : « La doctrine privatiste classique a servi de matrice aux analyses des droits réels publics (...) ».

⁶¹² Benoît Plessix reconnaît, en effet, en dépit de la théorie classique des droits réels, que les droits réels administratifs promus par Maurice Hauriou et Louis Rigaud, « loin de constituer des droits réels administratifs, (...) sont bien plutôt des droits personnels administratifs » (B. Plessix, *op. cit.*, n° 639). Cette analyse des droits réels en termes de rapport obligationnel renvoie aux travaux des personnalistes menés par Marcel Planiol (Cf., *supra*, Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2).

⁶¹³ M. SCHMIEDERER, *Les sûretés réelles administratives, op. cit.*, pp. 212 et suiv.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 247.

⁶¹⁵ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, Paris, Economica, 2015.

⁶¹⁶ M. SCHMIEDERER, *Les sûretés réelles administratives, op. cit.*, pp. 221 et suiv.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 230.

⁶¹⁸ Cf., *supra*, Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2.

contenir une solution à la présentation rationnelle du droit administratif des biens. Toutefois, elle demeure encore aujourd'hui, assez marginalement repérée.

§2. — La théorie du démembrement du droit de propriété, impensé des solutions pour une meilleure gestion des biens publics

192. — Il résulte de ce précède – à savoir que l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public est fondée uniquement sur la règle de l'inaliénabilité du domaine public, plutôt que sur une confrontation entre cette règle et la théorie du démembrement du droit de propriété –, que toute tentative de solution ne peut porter que sur un contournement ou une dérogation à la règle de l'inaliénabilité du domaine public. En d'autres termes, la doctrine comme le jurislacteur ne semblent guère s'interroger sur la question de savoir si les droits réels sur la chose d'autrui sont effectivement des parts du droit de propriété et si leur constitution constitue réellement une aliénation.

Toutes les solutions que le droit positif consacre visent donc : soit à contourner pratiquement les conséquences de l'interdiction, en organisant des grands ensembles par des réseaux de servitudes ; soit à contourner juridiquement les conséquences de l'interdiction, en instaurant des exceptions par la loi. Mais une étude attentive des mécanismes montre qu'ils se rattachent tous à la même technique : celle du droit de superficie. Le droit de superficie, dont la nature de droit réel sur la chose d'autrui est très contestée (A.) permet d'affirmer qu'il n'y a pas, à proprement parler, d'exception à la règle de l'interdiction de constituer des droits réels sur les dépendances du domaine public, révélant en creux, la force de la théorie du démembrement du droit de propriété (B.).

A. — *La nature du droit de superficie en droit civil*

193. — Le droit de superficie est l'exemple même du droit né chez les romains, devenu terre d'élection de la théorie du double domaine durant la féodalité, mais que la Révolution ne parvint finalement pas à détruire⁶¹⁹. Le droit de superficie consiste en un découpage de la

⁶¹⁹ Outre les droits de superficie spéciaux, l'article 553 du code civil, qui dispose que « toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou

propriété « entre, d'une part, le tréfonds, et, d'autre part, le sol et les plantations, ouvrages et bâtiments qui s'y trouvent, voire entre le tréfonds et le sol, d'une part, et ce qui se situe sur le sol, d'autre part »⁶²⁰.

La nature juridique du droit de superficie est, encore aujourd'hui, assez largement débattue en droit civil. La question est principalement de savoir s'il s'agit d'un droit de propriété autonome, d'un droit réel sur la chose d'autrui, d'une combinaison des deux, ou rien de tout cela, c'est-à-dire, un droit *sui generis*. Cette question nous intéresse, dès lors que, il semble que tous les mécanismes juridiques que l'on dit « constitutifs de droits réels » en droit administratif peuvent se rattacher à cette technique du droit de superficie. C'est précisément parce que la nature démembrée du droit de superficie est assez aisément réfutable (1.) que ces droits, qui s'apparentent à de véritables droits de propriété (2.) sont compatibles avec la règle de l'inaliénabilité du domaine public.

1. — Réfutation de la nature démembrée du droit du superficiaire

194. — Au XIX^{ème} siècle, l'on doit à François Laurent⁶²¹ une attaque en règle contre le droit de propriété du superficiaire. Il analyse deux mécanismes juridiques de son temps.

Le premier est le droit de superficie dans l'ordre juridique français. Pour l'auteur, le code civil ne consacre pas directement un droit de superficie. Certes, d'une part, en permettant, à un tiers, qui n'est pas le propriétaire du sol, d'acquérir la propriété de tout ou partie du bâtiment d'autrui⁶²² et, d'autre part, en permettant que les différents étages d'une maison puissent appartenir à des propriétaires différents qui soient collectivement propriétaire du sol⁶²³, le code civil consacre une séparation de la superficie et du sol. En revanche, argument

pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment », sert de fondement contemporain à ces droits (V. notamment, C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, 1852, vol IX, n° 644).

⁶²⁰ S. LAPORTE-LECONTE, « Fasc. 251-30 : Le droit de superficie », Paris, *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, 2016, n° 1.

⁶²¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris, A. Durand & Pédone Lauriel, 1872, t. 7, pp. 490 et suiv.

⁶²² Article 553 du code civil.

⁶²³ Article 664 du code civil, aujourd'hui abrogé, car faisant l'objet d'une législation à part relative à la copropriété (loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis).

sémantique de poids, « en France, il n'y a pas de loi sur la matière ; le code ne prononce pas le nom de droit de superficie »⁶²⁴. Au XIX^{ème} siècle, lorsque le droit national ne se prononce pas, l'on s'en remet aux lois romaines.

Or, l'analyse du droit romain des biens suppose de choisir un camp, ce dernier ayant été largement réinterprété par le droit féodal. Pour François Laurent, justement la réinterprétation féodale du droit des biens est funeste et ne saurait prospérer dans le droit actuel. Elle aboutit précisément à confier au superficiaire une part dans la propriété du sol, or, « c'est la reproduction de la vieille théorie du domaine utile que dans l'ancien droit on reconnaissait au superficiaire. Cette distinction est inconnue au droit romain (...) »⁶²⁵. Ainsi, invoquant l'autorité de Doneau, il soutient que dans le droit romain le plus, pur « le propriétaire du sol est propriétaire du bâtiment, alors même qu'il aurait été construit par un tiers possesseur de bonne foi »⁶²⁶. Le superficiaire ne disposerait donc que d'un droit réel sur la chose d'autrui, démembrement du droit de propriété dont dispose le propriétaire du sol. Il n'y aurait pas, en droit français, de dérogation à la règle de l'accession immobilière.

Le second mécanisme à être analysé par François Laurent est le droit de superficie dans l'ordre juridique belge. Il lui est plus compliqué d'invoquer la pureté du droit romain quand, en Belgique, le droit positif règle très spécifiquement la question du droit de superficie. L'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie dispose, en effet, que « le droit de superficie est le droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations, en tout ou partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui ». Cet article précisait, à l'état de projet, que ce droit consistait à « avoir et posséder comme propriété », ce dernier terme étant repris à l'article 6 de la même loi qui précise qu'à l'expiration de ce droit la propriété des bâtiments passe au propriétaire du fonds⁶²⁷. L'article 5, enfin, confie au superficiaire la possibilité de détruire les constructions objet du droit.

Sans entrer dans le détail, les commentaires de François Laurent peuvent se résumer ainsi : tout ce qui ne permet pas d'identifier le droit de superficie à un droit de propriété est une

⁶²⁴ F. LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, t. 7, p. 493.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 494.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 491.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 494.

preuve de la nature démembrée de ce droit ; tout ce qui permet de rapprocher le droit de superficie du droit de propriété est une preuve de la nature démembrée de ce droit. Car, après tout, s'il est besoin de telles précisions, c'est que l'identité ne va pas de soi.

195. — Autrement moderne est l'analyse de Frédéric Zenati. Pour cet auteur, le droit de superficie n'est pas un droit de propriété autonome, mais il constitue un droit réel sur la chose d'autrui⁶²⁸. Il tire cette conclusion de la décision que le Conseil constitutionnel a rendue à propos de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Il estime que cette décision, au-delà son apport pour la théorie du domaine public, est riche d'enseignements pour le droit des biens en général en tant qu'il est possible d'en déduire que, « contrairement à la conception coutumière de ce droit qu'a adoptée la jurisprudence, le droit de superficie pourrait bien ne pas être un droit de propriété »⁶²⁹. Il avance deux arguments au soutien de cette affirmation.

Le premier argument a trait au fait que les requérants invoquaient la contradiction de la loi, qui permet la constitution de droits réels sur des dépendances du domaine public, au principe d'inaliénabilité, dont ils soutiennent qu'il a valeur constitutionnelle. En effet, Frédéric Zenati relève que le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la valeur juridique du principe, mais indique qu'« il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public »⁶³⁰. L'auteur en conclue qu'en décidant ainsi, les Sages remettent en question l'idée que la constitution de droits réels sur le domaine public constitue une aliénation et qu'il doit être suivi, parce qu'il remet en cause la théorie classique du démembrement du droit de propriété.

Mais il est possible, en l'occurrence, d'interpréter cette décision tout autrement, non pas comme affirmant que la constitution de droits réels sur le domaine public ne constitue pas une aliénation, mais comme affirmant que les droits ainsi conférés, parce qu'ils ont la nature

⁶²⁸ F. ZENATI, commentaire sur Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *op. cit.*

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

de droits de superficie, ne sont pas des droits réels démembres et donc, ne constituent pas une aliénation. En effet, le Conseil n'indique pas clairement que c'est la constitution de droits réels sur la chose d'autrui – en l'espèce, une dépendance du domaine public – qui ne constitue pas une aliénation, mais les droits conférés par les « dispositions de cet article ». Certes, la loi les qualifie de droits réels et, dans notre droit administratif des biens classique, qui n'a jamais qualifié le droit de propriété de droit réel, il faut entendre que ce vocable désigne les droits constitués sur la chose d'autrui.

Toutefois, il n'est pas interdit de penser, que la terminologie n'ait pas été aussi subtilement élaborée par le législateur. En somme, il est bien probable que la qualification de droits réels des mécanismes consacrés par la loi de 1994 relève plus d'un mélange de communication politique – rappelons qu'il s'agissait de promouvoir la sécurité juridique des cocontractants de l'administration afin de leur permettre de financer la construction d'ouvrage sur le domaine public – et de communication juridique – le terme « droit réel » étant mieux connu du juriste de droit administratif, que le terme de droit de superficie. Ainsi, l'argument qui devait remettre en cause les conceptions classiques du droit de propriété nous paraît, au contraire, confirmer que la constitution de droits réels sur la chose d'autrui sur le domaine public n'est pas possible et que la seule constitution de droit de superficie, qui ne sont pas des démembrements du droit de propriété est permise.

Le second argument relève de la même logique et est sensé appuyer le premier. Dans la même décision, le Conseil constitutionnel déclare comme contraire à la Constitution la disposition de la loi qui permettait à l'autorité publique de renouveler indéfiniment les droits constitués pour une durée pouvant aller jusqu'à soixante-dix ans, « qu'ainsi exercée après une période aussi longue et selon une procédure qui peut être réitérée sans qu'un terme définitif soit imposé par le législateur à l'exercice de ces droits réels sur le domaine public, une telle faculté est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique »⁶³¹. Frédéric Zenati en déduit qu'il s'agit là d'une application des dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au droit administratif des biens, dont le

⁶³¹ Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

Conseil affirme qu'elles « ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »⁶³², interdisant la constitution de droits définitifs sur la chose d'autrui. Il en conclut que le Conseil « témoigne ici d'une hostilité remarquable à la perpétuité des droits sur la chose d'autrui »⁶³³, par la généralisation de la situation du domaine public à tous les droits réels en général. En effet, indique-t-il, « la solution n'est arrêtée par le juge de la Constitution qu'à propos de la propriété publique. Mais on conçoit mal qu'un droit puisse avoir une nature opposée selon le domaine où il s'exerce »⁶³⁴.

Toutefois, il nous semble, au contraire, qu'on puisse le concevoir très bien, dès lors que les biens intégrés dans le domaine public sont l'objet d'un régime particulier. Le Conseil l'indique assez explicitement lorsqu'il indique que les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme protègent la propriété publique en tant qu'elles « font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté »⁶³⁵. La notion d'affectation est mobilisée par le Conseil et elle peut bien justifier l'hostilité aux droits perpétuels ; elle a, longtemps durant, justifié l'absence de propriété.

196. — La généralisation que propose Frédéric Zenati ne nous paraît donc pas convaincante et il ne paraît pas possible d'assimiler le droit de superficie à un droit réel sur la chose d'autrui. Toutefois, il est bon de noter que le fait que cette analyse soit possible montre la difficulté qu'il y a à faire entrer le droit de superficie dans les canons du droit des biens. En effet, « même si elle n'est pas conforme à la jurisprudence civile dominante, écrivent Jean-Louis Bergel, Sylvie Cimamonti, Jean-Marc Roux et Laetitia Tranchant, cette analyse du droit de superficie révèle les hésitations que l'on peut avoir lorsque l'on confronte l'idée de propriété temporaire avec la notion de bail. Elle montre donc les limites à l'application

⁶³² Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

⁶³³ Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

⁶³⁴ F. ZENATI, commentaire sur Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *op. cit.*

⁶³⁵ Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

intégrale du régime de la propriété au droit de superficie qui demeure une manifestation exceptionnelle du droit de propriété »⁶³⁶.

2. — Affirmation de la nature propriétaire du droit du superficiaire

197. — Pour la doctrine majoritaire, le droit de superficie est un droit de propriété complet, qui ne trouve sa spécificité que dans le fait qu'il est issu d'une dérogation à la théorie de l'accession immobilière⁶³⁷. En effet, contrairement à un démembrement du droit de propriété, le droit de superficie résulte d'un démembrement du bien objet du droit de propriété.

Cette analyse est reçue en doctrine. La plupart des manuels de droit civil des biens la confirment. « Distinct de l'usufruit et de la servitude, écrivent ainsi Jean-Louis Bergel, Sylvie Cimamonti, Jean-Marc Roux et Laetitia Tranchant, le droit de superficie n'est pas un démembrement du droit de propriété : il est une véritable propriété immobilière distincte de celle qui porte sur le sol »⁶³⁸. Pour Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Maxime Julienne, « C'est une propriété assez spéciale : son usage est seulement la possibilité de construire ; elle échappe à l'usucapion et est généralement éphémère. Mais elle confère l'exclusivisme, le droit de disposer et l'opposabilité aux tiers »⁶³⁹. De même, pour Laurent Leveneur et Sabine Mazeaud-Leveneur, « le droit de superficie est en principe soumis à toutes les règles de la propriété tout simplement car c'est une propriété, même si elle est limitée au seul dessus »⁶⁴⁰.

Leur opinion est assise sur la jurisprudence, qui, dès le XIX^{ème} siècle, reconnaît que « le droit de superficie forme un droit de propriété distinct et séparée de celle du fonds ; qu'il

⁶³⁶ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens*, dir. J. GHESTIN, 3^e édition, Paris : LGDJ, 2019, p. 351.

⁶³⁷ C. AUBRY, C.-F. RAU, *Droit civil Français*, 7^e édition, Paris, Litec, 1961, n° 372 ; J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, Thèse de l'Université de Toulouse, 1977, n° 141.

⁶³⁸ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 348.

⁶³⁹ MALAURIE (Philippe), L. AYNÈS, JULIENNE (Maxime), *Droit des biens*, 9^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 2021, p. 331.

⁶⁴⁰ L. LEVENEUR, S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Droit des biens. Le droit de propriété et ses démembrements*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2021, p. 80.

porte exclusivement sur les constructions, bois et arbres, et autres produits du sol qui fait l'objet du contrat par lequel il a été stipulé »⁶⁴¹.

198. — Le droit de superficie serait donc un droit de propriété autonome, dont le seul particularisme serait qu'il résulte d'un renoncement à son droit d'accession, du propriétaire d'un autre bien. C'est ce particularisme qui en a fait le candidat tout désigné pour être importé en droit administratif.

B. — L'utilisation du droit de superficie en droit administratif

199. — Le droit de superficie se définit comme la technique juridique permettant la dissociation de l'objet d'un droit de propriété entre le tréfoncier, propriétaire du sol, et le superficiaire, propriétaire des plantations, ouvrages et bâtiments bâtis sur le sol, et, éventuellement, des tréfonds sous le sol. Cette technique est une dérogation à la règle de l'accession, posée par l'article 552 du code civil, lequel dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Il en résulte que le droit de superficie ne constitue pas un démembrement du droit de propriété, mais nécessite un démembrement de l'objet du droit de propriété. Le droit du superficiaire n'est donc pas un droit sur la chose d'autrui, mais un droit de propriété autonome qui prend assise sur la propriété d'autrui et suppose, de la part du propriétaire de la chose sur laquelle il prend assise, un renoncement à son droit à l'accession.

Or, ce droit semble être la matrice de tout ce que le juriste de droit administratif désigne sous le terme « droit réel ». Techniquement, l'appellation n'est pas fautive, du point de vue de la doctrine classique, dès lors que les droits de propriété y sont considérés comme des droits réels. Mais le droit administratif réserve habituellement cette appellation pour les droits constitués sur la chose d'autrui qui ne sont ni précaires ni révocables, notamment, les autorisations d'occupation temporaire du domaine public n'étant pas considérées comme constitutives de droit réel. Ainsi, il n'y a donc pas de droits réels, à proprement parler, en droit administratif, à l'exception, peut-être, des servitudes.

⁶⁴¹ Cass. Civ., 16 décembre 1873, DP 1874, I., p. 418 ; Pour d'autres jurisprudences, v. J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 348, note nos 8 et 9.

En effet, afin de tenir en échec l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public, les personnes publiques vont, soit utiliser une modalité bien connue du droit de superficie, la division en volumes, pour permettre la cohabitation de dépendances du domaine public avec des éléments de propriété privée, accompagné d'un réseau de servitudes pour assurer l'interaction entre les deux (1.), soit bénéficier de mécanismes d'exception mis en place par le législateur qui peuvent tous se résumer à des droits de superficie (2.).

1. — Le droit de superficie affiché : le contournement de la théorie du démembrement du droit de propriété par la réalisation des ensembles immobiliers complexes

200. — La réalisation d'ensembles immobiliers complexes, faisant cohabiter dépendances relevant du domaine public et propriétés privées, est la résultante de deux contraintes qui empêchent l'application de régimes de droit commun en la matière et donc leur utilisation par les personnes publiques. La première contrainte est d'ordre matériel, l'urbanisme contemporain tend à limiter l'étalement des constructions, ce qui aboutit une réduction des surfaces disponibles pour la réalisation de nouveaux projets immobiliers⁶⁴² et, par voie de conséquence, en renchérissement des parcelles disponibles, dans un contexte de forte contrainte budgétaire pour les personnes publiques. La seconde est d'ordre juridique, puisque la règle d'inaliénabilité a été jugée incompatible avec le régime général de la copropriété des immeubles bâtis⁶⁴³, posé par la loi du 10 juillet 1965⁶⁴⁴.

Pour favoriser la création d'ensembles immobiliers complexes, une solution a été, pour certains cas, de neutraliser la règle de l'inaliénabilité de la seule manière juridiquement possible en l'état actuel du droit, c'est-à-dire, en excluant certains biens immobiliers du domaine public. C'est ainsi, l'article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques prévoit désormais que les biens immobiliers à usage de bureaux font partie du

⁶⁴² Comme l'indique Yves Gaudemet, la caractéristique de l'urbanisme actuel étant « la réduction des surfaces disponibles pour des opérations d'envergure. Aussi, tout naturellement, les aménageurs ont cherché en hauteur l'espace qui leur manquait en surface » (Y. GAUDEMET, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », *D.* 1978, chron n° XLXI, p. 293).

⁶⁴³ Cons. d'État, 11 février 1994, *Compagnie d'assurances « La préservatrice foncière »*, req. n° 109 564 ; Cass., 1^{ère} Civ., 25 février 2009, *Commune de Sospel*, req. n° 07-15 772.

⁶⁴⁴ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

domaine privé des personnes publiques, « à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ».

201. — Pour ce qui est des dépendances du domaine public qui ne sont pas des biens immobiliers à usage de bureaux, la solution a été l'utilisation de la division de la propriété en volume avec constitution de réseaux de servitudes permettant l'articulation des différents droits de propriétés sur les différents éléments de l'ensemble. La division en volume se définit comme « une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des côtes, sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions »⁶⁴⁵.

Le premier à l'avoir mentionné est René Savatier, dans une série d'articles canoniques⁶⁴⁶. Selon lui, le développement de la volumétrie est directement lié à des considérations d'urbanisme général, qui ne concernent pas directement le droit administratif des biens. C'est en effet la construction des grands ensembles immobiliers, dans les années 1960, qui aboutit à cette situation. Les questions de propriété immobilière ne sont pas pensées en volumes. « Le fonds même de celle-ci [la propriété immobilière], écrit-il, en est resté à la conception romaine du droit de l'accession, tempéré par le droit de superficie et le droit d'emphytéose »⁶⁴⁷, ce qu'il réfute. Ainsi, refuse-t-il de reprendre le terme de droit de superficie. Pour lui, « les Belges ont été victimes de cette équivoque en légiférant sur le « droit de superficie » en 1829, à partir d'un concept romain qu'ils ont cru maladroitement devoir

⁶⁴⁵ N. LE RUDULIER, « Division en volumes. Nature et principes », *JurisClasseur Copropriété*, Fasc. 520, 2016, n° 5. Il s'agit de la définition de Daniel Sizaïre, à l'origine de ce fascicule et qui « a su magistralement faire le lien entre les expériences pratiques de la volumétrie et son indispensable théorisation » (*ibid.* n° 4).

⁶⁴⁶ R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridiques des biens corporels », *RTD Civ.* 1958, p. 1 ; « La propriété de l'espace », *D.* 1965, chron. n° XXXV, p. 213 ; « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », *D.* 1976, chron n° XVIII, p. 103.

⁶⁴⁷ R. SAVATIER, « La propriété de l'espace », *op. cit*

moderniser »⁶⁴⁸. Mais ce n'est pas tant par opposition radicale au principe du droit de superficie, ni même à l'idée que la propriété en volume en soit une forme, que parce qu'il préfère mener une charge plus générale contre le principe de l'accession immobilière. L'article 552, qui dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous » est « célèbre, mais évidemment dénuée de réalisme »⁶⁴⁹.

Aujourd'hui, toutefois, une partie de la doctrine considère que la division en volume est une modalité du droit de superficie⁶⁵⁰. La raison en est simple, l'un comme l'autre consiste à différencier des droits de propriétés par la renonciation à la règle de l'accession. Ainsi et en conséquence, « La nature réelle du droit sur le volume, écrit Nicolas Le Rudulier, n'a jamais été discutée lorsque cet espace est construit. Postérieurement à l'édification du bâtiment dans l'emprise du volume, les prérogatives de l'acquéreur sont unanimement présentées comme constitutive d'un droit réel »⁶⁵¹. En revanche, la doctrine a largement débattu sur la nature juridique du droit sur un volume avant qu'il ne soit construit. Mais « le débat semble être aujourd'hui clos, permettant ainsi d'affirmer que le droit qui trouve à s'exercer sur un volume est un droit de propriété en tous points comparable à celui sur un volume intégrant le sol naturel »⁶⁵².

202. — La théorie de l'accession s'applique directement en droit administratif⁶⁵³, qui se réfère explicitement à l'article 552 du code civil⁶⁵⁴. L'article 552 du code civil suppose, selon Yves Gaudemet, que la propriété du sol emporte, sauf titre ou acte juridiques contraires, la propriété du dessus et du dessous. Ce principe n'est selon lui pas applicable au domaine

⁶⁴⁸ R. SAVATIER, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », *op. cit.*

⁶⁴⁹ R. SAVATIER, « La propriété de l'espace », *op. cit.*. Et l'auteur de citer toutes les exceptions qu'il connaît, pas même dix ans après sont entrée en vigueur, lorsque la loi du 21 avril 1810 sur les mines mettait un terme à la pureté des principes. Mais également, la loi du 8 avril 1898 sur les eaux et les lois du 15 avril 1906 et du 16 octobre 1919 sur la houille blanche. La loi du 31 mai 1924 sur l'espace aérien.

⁶⁵⁰ V., notamment, L. LEVENEUR, S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Droit des biens. Le droit de propriété et ses démembrements*, *op. cit.*, p. 81 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, M. JULIENNE, *Droit des biens*, 9^e édition, *op. cit.*, pp. 330-331 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 10^e édition, *op. cit.*, pp. 844 et suiv.

⁶⁵¹ N. LE RUDULIER, « Division en volumes. Nature et principes », *op. cit.*, n° 31.

⁶⁵² *Ibid.*, n° 49. Les controverses sont présentées aux n°s 30 à 49.

⁶⁵³ Cass., Req., 16 juillet 1877, *Choquet-Passelecq*, *D. P.* 1878, I., p. 75 ; Cons. d'État, 7 août 1886, *Ministre des travaux publics*, *D. P.* 1888, III., p. 13 ; Cons. d'État, 20 mai 1927, *Fabre*, *Rec.*, p. 581.

⁶⁵⁴ Cons. d'État, 7 mai 1931, *Compagnie nouvelle des chalets de commodité*, *Rec.*, p. 491.

public pour deux raisons : la première est qu'il serait paradoxal d'utiliser un principe qui vise à étendre le droit de propriété pour servir un régime exorbitant qui vise, tout au contraire, à limiter le droit de propriété ; la seconde est que les volumes ainsi appropriés ne rempliraient pas les conditions de la domanialité publique, « dès lors il n'est pas possible de considérer qu'à défaut d' à l'utilité publique et, accessoirement, d'aménagement spécial, un volume, quel qu'il soit, fasse partie du domaine public ; ceci quand bien même ce volume surplombe ou supporte un élément du domaine public »⁶⁵⁵. En conclusion, « la consistance du domaine, écrit-il, est déterminée exclusivement par référence aux critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence. Il n'y a pas place, en cette matière, pour une disposition de la loi qui introduit, sous forme de présomption, un élément aléatoire reposant sur la prise en considération d'autres éléments que ceux qui définissent le domaine public »⁶⁵⁶.

En revanche, le juge a développé une théorie de l'accessoire, qui vient s'appliquer au domaine public. En conséquence, les parcelles placées au-dessus ou au-dessous d'une dépendance faisant partie du domaine public n'en font partie que dans la mesure de leur affectation à une utilité publique. Leurs occupants ne sauraient être qualifiés d'occupants du domaine public. « Ils sont des propriétaires à part entière de « volumes » qui n'ont jamais fait partie du domaine public avec cette seule particularité que la coexistence de leurs propriétés et du domaine public doit être organisée dans un cadre vertical et non plus horizontal comme dans l'urbanisme traditionnel »⁶⁵⁷.

Les rapports s'organisent à partir d'aisances de voirie et de servitudes réciproques⁶⁵⁸. La constitution de servitudes de droit privé sur une propriété privée et au profit du domaine public ne pose guère de problème. En revanche, pour ce qui concerne la constitution de servitudes privées sur parcelle du domaine public au profit d'une propriété privée : la jurisprudence judiciaire l'admet dans le respect de l'affectation ; et le juge administratif la rejette au nom du principe d'inaliénabilité du domaine public, sauf pour les servitudes constituées avant l'incorporation de la dépendance au domaine public, tant qu'elles sont

⁶⁵⁵ Y. GAUDEMET, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », *op. cit.*

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie, op. cit.*, p. 426.

compatibles avec l'affectation. Les deux cours suprêmes sont d'accord pour dire qu'il s'agit là d'une compétence du juge administratif.

Yves Gaudemet semble n'être pas convaincu et pour trois raisons. D'abord, il n'y a pas de liaison en droit entre inaliénabilité et absence de servitude. Ensuite, écrit-il, « l'inaliénabilité n'existe que pour préserver l'affectation du bien. En conséquence, tout acte sur ce bien qui respecte l'affectation de celui-ci ne saurait être interdit au nom du principe d'inaliénabilité »⁶⁵⁹. Enfin, pour certaines opérations, c'est un décret qui est venu permettre la création de servitudes de toute nature conforme à l'affectation. Or, soit c'était déjà possible et le texte n'a pas d'intérêt, soit ça ne l'était pas et le texte aurait dû être censuré.

203. — En pratique, la technique de la division en volume a déjà été utilisée pour des parcelles du domaine public, c'est même ces opérations qui sont à l'origine de la théorie. C'est à la pratique notariale que revient d'avoir fait preuve d'inventivité. « Les techniques les plus ingénieuses, écrit René Savatier, sont proposées pour stimuler les constructeurs, maîtriser la spéculation sur les terrains à bâtir, harmoniser le développement des villes »⁶⁶⁰. La doctrine salue « l'audace de ces praticiens et tout particulièrement de Me Claude Thibierge et de Jean Cumenge, qui ont usé de cette technique pour des opérations d'envergure telle celle de la Défense à Paris et qui ont ainsi ouvert une nouvelle voie »⁶⁶¹

Les opérations d'urbanismes ont permis l'autorisation de la constitution de servitudes réelles par le pouvoir législatif. Ainsi, « en vue d'aménager la gare du Maine à Paris et, notamment, de construire des immeubles à usage commercial, professionnel ou d'habitation, et des locaux annexes, la Société nationale des chemins de fer français est autorisée, sous réserve d'approbation par son autorité de tutelle et avec l'accord du ministre des finances et des affaires économiques, de consentir sur le domaine public ferroviaire des servitudes de toute nature au profit des immeubles privés construits dans ces conditions dans la mesure où l'exercice de ces servitudes conventionnelles ne fera pas obstacle au

⁶⁵⁹ Y. GAUDEMET, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », *op. cit.*

⁶⁶⁰ R. SAVATIER, « La propriété de l'espace », *op. cit.*

⁶⁶¹ N. LE RUDULIER, « Division en volumes. Nature et principes », *op. cit.*, n° 2.

fonctionnement du service public »⁶⁶². Mais le pouvoir règlementaire a également permis ce genre de dispositifs, comme l'exprime Yves Gaudemet, évoquant les gares Maine-Montparnasse, des Gobelins, ou encore de La Glacière-Gentilly. « Ces textes, écrit-il, prononcent le déclassement des volumes à construire au-dessus du domaine et autorisent la constitution de servitudes sur le second, pourvu qu'elles en respectent l'affectation »⁶⁶³.

204. — Il ressort bien de ce qui précède que, plutôt que d'interroger la nature juridique des droits réels démembrés, la doctrine comme la pratique a préféré, dans le cadre des ensembles immobiliers complexes, faire preuve de toutes les ingéniosités pour contourner tant la règle de l'inaliénabilité que la théorie du démembrement du droit de propriété. Tout semble fait pour laisser intact l'incompatibilité entre les deux.

2. — Le droit de superficie dissimulé : La neutralisation de la théorie du démembrement du droit de propriété par la multiplication des exceptions légales à la règle de l'inaliénabilité

205. — Parce qu'ils sont des droits de propriété, les droits de superficie sont des droits réels, au sens classique du terme. Mais pour la même raison, ils ne sont pas des droits réels démembrés, dans la mesure où ils ne consistent pas en une fraction du droit de propriété qu'autrui exerce sur sa chose. Chacun des mécanismes de ce qu'il convient aujourd'hui d'appeler « droit réel sur le domaine public » est un droit de superficie. Il est donc confondant de les qualifier comme tel.

À l'inverse des ensembles immobiliers complexes, qui visent à permettre aux dépendances du domaine public de se situer au milieu de personnes privées, ces « droits réels sur le domaine public » ont vocation à permettre aux personnes privées de s'établir, au moins pour un temps, sur la propriété des personnes publiques. Le principe reste le même, à savoir la consécration d'un droit de superficie au profit de la personne privée cocontractante de la personne publique⁶⁶⁴.

⁶⁶² Ordonnance n° 59-237 du 4 février 1959 relative à l'utilisation complémentaire de certaines dépendances du domaine public ferroviaire en gare du Maine à Paris.

⁶⁶³ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 15^e édition, *op. cit.*, t. 2, p. 206.

⁶⁶⁴ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e édition, Paris, Le Moniteur, coll. « L'actualité juridique », 2001, t. 2, n° 636 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 15^e édition, *op. cit.*, pp. 320 et suiv.

Ce droit se décompose en deux éléments. D'une part, il consacre, au profit du cocontractant de l'administration, un droit de propriété plein et entier, mais temporaire, sur les ouvrages édifiés sur le sol. Il ne s'agit donc pas d'un démembrement du droit de propriété, mais d'un démembrement de l'espace (a.). D'autre part, la nature du droit dont l'occupant dispose sur le sol, c'est-à-dire sur la parcelle appartenant au domaine public fait l'objet de vives controverses en doctrine, qui laissent en suspens sa qualification de démembrement du droit de propriété (b.).

a. — Le droit de l'occupant sur les ouvrages édifiés sur la parcelle

206. — Le premier élément, consiste en au profit du cocontractant de l'administration, un droit de propriété plein et entier, mais temporaire, sur les ouvrages édifiés sur le sol, au profit du cocontractant de l'administration. Il ne s'agit donc pas d'un démembrement du droit de propriété, mais d'un démembrement de l'espace.

À cet égard, la nature juridique des mécanismes consacrés par les droits réels sur le domaine public n'est pas si différente de ce que permet les autorisations d'occupation temporaire du domaine public ou dans le cadre des biens de retour des concessions de services publics. La seule différence est d'ordre procédural, puisqu'il s'agit de la précarité et de la révocabilité des autorisations temporaires. « Malgré ce que pourrait laisser penser la généralisation – apparente – de titres constitutifs de droits réels, écrit Norbert Foulquier, cette réforme ne s'imposait pas entièrement. En effet, la jurisprudence admettait de longue date le droit de propriété de l'occupant, durant toute la durée de son titre, non pas sur la parcelle du domaine occupé, mais sur les ouvrages et bâtiments qu'il y établissait »⁶⁶⁵. Ainsi, l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitue déjà une dérogation à la théorie de l'accession⁶⁶⁶. La seule exception à ce principe concerne les installations qui

⁶⁶⁵ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens, op. cit.*, pp. 417-418.

⁶⁶⁶ Cons. d'État, 1^{er} juillet 1960, *Établissement Soulat, Rec.*, p. 442, *AJDA* 1961, p. 262, note J. BESNARD ; Cons. d'État, 8 janvier 1930, *Compagnie générale des eaux, Rec.*, p. 16 ; Cons. d'État, 4 mars 1991, Madame Palanque, *Rec. T.*, p. 976, *D.* 1992, *Somm.*, p. 379, note P. BON ; Cons. d'État, 23 juin 1993, *Société S.I.C.E.R.*, Req. n° 111 569 ; Cons. d'État, 4 novembre 1994, *Société Héliantal*.

réalisent l'affectation du terrain d'assiette, et cette exception existe sur le fondement de la théorie de l'accessoire⁶⁶⁷.

Cette idée, qui existe déjà donc avant la loi de 1994, vise à permettre la constitution de sûretés. « Si les installations édifiées sur le domaine ne sont pas dans le domaine public et relèvent de la propriété plein et entière de l'occupant, écrit Hervé de Gaudemar, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'y soient inscrites des sûretés »⁶⁶⁸.

Mais Hervé de Gaudemar rejoint la critique que la propriété des superficiaires repose inéluctablement sur celle du propriétaire du terrain : « cette manière de penser, écrit-il, est pourtant très proche du mirage en faisant voir au créancier une garantie là où il n'y en a pas. Car, en effet, sauf à concevoir une propriété en lévitation, le bon sens commande de relier la superficie à l'assiette »⁶⁶⁹. Or, c'est là que la difficulté s'élève, car, si le droit de superficie ne peut être « accroché au ciel par des fils invisibles »⁶⁷⁰, alors le droit de superficie doit contenir, au moins pour une part, un droit sur le terrain d'assiette. La doctrine de droit civil note bien cette problématique et certains refusent de limiter le droit de superficie au seul droit sur les constructions et plantations. En effet, « une séparation radicale entre le sol et les constructions serait irréaliste : le droit de superficie comprendrait alors une participation à la propriété du sol qui justifierait l'existence d'un droit sur le sol. La nature (physique) des choses commanderait une analyse dualiste du droit de superficie qui se décomposerait en deux éléments : un droit de construire ou de planter sur le sol d'autrui et un droit de propriété sur les constructions qu'elles ont édifiées »⁶⁷¹.

Ainsi, et il s'agit du second élément de ce droit, les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels consacraient, au profit du cocontractant de l'administration, un droit sur le terrain d'assiette, ce qui est plus complexe à analyser.

⁶⁶⁷ Cons. d'État 21 avril 1997, *Ministre du budget c. Société SAGIFA*, RFDA 1997, p. 935, note É. FATÔME et P. TERNEYRE.

⁶⁶⁸ H. DE GAUDEMAR, *L'inaliénabilité du domaine public*, op. cit., p. 500.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens*, op. cit., n° 300.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 350.

b. — Le droit de l'occupant sur la parcelle elle-même

207. — La difficulté était déjà relevée en doctrine. Comme l'indique Yves Gaudemet, « la parenté du droit de superficie et du droit réel de l'occupant domanial, telle qu'on vient de la souligner, ne doit pas conduire à négliger la question, récemment débattue en doctrine, de l'unicité ou de la dualité du droit réel reconnu au titre d'une occupation du domaine public. La thèse est en effet parfois avancée, au moins en doctrine, de la dualité des droits réels possiblement reconnus à l'occupant domanial, droit réel sur les constructions réalisées par lui, d'une part, droit réel sur le domaine occupé, d'autre part »⁶⁷².

208. — Le cas des autorisations temporaire d'occuper le domaine public constitutives de droits réels a été tranché par la jurisprudence et la doctrine, récemment. L'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre. / Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire ».

La nature réelle de droits que constituent ces autorisations sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier réalisés sur la parcelle ne fait aucun doute. Toutefois, celle des droits constitués sur la parcelle elle-même est moins évidente.

Faute de précision, la doctrine est partagée entre deux interprétations.

Une interprétation stricte de cette rédaction, aboutit à considérer que ces autorisations ne confèrent pas de droit sur la parcelle qui constitue l'assiette des ouvrages, constructions et installations réalisées. Pour François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, les termes du législateur sont suffisamment clairs – « le droit réel », qui porte « sur les ouvrages, constructions et installations » – pour en déduire « que l'occupant ne possède pas de droit

⁶⁷² Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 15^e édition, *op. cit.*, pp. 320-321.

réel sur le domaine public lui-même et qu'il n'y a donc plus lieu de distinguer entre un droit réel sur la dépendance occupée et un droit réel sur les constructions »⁶⁷³. Pour les auteurs, la circonstance que l'occupant ne peut aliéner la dépendance – mais, évidemment, cela ne fait pas obstacle à l'existence d'un droit réel, s'il est sur la chose d'autrui –, ni même son titre d'occupation, qu'il ne peut non plus hypothéquer et que l'administration peut lui retirer, renforce cette idée, qui leur paraissait, de toute façon, consommée par l'absence d'un mot du législateur sur cette hypothèse⁶⁷⁴.

Une interprétation plus extensive – et reçue plus largement en doctrine – estime, au contraire, qu'il était bien de l'intention du législateur de confier un droit sur la parcelle occupée par les ouvrages, constructions et installations réalisées. Ces auteurs prennent argument de l'incapacité à concilier en pratique la propriété de ces ouvrages, constructions et installations, et l'absence de tout droit sur la surface qu'ils occupent. Yves Gaudemet, notamment, rappelle la « difficulté, connue initialement de la doctrine privatiste, à retenir une vision abstraite, non foncière de la propriété, celle-ci devant nécessairement porter sur un bien distinctement identifié »⁶⁷⁵, qui « a abouti à des situations et analyses d'une extrême complexité, et surtout détachées de la réalité »⁶⁷⁶. Il salue alors, le nouveau code, dans lequel disparaît « toute distinction entre le droit réel sur le domaine occupé et le droit réel sur les constructions réalisées par l'occupant »⁶⁷⁷.

Le débat est finalement tranché par la jurisprudence, dans une décision du juge administratif relative à l'usine des déchets de Fos-sur-Mer. Dans cette affaire, la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole avait obtenu du port autonome de Marseille un bail à construction portant sur l'édification sur un terrain lui appartenant, d'installations de traitement des déchets par incinération. Suite à cela, la communauté

⁶⁷³ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Le code général de la propriété des personnes publiques », *RFDA* 2006, p. 935.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ *Ibid.*. Cette analyse est également partagée par Christine Maugüé et Gilles Bachelier, qui considèrent que « La rédaction retenue (notamment aux art. L. 2122-6 à L. 2122-8) fait ressortir clairement que le titulaire a un droit d'occupation – ou encore un droit de superficie – ainsi qu'un droit sur les ouvrages » (C. MAUGÜÉ, G. BACHELIER, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073).

urbaine a conclu une délégation de service public ayant pour objet la réalisation et l'exploitation de cette infrastructure avec un groupement d'entreprises à qui elle a, d'une même main, cédé le bail à construction. Une question portait ici sur la licéité de la conclusion d'un bail à construction sur une dépendance qui, parce qu'elle appartenait à une personne publique et devait se trouver ultimement affectée à une mission de service public, appartenait au domaine public.

La Cour administrative d'appel de Marseille avait, dans un premier temps, donné droit à une interprétation stricte de la loi, en considérant que les dispositions de l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques ne permettent pas la conclusion d'un bail à construction sur le domaine public, dès lors « que le bail à construction en cause autorise la constitution de droits réels au-delà des "constructions, ouvrage et installations" édifiés par le preneur ». La circonstance qu'en l'espèce, les stipulations du bail aboutissaient à ce qu'il « autorise la constitution de droits réels sur le sol » le rendait illégal⁶⁷⁸. Mais le Conseil d'État a, dans un second temps, jugé, au contraire et par principe, que le droit réel dont bénéficie, en vertu de l'article L. 34-1 du code du domaine de l'État, repris à l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques, le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine de l'État, ne porte pas uniquement sur les ouvrages, constructions et installations que réalise le preneur mais inclut le terrain d'assiette de ces constructions »⁶⁷⁹.

La haute juridiction administrative a, ainsi, donné droit à l'interprétation extensive proposée par la doctrine, pour des raisons qui sont, d'ailleurs, sensiblement identiques, puisque le rapporteur public Olivier Henrard soutenait, à l'instar de la doctrine, que « en pratique, force est de constater qu'il est difficile de concevoir de priver le titulaire du droit réel de l'ouvrage du droit réel sur le terrain d'assiette du même ouvrage »⁶⁸⁰. La solution ainsi

⁶⁷⁸ CAA Marseille, 12 mars 2015, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, req. n° 14MA03803 ; *AJDA* 2015, p. 2039, note N. FOULQUIER.

⁶⁷⁹ Cons. d'État, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, req. n° 390 118 ; *BJCP* 2016, p. 288, concl. O. HENRARD, note R. SCHWARTZ ; *Constitutions* 2016, p. 429, note J.-F. GIACUZZO ; *RDI* 2016, p. 549, note N. FOULQUIER ; *AJDA* 2016 p. 1173, note L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET.

⁶⁸⁰ O. HENRARD, concl. sous Cons. d'État, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, req. n° 390 118, *BJCP* 2016, p. 288.

retenue paraît donc aboutir à faire des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droit réel de véritables démembrements du droit de propriété et, par conséquence, de véritables exceptions à la règle de l'inaliénabilité du domaine public entendue comme intégrant la constitution de tels droits.

Ce propos peut être largement nuancé.

209. — Rappelons-le, pour considérer qu'un droit réel constitué sur le domaine public constitue une vraie dérogation à la règle de l'inaliénabilité, il est nécessaire qu'il s'agisse d'un droit réel sur la chose d'autrui.

En effet, la règle de l'inaliénabilité n'est, en réalité, incompatible avec la constitution de droits réels sur le domaine public que dans le paradigme axiomatique de la théorie du démembrement du droit de propriété. Ce dernier postule que le droit de propriété est le droit le plus complet et que les droits réels constitués sur la chose d'autrui sont des éléments de ce droit, qui s'en trouve retranchés lorsqu'ils sont transférés à leur bénéficiaire. La constitution de droits réels, analysée comme une aliénation partielle, est ce qui pose problème.

La question de la nature du droit exercé par le bénéficiaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels sur le domaine public devient alors fondamentale.

210. — La question qui a permis à la doctrine de s'interroger sur la nature de ce droit est celle de la consistance du terrain d'assiette des ouvrages, constructions et installations mentionnées par le code. En effet, « au sens strict, cette expression pourrait ne désigner que la partie de la parcelle sur laquelle est « assise » la construction mais, par métonymie, elle renvoie généralement en droit de l'urbanisme à une parcelle ou ensemble de parcelles accueillant la construction au-delà de la seule emprise de la construction »⁶⁸¹.

⁶⁸¹ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Bail à construction sur le domaine public : la chose sans le nom », note sur Cons. d'État, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, req. n° 390 118, *AJDA* 2016, p. 1173.

Dans le premier cas, le droit ne semble pas préexister à l'édification des constructions, dans le second, si.

C'est la volonté de faire préexister le droit à la construction qui a convaincu la doctrine de faire l'analogie avec le droit de superficie. « On admet aujourd'hui, en droit privé, que le droit de superficie peut porter, tout en conservant sa nature de droit réel, sur le simple droit de construire, avant même toute construction »⁶⁸², faisant de ce droit un « droit à construire par anticipation »⁶⁸³. Ainsi, en droit administratif, les auteurs admettent que le droit à construire soit consenti au titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels. Christine Maugüé et Gilles Bachelier estimaient, dès la publication du code général de la propriété des personnes publiques, que « le titulaire a un droit d'occupation – ou encore un droit de superficie – ainsi qu'un droit sur les ouvrages. Le droit d'occupation, ou le droit de superficie, peut être valorisé indépendamment de la réalisation d'ouvrages. Mais lorsque les ouvrages sont ou ont été réalisés, le droit de superficie ne peut plus être valorisé de façon autonome »⁶⁸⁴.

La décision du Conseil d'État de 2016 semble confirmer cette analyse.

⁶⁸² G. GOUBEAUX, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », *Mélanges A. Weil*, 1983, p. 279.

⁶⁸³ J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, *op. cit.*, n° 152.

⁶⁸⁴ C. MAUGÜÉ, G. BACHELIER, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *op. cit.* V., également, le commentaire de Philippe Yolka, commentai, sous art. L. 2122-6 du code Litec.

Section n° 2. — La théorie du démembrement du droit de propriété et le commerce juridique entre personnes publiques

211. — Depuis la fin des années 1980, deux facteurs principaux contribuent au développement du commerce juridique de biens entre personnes publiques.

Le premier est le développement d'une organisation fonctionnelle et territoriale de l'administration toujours plus décentralisée, laquelle aboutit à une multiplication des propriétaires publics et, en conséquence, des patrimoines publics. Les différents actes de la décentralisation territoriale, depuis les lois Defferre de 1983 et la réforme constitutionnelle de 2003, ont rendus les collectivités territoriales plus autonomes dans la gestion de leurs biens. Aujourd'hui, l'État, chacun de ses établissements publics, chacune des collectivités territoriales, chacun de leurs groupements, chacun de leurs établissements publics disposent d'une universalité de bien affectés à l'utilité publique.

Le second est la mutation du droit administratif des biens. Sous l'influence de l'économie libérale, elle conduit à appréhender les rapports patrimoniaux entre personnes publiques sous le prisme de la technique juridique du marché. Elle est principalement actée par la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances, qui, dans l'optique des finalités, souligne la nécessité de faire peser sur les gestionnaires, une plus grande responsabilité – qui n'est que le corollaire d'une plus grande liberté de gestion – et par le code général de la propriété des personnes publiques de 2006, qui, sur le plan des techniques, consacre la propriété publique avec son lot de dispositifs juridiques.

La complexification des relations fonctionnelles et territoriales entre personnes publiques, d'une part, par la multiplication structures (intercommunalités, sociétés publiques locales, sociétés d'économie mixte locales, etc.) et des hypothèses de transfert et de délégation de compétences, alliées, d'autre part, au renouvellement des techniques, conduit à stimuler cette plus grande circulation des biens. Les tendances actuelles ne vont pas dans le sens d'un ralentissement, en dépit des tentatives de rationalisation, tout au contraire. À cet égard, remarquons que ce commerce juridique s'opère sur le fondement et dans les formes, qui, ramenées à leur substantifique moëlle, relèvent du fonds commun du droit des biens, elles qu'importées du droit civil. Aussi, il ne sera pas étonnant de voir se manifester, dans les

mécanismes que nous proposons d'étudier au cours de cette section, la théorie du démembrement du droit de propriété.

Toutefois, contrairement à ce que nous avons étudié dans les rapports entre les personnes publiques et privées, ces formes de démembrement du droit de propriété ne semblent guère freinées par les règles du droit administratif et, plus particulièrement, par la règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public. La raison en est, il nous semble, que la circulation des biens au sein des patrimoines publiques – le « commerce administratif » que prédisait Maurice Hauriou – est facilitée par le maintien d'une affection à l'utilité publique, fût-elle différente.

212. — Il s'agira alors de démontrer que les limites que la théorie du démembrement du droit de propriété génère dans la gestion des biens des personnes publiques dans leurs rapports avec les personnes privées ne se retrouvent pas lorsqu'il s'agit de commerce juridique des biens entre personnes publiques, en dépit de la similitude des techniques employées.

Cette démonstration pourrait convaincre de deux affirmations. La première est qu'il n'existe pas de théorie unifiée et cohérente des droits sur la chose d'autrui en droit administratif. Dans le vocabulaire utilisé, comme dans les techniques employées, le commerce juridique des biens entre personnes publiques ne paraît pas résulter d'une importation des techniques du droit civil des biens. Au contraire, elle ressort de la théorie de la domanialité publique. La seconde affirmation est qu'au-delà des mots et des régimes, il est possible d'assimiler ces mécanismes aux notions du fonds commun du droit des biens. Ceci ne doit pas surprendre, dès lors que droit de la domanialité publique et droit de la propriété privée sortent du même moule.

Aussi, il n'y a pas, à proprement parler, de constitution de droits réels sur les biens d'une personne publique au profit d'une autre personne publique, sinon dans le cas des mécanismes que nous venons d'étudier dans la section précédente et qui peuvent bien profiter à ces dernières. Mais il s'agit ici d'un abus de langage. Car derrière la notion de « transfert de gestion » se dissimule en réalité un démembrement du droit de propriété. Le transfert de gestion est, selon la définition qu'en donne Nathalie Bettio « un mode de circulation des biens publics entre personnes publiques caractérisé par sa finalité

patrimoniaire : transférer, tout en conservant le droit de propriété du propriétaire public, le droit d'usage et de gestion afférent à ces dépendances, c'est-à-dire les pouvoirs de gestion, ou de jouissance et d'exploitation »⁶⁸⁵.

Il s'agit donc bien d'un droit réel constitué sur la chose d'autrui. (§1.). Toutefois, la diversité des régimes rend ces situations juridiques peu lisible et peu rationnellement organisées (§2.).

§1. — La nature indiscutablement démembrée des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques

213. — En dépit de similarités évidentes avec la catégorie des droits réels, certains auteurs se refusent à reconnaître cette qualité aux droits formés par transferts de gestion entre personnes publiques. L'affirmation doctrinale de la singularité des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques, qui repose sur une compréhension erronée de la catégorie des droits réels (A.) ne résiste toutefois pas à l'analyse concrète des situations qu'ils recouvrent (B.).

A. — La singularité critiquable des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques

1. — Exposé de la singularité des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques

214. — « Naturellement, écrit Caroline Chamard-Heim, l'affectation d'un bien public à une personne qui n'en est pas le propriétaire n'est pas sans rappeler les droits sur la chose d'autrui qui existent en droit civil »⁶⁸⁶. Pour autant, certains auteurs ont eu beau jeu de marquer la différence entre ces deux mécaniques pour en affirmer la singularité. Ils disposent, à cette fin, de deux séries d'arguments : d'une part, démontrer que les droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques ne sont pas des droits réels du droit civil ; et, d'autre part, les rattacher à un régime exorbitant fondé sur l'utilité publique.

⁶⁸⁵ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. LAVIALLE, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2011, t. 265, p. 45.

⁶⁸⁶ C. CHAMARD-HEIM, « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *JurisClasseur Propriétés publiques*, Fasc. 52, 31 janvier 2013, n° 10.

215. — S'agissant, d'une part, du refus d'une assimilation aux droits réels civils, deux auteurs étudient la question, Hervé Moysan et Caroline Chamard-Heim.

Citant la jurisprudence, Hervé Moysan affirme que « les liens entre propriétaire et affectataire ne présentent aucune similitude avec les relations nées de la propriété »⁶⁸⁷, reprenant une série de jurisprudences, civiles et administratives relatives à la situation des gestionnaires d'édifices culturels, qui refusent d'assimiler la situation de ces derniers à des droits réels de jouissance sur ces édifices⁶⁸⁸. Pour Caroline Chamard-Heim, « les rapports entre le propriétaire public et le bénéficiaire d'un transfert domanial ne sauraient être assimilés à ceux existant entre un propriétaire privé et son locataire »⁶⁸⁹. La manière dont est formulée l'affirmation semble prêter à confusion, dès lors qu'elle amène à supposer que la catégorie des droits sur la chose d'autrui se résume aux rapports entre le propriétaire et son locataire. Or, la jurisprudence a admis, encore récemment, que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien »⁶⁹⁰, au-delà des droits réels existants déjà dans la loi, notamment ceux qui sont énumérés dans la loi. La catégorie des droits réels n'est donc limitée que par l'inventivité des acteurs dans le respect des règles d'ordre public. Tout argument qui viserait à disqualifier un dispositif de cette catégorie pour des raisons purement procédurales ne saurait donc convaincre.

216. — Or, ce sont là les principaux arguments des contempteurs de l'assimilation des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques aux droits réels sur la chose d'autrui.

⁶⁸⁷ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁸⁸ Not., Cass. Civ., 5 janvier 1921, *Abbé Lasset*, S. 1921, I., p. 145, note A. MESTRE.

⁶⁸⁹ C. CHAMARD-HEIM, « Les contrats publics de location immobilière », in G. CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriété publics*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2011, p. 83 ; « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *op. cit.*, n° 10.

⁶⁹⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 7 juin 2018, req. n° 17-17240. Cette jurisprudence ne fait que réitérer une solution ancienne. V. Cass. Req., 13 février 1834, S. 1834, I., p. 205 : « ni [les articles 544, 546 et 552 du code civil], ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ».

En effet, d'une part, Caroline Chamard-Heim affirme que « l'affectataire ne jouit d'aucun droit réel ou personnel de jouissance sur le bien concerné ; il a seulement "la faculté d'en user dans la mesure nécessitée par l'exercice" de l'activité correspondant à l'affectation »⁶⁹¹. Toutefois, le droit d'usage est connu de longue date comme étant un démembrement du droit de propriété. Au-delà de la circonstance que l'*usus*, c'est-à-dire l'usage, est une prérogative bien connue du propriétaire, le droit positif reconnaît la nature démembrée de ce droit. En droit civil, l'usufruit, par exemple⁶⁹², qui est un droit réel sur la chose d'autrui, est défini, aux termes de l'article 578 du code civil, comme « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance ». Il comporte, notamment, le droit d'usage – la jouissance de la chose –, comme son nom l'indique, et une limite – la conservation de la substance –, qui est la mesure nécessitée par l'exercice de l'activité correspondant à l'affectation. Dans le cas du transfert de gestion, cette affectation est l'activité d'intérêt général. Dans le cas d'un usufruit, cette affectation est la préservation de la chose pour que le propriétaire, lorsqu'il la récupèrera, puisse l'utiliser à nouveau pour satisfaire ses intérêts privés.

Le droit administratif n'ignore pas le droit d'usage non plus, puisque l'article R. 5314-31 du code des transports permet à l'autorité compétente d'accorder à des personnes privées « des garanties d'usage de poste d'amarrage ou de mouillage pour une durée maximale de trente-cinq ans, en contrepartie d'une participation au financement d'ouvrages portuaires nouveaux constituant une dépendance du domaine public de l'État ». Ce droit d'usage a été consacré comme un droit réel par le juge judiciaire, qui estime qu'il s'agit là « d'un droit d'occupation privatif longue durée du domaine public maritime pour l'amarrage d'un bateau de plaisance »⁶⁹³.

⁶⁹¹ C. CHAMARD-HEIM, « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *op. cit.*, n° 10.

⁶⁹² Le droit d'usage et d'habitation des articles 625 et suivants du code civil en est un autre.

⁶⁹³ CA Aix-en-Provence, 26 septembre 2013, req. n° 11/21347.

D'autre part, l'auteur prend argument de ce que le l'affectataire « ne peut pas non plus revendiquer la détention prévue à l'article 2228 du Code civil »⁶⁹⁴. La nature juridique du droit réel étant indépendante de la possibilité de le revendiquer, ni cette circonstance, ni celle, comme nous l'avons indiqué un peu plus haut que le détenteur de ce droit « ne jouit que d'une détention *sui generis* non définie par le Code civil »⁶⁹⁵ ne font obstacle à cette qualification.

217. — S'agissant, d'autre part, d'un rattachement à la puissance publique, cet argument consiste à affirmer que s'il n'est pas possible d'assimiler ces droits à de la propriété, c'est parce que « le régime des relations entre propriétaire et affectataire est exorbitant parce que leurs rapports sont largement déterminés par la domanialité publique et très secondairement par la propriété »⁶⁹⁶.

218. — Hervé Moysan exclue, dans un premier temps, deux mécanismes.

D'une part, les mutations domaniales, qui « constituent l'équivalent, dans le cadre de la domanialité publique, de l'expropriation dans le cadre de la propriété et privée et de la propriété du domaine privé : une technique juridique qui permet à l'État d'exercer une maîtrise sur les biens au titre de sa souveraineté et en dernier ressort »⁶⁹⁷. Pour la doctrine, il s'agit, en effet, d'un retour du droit éminent de l'État sur tous les biens appartenant au domaine public, même des collectivités locales⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ L'article 2228, devenu article 2255 du code civil dispose que « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ».

⁶⁹⁵ Cons. préf. Doubs, 29 mars 1923 ; Cons. d'État, 26 novembre 1926, cités par C. CHAMARD-HEIM, « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *op. cit.*, n° 10.

⁶⁹⁶ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques. op. cit.*, p. 127.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2001 ; J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Établissements publics et domanialité publique ; réflexions sur la célébration discrète d'un mariage de raison », *AJDA* 1985, p. 347, C. LAVIALLE, « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G* 1994, n° 3766, p. 259. V., contra, G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. CAPITANT, Paris, Sirey, 1942.

D'autre part, les mécanismes de mise à disposition⁶⁹⁹. L'auteur reconnaît que la mise à disposition tient, notamment, du droit des biens, dès lors que l'article L. 1321-2 du code général des collectivités territoriales confie au bénéficiaire de la mise à disposition, un nombre important de prérogatives qui relèvent du propriétaire, notamment, les obligations qui lui incombent, les pouvoirs de gestion, la capacité d'autoriser l'occupation des biens remis – qui sont une prérogative relevant du pouvoir de disposition –, la perception des fruits et produits – qui constituent le *fructus* –, et les actions en justice. En conséquence, cette technique « réalise à la fois une affectation domaniale et une délégation de propriété ». Toutefois, Hervé Moysan en conclut qu'« on ne peut donc analyser la mise à disposition uniquement sur le terrain de la propriété, sauf à admettre, une fois encore, l'idée d'une propriété démembrée et souveraine »⁷⁰⁰. Ce faisant, l'auteur insiste plus sur les différences entre le mécanisme et le droit de la propriété privé, plutôt que ce qui les rapproche.

219. — Trois arguments sont invoqués par l'auteur pour postuler l'exclusivité du rattachement à la puissance publique des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques. Un premier argument consiste à dire que « la domanialité institue un système de codécision entre le propriétaire et l'affectataire inconnu des rapports de droit privé »⁷⁰¹. Un deuxième argument consiste à dire que « la collectivité propriétaire et la personne affectataire conservent des droits concurrents sur les dépendances domaniales, selon des modalités inconnues dans un rapport de propriété ». Un troisième argument consiste à dire que « les collectivités propriétaire et affectataire exercent des pouvoirs qui relèveraient normalement de l'autre collectivité dans le cadre de la propriété »⁷⁰². Ces trois arguments ont un même fondement : il s'agit de dire que la collectivité publique propriétaire et l'affectataire disposent tous deux de droits concurrents sur les biens impliqués dans un transfert de gestion. Cette conception est effectivement intenable dans la conception moniste

⁶⁹⁹ Cette technique a particulièrement cours en matière de droit de la décentralisation. L'article L. 1321-1 du code général des collectivités territoriales dispose que « Le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence ».

⁷⁰⁰ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques. op. cit.*, p. 124, note n° 32.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 127.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 128.

des partisans de la propriété administrative. L'est-elle pour autant dans la conception dualiste développée par Philippe Yolka ? L'auteur soutient que oui.

En effet, Hervé Moysan critique la volonté de dualisme de Philippe Yolka. « Cette conception permet à M. Yolka de conclure que les pouvoirs dont l'affectataire est titulaire s'analysent comme des pouvoirs de gestion ». Selon Philippe Yolka, en effet, la gestion relève de la seule propriété. « Un tel lien, écrit-il, résulte de la dissociation entre les sphères respectives du *dominium* et de l'*imperium* ; la propriété suppose pour sa mise en œuvre l'exercice de pouvoirs de gestion, tandis que la souveraineté se traduit par l'exercice de prérogatives de police. L'existence de ces blocs conceptuels interdit de concevoir un pouvoir de gestion qui ne serait pas rattaché à la propriété »⁷⁰³.

220. — Il résulte du système proposé par ces auteurs, une classification des « procédures qui permettent de doter en biens une personne »⁷⁰⁴, qui marque la différence entre les transferts domaniaux, les autorisations d'occupation du domaine public et les procédés issus du droit privé (contrats de location, baux forestiers, baux ruraux, etc.).

Un premier argument, consiste à dire que les transferts domaniaux ne concernent que le commerce juridique entre personnes publiques, tandis que les autorisations d'occupation concernent principalement le commerce juridique avec les personnes privées. Cet état de droit ne tient pas à la nature des droits conférés par l'un et l'autre des mécanismes, mais à des considérations d'ordre procédural, qui impliquent, bien souvent, la protection des dépendances du domaine public, qui doivent toujours rester à la main des personnes publiques. Ainsi, la circonstance que les transferts domaniaux ne soient possibles qu'entre personnes publiques⁷⁰⁵, et que les autorisations d'occupation du domaine public les concernent moins, dès lors qu'existent ces mécanismes de transfert domaniaux plus intéressants, ne nous renseigne en rien sur la nature juridique de ces différents droits.

⁷⁰³ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 278.

⁷⁰⁴ C. CHAMARD-HEIM, « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », op. cit., n° 14.

⁷⁰⁵ C'est le cas, par exemple, des transferts de gestion de l'article L. 2123-3 du code général de la propriété des personnes publiques, qui ne permettent à une « personne publique propriétaire » de confier la gestion d'un de ses biens à une « personne publique bénéficiaire ».

Un second argument, consiste à dire que « les transferts domaniaux ne sont pas concernés par la précarité et la révocabilité qui caractérisent les occupations du domaine public : la durée du transfert est fonction du maintien de l' donnée au bien par l'affectataire »⁷⁰⁶. Ce second argument est à relever dès lors qu'il cristallise un nombre important des contradictions du système. Il consiste à mobiliser les arguments qui ont permis d'éloigner les droits conférés par les autorisations d'occupation du domaine public de la catégorie des droits réels au soutien de l'idée que les transferts de gestion

Elle argue, en effet, que l'affectataire ne dispose pas d'un véritable droit réel, dès lors, d'une part, qu'il n'a que sa faculté d'usage est limitée à l'activité correspondant à l' et, d'autre part, que la jurisprudence administrative a, de longue date, qualifié la possession de détention « *sui generis* non définie par le code civil »⁷⁰⁷.

2. — Critique de la singularité des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques

221. — Ces arguments ne tiennent que si la notion de droit réel se résumait à celle d'usufruit. Or, l'on sait que la catégorie des droits réels ne se limite pas à celles formulées dans le code civil. Ce seul argument est une preuve de l'influence de la théorie du démembrement du droit de propriété. Comme le soutient Frédéric Zenati, la distinction des pouvoirs du propriétaire en usus, fructus et abusus est tendancieuse et « tend à corroborer de manière implicite une théorie de la propriété révolue soutenue par les postglossateurs, qui considéraient que l'usufruit fait partie de la propriété »⁷⁰⁸.

Par ailleurs, lorsque les mécanismes aboutissant à confier un droit sur la chose d'autrui en droit public sont exclus de la catégorie des droits réels, c'est habituellement au motif que ces droits sont précaires et révocables, et donc, n'offrent pas de garanties juridiques suffisantes pour être qualifiés de droit réel. Pourtant, lorsque Caroline Chamard-Heim

⁷⁰⁶ C. CHAMARD-HEIM, « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *op. cit.*, n° 14.

⁷⁰⁷ Cons. préf. Doubs, 29 mai 1923 ; CE, 26 nov. 1926, cités par Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, Paris, Sirey, 1966, p. 158.

⁷⁰⁸ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit Fondamental », 2008, p. 333.

analyse ces autres mécanismes, elle les distingue les transferts domaniaux entre personnes publiques des autorisations d'occupation temporaire du domaine public par le fait que les premiers « ne sont pas concernés par la précarité et la révocabilité qui caractérisent les occupations du domaine public »⁷⁰⁹. Par ailleurs, elle souligne bien que, en pratique, les mécanismes de transfert de gestion aboutissent généralement à transférer la quasi-totalité des utilités.

B. — La nature non propriétaire des transferts de gestion forcés

222. — La notion de droit réel ne se résume pas aux seuls mécanismes qui sont consacrés par le droit positif et qu'il est permis de classer au sein de cette catégorie : les listes du Code civil ne sont pas exhaustives⁷¹⁰ et il y a autant de décomposition possible du droit de propriété que d'utilités qu'il est possible de confier à un tiers tout en se réservant l'exclusivité d'un bien. Le refus d'une assimilation des droits issus des transferts de gestion à des droits réels découle donc d'une mauvaise compréhension des catégories juridiques du droit civil.

Dans la théorie classique, en effet, ces utilités sont classées dans le triptyque *usus, fructus, abusus*, ce qui ne permet pas d'embrasser toutes les possibilités que permet le droit réel. En effet, il est des biens qui ne produisent pas de fruit, ou encore des biens dont on abuse en en usant – comme, par exemple, les mines et les carrières. C'est une conception restreinte du droit réel qui permet d'exclure les transferts de gestion de la catégorie des droits réels.

Dans la théorie néopersonnaliste, un droit, qu'il soit réel ou personnel, met en opposition son titulaire avec le débiteur d'une obligation. Dans le cas d'un droit personnel, c'est une personne qui est débiteur de l'obligation, c'est elle qui doit le service, dans le cas d'un droit réel, le service est dû par la chose. En effet, « la particularité du service réel, écrivent Frédéric Zenati et Thierry Revet, réside dans le fait que le service est prodigué par une chose (...). Le service rendu par la chose consiste dans l'accès aux utilités que celle-ci comporte »⁷¹¹. Le

⁷⁰⁹ C. CHAMARD-HEIM, « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *op. cit.*, n° 14.

⁷¹⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 7 juin 2018, req. n° 17-17240. Cette jurisprudence ne fait que réitérer une solution ancienne. V. Cass. Req., 13 février 1834, S. 1834, I., p. 205 : « ni [les articles 544, 546 et 552 du code civil], ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ».

⁷¹¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 454.

propriétaire, en constituant un droit réel sur son bien, donne à une autre personne accès à tout ou partie des utilités de la chose. Il réalise son obligation en s'abstenant d'empêcher le bénéficiaire du droit d'accéder à ces utilités. En ne précisant pas plus le contenu d'un droit réel, cette conception épurée de la notion d'utilité nous permet d'en révéler la véritable nature.

Pour cela, nous reprendrons tout de même les deux grandes catégories d'utilités présentées par la doctrine : d'une part, les utilités retirées de l'usage de la chose ; et, d'autre part, les utilités retirées de la perception des fruits de la chose.

1. — Le transfert des utilités retirées de l'usage de la chose

223. — S'agissant des utilités retirées de l'usage, de la chose, dans le cadre d'un transfert de gestion volontaire, le langage est relativement clair. L'article L. 2123-3 du code général de la propriété des personnes publiques dispose qu'un transfert de gestion permet « à la personne publique bénéficiaire de gérer ces immeubles en fonction de leur affectation ». Il fait gratuitement retour à la personne publique propriétaire dès qu'il « n'est plus utilisé conformément à l'affectation ». Ainsi, comme l'écrit Nathalie Bettio, « L'affectataire bénéficie d'un droit d'usage sur l'immeuble transféré obéré des obligations liées à l'affectation d'utilité publique de ce bien »⁷¹² : si l'*usus* du propriétaire est limité, il n'en est pas moins réel.

Ce droit d'usage, autrement dit, cette capacité de l'affectataire à pouvoir extraire du bien un certain nombre d'utilités sans pour autant en être propriétaire, mais sans que le propriétaire puisse l'en empêcher, se manifeste à plusieurs titres.

Le premier titre est le plus évident puisqu'il s'agit d'en retirer les utilités dans le cadre de l'accomplissement de l'activité à laquelle est affecté le bien. Généralement, cette affectation absorbera toutes les utilités. Dans la plupart des cas, elle se fera au bénéfice de la collectivité affectataire, qui devra disposer d'un titre de compétence pour gérer le bien considéré. Généralement, ce sera parce qu'elle dispose de la compétence pour exploiter le service qui

⁷¹² N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, op. cit., p. 68.

nécessite le bien transféré. C'est le cas dans le cadre des transferts de biens consécutifs à un transfert de compétence dans le cadre de la décentralisation : la collectivité affectataire utilise le bien afin d'exploiter un service public. Elle pourra donc en tirer les utilités, soit directement parce qu'elle utilise le bien, soit indirectement parce qu'il bénéficie aux usagers. Il peut arriver que la collectivité soit affectataire d'un bien sans pour autant l'exploiter pour son compte. C'est le cas, notamment, lorsque l'État décentralise les moyens permettant l'exploitation d'un service public qui demeure de compétence nationale. Ainsi en est-il des établissements scolaires, que les communes, départements et régions exploitent pour le compte de l'éducation nationale. Mais même dans ce cas, il est possible pour la collectivité affectataire de bénéficier des utilités du bien à un second titre.

Ce second titre est plus résiduel, puisque, comme l'indique Nathalie Bettio, « rien n'empêche le propriétaire d'user des biens remis, dès lors que l'intérêt public l'exige, à titre accessoire et complémentaire, c'est-à-dire dans tous les autres buts que ceux qui relèvent de l'activité du bénéficiaire et sans que les droits de ce dernier ne soient compromis »⁷¹³. C'est le cas, toujours dans le cadre de la décentralisation des établissements scolaires, de la possibilité pour les communes, départements et régions de les utiliser pour des activités correspondant à leurs compétences. Par exemple et sous condition, l'article L. 212-15 du code de l'éducation dispose que « le maire peut utiliser les locaux et les équipements scolaires dans la commune pour l'organisation d'activités à caractère culturel, sportif, social ou socio-éducatif pendant les heures ou les périodes au cours desquelles ils ne sont pas utilisés pour les besoins de la formation initiale et continue ».

Cet exemple de la décentralisation des établissements scolaires est intéressant à double titres : d'abord, parce qu'il permet de montrer que l'affectataire dispose d'une forme d'*usus* des biens dont il se voit transférer la gestion, mais également parce qu'il montre que le transfert de gestion n'a pas à être volontaire pour être constitutif de droits réels. En effet, on a tendance à rattacher la possibilité de constituer des droits réels au droit de propriété et, dans le cadre d'un transfert volontaire, cela est vrai. Une particularité du droit administratif des biens et de permettre, par la loi ou par les mutations domaniales, de constituer

⁷¹³ *Ibid.*, p. 68.

autoritairement des droits réels, de la même manière qu'il lui est possible de procéder à des transferts complets de propriété entre plusieurs personnes publiques. À ce titre, le domaine éminent du législateur est complet : il peut agir sur tous les aspects du droit des biens.

2. — Le transfert des utilités retirées de la perception des fruits de la chose

224. — Le *fructus*, qui est l'aptitude du propriétaire à percevoir les fruits produits par la chose est, de la même manière que l'*usus*, transmissible à l'affectataire. Ce pouvoir se manifeste, dans le cadre des dépendances du domaine public, par la possibilité de percevoir des droits pour l'occupation de ces dépendances, dans les conditions dérogatoires au droit commun prévues par la loi, et, dans le cadre des dépendances du domaine privé, dans les conditions de droit commun. Dans les deux cas, elle est éminemment liée aux débats sur la possibilité de gérer patrimoniallement le domaine public, ce qui a été reconnu assez tardivement⁷¹⁴

Pour ce qui concerne les dépendances du domaine public, le *fructus* ne dépend pas complètement du propriétaire du bien. En effet, la possibilité pour les personnes publiques de percevoir des droits sur le domaine public est partagée entre le pouvoir de police et le pouvoir de gestion. L'article L. 2213-6 du code général des collectivités territoriales dispose que « le maire peut, moyennant le paiement de droits fixés par un tarif dûment établi, donner des permis de stationnement ou de dépôt temporaire sur la voie publique et autres lieux publics »⁷¹⁵. En dehors de ces hypothèses, la possibilité de percevoir les fruits de l'occupation du domaine public relève clairement de la gestion. Dans ces conditions, « il est clair, écrit Nathalie Bettio, que le propriétaire public dispose de moyens de gestion sur son domaine public qui se rattachent à l'exercice du *fructus* »⁷¹⁶.

Or, lorsque le bien à fait l'objet d'un transfert et hormis le cas des permis de stationnement délivrés par l'autorité titulaire du pouvoir de police, c'est à l'affectataire que revient le droit de délivrer des titres d'occupation du domaine public⁷¹⁷. Dans certains cas,

⁷¹⁴ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1969.

⁷¹⁵ Une disposition analogue existe pour le président du conseil départemental à l'article L. 3221-4 du même code.

⁷¹⁶ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 65.

⁷¹⁷ Cons. d'État, 23 juin 1986, *Thomas, Rec.*, p. 167.

cette possibilité est explicite. Ainsi, dans le cadre de la mise à disposition consécutive à un transfert de compétence, l'article L. 1321-2 du code général des collectivités territoriales, précise que « la collectivité bénéficiaire de la mise à disposition (...) peut autoriser l'occupation des biens remis. Elle en perçoit les fruits et produits ».

225. — Comme le montre Nathalie Bettio, le régime des transferts de gestion volontaire prévu à l'article L. 2123-3 du code général de la propriété des personnes publiques prend en compte ce *fructus*.

Ainsi, d'abord, l'article L. 2123-3, II., précise que « la personne publique bénéficiaire peut, sauf conventions contraires, prétendre à une indemnité égale, sous déduction de l'amortissement effectué et, le cas échéant, des frais de remise en état acquittés par le propriétaire, au montant des dépenses exposées pour les équipements et installations réalisés conformément à l'affectation ». De même, ensuite, l'article L. 2123-6 du même code précise qu'un transfert de gestion, volontaire ou autoritaire, « donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne dessaisie.

Enfin, l'article L. 2123-8 du même code dispose : « la superposition d'affectations donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne publique propriétaire ou pour le gestionnaire auquel l'immeuble du domaine public a été confié en gestion ou concédé ». Contrairement au droit antérieur, le régime des transferts de gestion prend en compte la valorisation financière – notamment, donc, la perception de fruits – opérée par l'affectataire du bien. « Cette indemnisation, conclut-elle, montre bien que le bénéficiaire ne dispose pas seulement de l'*usus* sur l'immeuble transféré, il dispose également du *fructus* et donc d'un droit de jouissance sur l'immeuble »⁷¹⁸.

226. — L'analyse du contenu matériel des utilités qui sont transférées par les mécanismes de transfert de gestion en droit administratif montre bien que, pour autant que la collectivité publique qui en soit à l'origine demeure propriétaire des biens concernés, l'analogie avec la

⁷¹⁸ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, op. cit., p. 73.

technique du droit réel en théorie – pas nécessairement en pratique pour ce qui concerne les régimes reconnus par le droit civil des biens – est possible.

§2. — La nature occasionnellement propriétaire des actes de transfert de gestion par une personne publique

227. — Nous venons de démontrer que tous les mécanismes juridiques permettant à une personne publique de jouir ou d'exploiter un bien qui serait la propriété d'une autre personne publique sont conceptuellement assimilables à des droits réels sur la chose d'autrui. Il s'agit là d'une manifestation, en droit administratif, de la théorie du démembrement du droit de propriété, qui, soit ne sont pas considérés comme des aliénations, soit sont vécues comme des aliénations compatibles avec l'affectation et donc, légitimes.

Tous ces mécanismes ne découlent pas du droit de propriété que les personnes publiques exercent sur leurs biens. En effet, si les transferts de gestion volontaire sont effectivement décidés par les personnes publiques propriétaires d'un bien sur le fondement des pouvoirs de gestion que leur confère ce droit de propriété (A.), des transferts de gestion forcés peuvent, par définition, être décidés par d'autres personnes publiques, par des moyens qui ne sont pas considérés comme étant propriétaires (B.).

A. — La nature propriétaire des transferts de gestion volontaires

228. — Le fondement propriétaire de l'acte de transfert de gestion volontaire des dépendances du domaine public découle désormais directement de la loi. L'article L. 2123-3 du code général de la propriété des personnes publiques, qui dispose que les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 du même code, c'est-à-dire l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, ainsi que leurs établissements publics, « peuvent opérer entre elles, un transfert de gestion des immeubles dépendant de leur domaine public pour permettre à la personne publique bénéficiaire de gérer ces immeubles en fonction de leur affectation ». Or, l'article L. 2111-1 du même code précise que « le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service

public », ce qui rattache assez explicitement la prérogative des transferts de gestion à l'appartenance, donc à la propriété.

Il peut être remarqué, par ailleurs, le fait que cet article soit intégré dans une section du code général de la propriété des personnes publiques dénommée « transfert de gestion lié à un changement d'affectation » un rattachement de ce pouvoir au pouvoir d'affectation du propriétaire sur ces biens⁷¹⁹. Ainsi, « le transfert de gestion, remarque Nathalie Bettio, apparaît simplement comme la conséquence patrimoniale de l'affectation d'un immeuble du domaine public, par le propriétaire public, à l'exercice des compétences d'une autre personne publique »⁷²⁰.

B. — La nature non propriétaire transferts de gestion forcés

229. — Tous les droits issus des transferts de gestion, qu'ils soient volontaires ou forcés, constituent des droits réels sur la chose d'autrui ou, pour employer les termes de la théorie classique du droit des biens, des démembrements du droit de propriété. La capacité à constituer des droits réels sur un bien étant, de manière générale, une prérogative du propriétaire, il semble normal que la possibilité d'opérer des transferts de gestion soit ultimement rattachée au droit de propriété.

Toutefois, il existe des situations dans lesquelles les transferts de gestion sont forcés. Le produit reste le même : la constitution de droits réels sur un bien détenu par d'une personne publique. En revanche, cette constitution n'est pas opérée par la collectivité propriétaire sur le fondement de ce droit de propriété, elle peut l'être directement par un acte législatif, comme c'est le cas dans le cadre des transferts de gestion consécutifs à un transfert de compétence (1.) ou par un acte réglementaire, comme c'est le cas dans le cadre des mutations domaniales (2.).

⁷¹⁹ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, op. cit., p. 50.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 50.

Ce pouvoir, qu'il est possible de rattacher à une forme de domaine éminent de l'État sur les biens des personnes publiques, révèle selon nous que la loi et le règlement peuvent constituer, dans certaines circonstances, des pouvoirs de disposition sur les biens.

1. — La nature non propriétaire des transferts de gestion consécutifs à aux transferts de compétence institués par le législateur

230. — La mise à disposition consécutive à un transfert de compétences constitue le droit commun en matière de circulation des biens entre personnes publiques, dans le cadre de la décentralisation territoriale. Elle naît avec l'article 19 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, aujourd'hui codifié à l'article L. 1321-1 du code général des collectivités territoriales, qui dispose que « le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence ». Cette mécanique a été étendue aux rapports au sein du bloc communal par les dispositions de l'article 35 de la loi n° 99-586 de la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, codifié à l'article L. 5211-5, III, du code général des collectivités territoriales, qui étend l'application de l'article L. 1321-1 précité aux rapports entre les communes et leurs établissements publics de coopération intercommunale.

231. — Notons dès à présent que ces transferts ne constituent pas un mode « normal » de gestion des biens et ne devraient être, à terme, qu'un droit transitoire dont l'étape terminale serait le transfert de propriété. À cet égard, le Conseil d'État a indiqué que « les procédures actuelles de mises à disposition des biens comportent de nombreux et graves inconvénients (...) auxquels il ne pourra être remédié qu'en opérant le plus rapidement possible, des transferts purs et simples de propriété »⁷²¹. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'article L. 1321-4 du code général des collectivités territoriales, qui dispose que « les conditions dans lesquelles les biens mis à disposition, en application de l'article L. 1321-2, peuvent faire l'objet d'un transfert en pleine propriété à la collectivité bénéficiaire sont définies par la loi ».

⁷²¹ Cons. d'État, Avis, 16 juin 1984, inédit, cité par C. CHAMARD-HEIM, « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *op. cit.*, n° 118.

Des cas de transferts de biens en pleine propriété consécutifs à des transferts de compétence existent d'ailleurs déjà.

En effet, d'une part, dans le cadre des rapports entre l'État et les collectivités territoriales, l'article 14 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 précitée, aujourd'hui codifiée aux articles L. 213-2 et L. 214-6 du code de l'éducation avait transféré à la région et au département, une compétence relative à « la construction, l'équipement, les dépenses d'entretien et de fonctionnement », respectivement des lycées et des collèges. Hormis lorsque ces équipements ont été construits par les collectivités bénéficiaires du transfert de compétence, auquel cas ils leur appartiennent en pleine propriété, ce même article prévoit que les équipements qui appartenaient préalablement à l'État sont mis à disposition selon les dispositions prévues à l'article 19 de la même loi, qui est alors la disposition de droit commun. Toutefois, afin de faciliter la gestion de ces équipements et d'améliorer la lisibilité de l'exercice des compétences, l'article 79 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a transféré la propriété de tous les lycées et collèges, respectivement aux régions et départements.

D'autre part, dans le cadre des relations au sein du bloc communal, une lecture combinée des articles L. 322-4 du code de l'énergie et de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales aboutit à ce que le transfert de la compétence d'autorité organisatrice d'un réseau public de distribution d'électricité d'une commune à son établissement public de coopération intercommunale entraîne le transfert de la propriété des ouvrages des réseaux publics de distribution. Toujours est-il que si ces transferts de pleine propriété ont tendance à se développer, la mise à disposition demeure à maints égards, le droit commun.

232. — Contrairement à ce que nous venons d'étudier à l'occasion de la section précédente, ces transferts ne sont pas propriétaires à proprement parler : ce régime fonde l'acte de gestion « non pas sur le pouvoir d'affectation du propriétaire public sur ses biens, indique Nathalie Bettio, mais sur la volonté du législateur (...). Ici, le législateur dispose donc de la propriété des personnes publiques et, plus précisément, porte atteinte au pouvoir d'affectation du propriétaire public sur les différents ensembles de biens supports des compétences

transféré »⁷²². En effet et techniquement, l'acte de transfert ne découle pas d'un acte conventionnel de volonté entre la personne publique propriétaire du bien et la personne publique bénéficiaire du transfert. Tout juste se bornent-elles à constater le transfert « par un procès-verbal établi contradictoirement entre les représentants de la collectivité antérieurement compétente et de la collectivité bénéficiaire »⁷²³.

Il s'agit d'une réalité évidente pour ce qui concerne les transferts obligatoires. Ces derniers sont communs dans le cadre du droit de la décentralisation. Dès l'origine, le législateur transfère d'autorité les compétences de l'État vers les collectivités territoriales selon la logique des blocs de compétence⁷²⁴. Au fil du temps, il lui arrive de réorganiser l'exercice des compétences au niveau territorial en transférant, d'autorité, des compétences entre collectivités⁷²⁵. Mais la dynamique des transferts obligatoires a lieu, ces dernières années, au sein des intercommunalités. Les établissements publics de coopération intercommunale ne sont qu'une émanation des communes. Toutes leurs compétences ne sont donc que le produit de transferts depuis ces communes. Ces transferts peuvent être obligatoires. C'est le cas, lorsque la loi indique que l'établissement public de coopération intercommunale « exerce de plein droit au lieu et place des communes membres »⁷²⁶ les compétences concernées. Dans cette hypothèse, la commune n'a la main ni sur le transfert de compétence, ni sur le régime de biens. La mise à disposition pourrait presque s'apparenter à une mutation domaniale d'origine législative.

233. — Ceci n'est pas moins vrai pour les transferts qui ne sont pas obligatoires.

⁷²² N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 119

⁷²³ Article L. 1321-1 du code général des collectivités territoriales.

⁷²⁴ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État et loi n° 83-663, complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.

⁷²⁵ Par exemple, l'article 22 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, a organisé le transfert de « la propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des ports relevant du département (...) aux autres collectivités territoriales ou à leurs groupements dans le ressort géographique desquels sont situées ces infrastructures ».

⁷²⁶ Article L. 5214-16 du code général des collectivités territoriales pour les communautés de communes, L. 5215-20 pour les communautés urbaines, L. 5216-16 pour les communautés d'agglomération, L. 5217-2 pour la métropole.

En effet, d'une part, les transferts peuvent être facultatifs, lorsque la loi indique, après l'énoncé des compétences obligatoires, que l'établissement public de coopération intercommunale « doit en outre exercer au lieu et place des communes », certaines compétences qu'elle choisit parmi une liste.

D'autre part, une autre technique, qui n'est pas techniquement un transfert, mais dont les effets, pour ce qui nous concerne, sont comparables : la délégation de compétence. Dans le cadre de l'article L. 1111-8 du code général des collectivités territoriales, une collectivité territoriale attributaire d'une compétence la délègue, en tout ou partie, à une collectivité territoriale relevant d'une autre catégorie ou à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. Ici, les modalités de contrôle du délégant sur le délégataire sont négociées entre les deux parties : il convient donc que le délégataire y consente, le délégant conservant, pour sa part, la responsabilité de l'exercice de la compétence par le délégataire, dès lors qu'elle est exercée au nom et pour le compte de la collectivité délégante⁷²⁷. Ces dispositions de droit commun ne sont pas exclusives d'autres mécanismes de délégations sectorielles prévues par le droit. Ainsi en est-il des aides aux entreprises que la région peut déléguer en tout ou partie en vertu de l'article L. 1511-2 du code général des collectivités territoriales ou de l'établissement et l'exploitation de réseaux de communications électroniques qu'une collectivité territoriale ou un groupement qui s'est vu transférer la compétence peut déléguer à un syndicat mixte ouvert en application de l'article L. 1425-1 du même code.

Dans ces cas, la collectivité – qu'il s'agisse des communes membres de l'établissement public de coopération intercommunale ou de la collectivité délégante – ont la main sur le transfert et donc sur le régime des biens. Mais ce contrôle n'est qu'indirect. Le transfert des biens n'est que la conséquence de la décision de transfert ou de délégation, qui est un acte

⁷²⁷ La loi MAPTAM a également inscrit ce dispositif au cœur du mécanisme de clarification de l'exercice des compétences partagées entre différents niveaux de collectivités territoriales. La délégation de compétence est en effet l'un des outils mis à la disposition des collectivités pour clarifier l'exercice de chaque compétence partagée, dans le cadre des conventions d'exercice concerté élaborées par les collectivités identifiées comme chefs de file à l'article L. 1111-9 du code général des collectivités territoriales.

de puissance publique. Par ailleurs, c'est la loi qui détermine le contenu des biens qui sont transférés.

2. — La nature non propriétaire des transferts de gestion consécutifs à la mise en œuvre de la théorie des mutations domaniales par l'État

234. — Dans une célèbre jurisprudence de 1909, le Conseil d'État valide l'affectation autoritaire, par l'État, au service public des chemins de fer, d'une dépendance relevant du domaine public de la Ville de Paris. Il déboute ainsi le recours indemnitaire de cette dernière, décidant « que la ville de Paris a conservé les droits de propriété qu'elle pouvait avoir sur les parcelles dont il s'agit, et qu'elle recouvrera, en cas de désaffectation, le plein exercice de ces droits ; qu'elle n'a donc pas subi de dépossession donnant ouverture à un droit d'indemnité, dont il n'appartiendrait qu'à l'autorité judiciaire de connaître »⁷²⁸. Cette compétence, ainsi conférée à l'État de commander l'affectation des dépendances du domaine public, y compris lorsqu'il relève d'autres personnes publiques est connue sous le nom de théorie des mutations domaniales⁷²⁹, qui désigne « le pouvoir dont dispose l'État de modifier lorsque l'intérêt général le justifie, au moyen d'un acte administratif unilatéral, l'affectation d'une dépendance du domaine public d'une autre personne publique sans le consentement de cette dernière et sans que ce changement d'affectation induise que cette dépendance ne soit plus la propriété de ladite collectivité »⁷³⁰. Elle fût, dès l'origine, très critiquée. L'aspect le plus scandaleux pour ses contempteurs était évidemment l'absence d'indemnisation. Pour Maurice Hauriou, il s'agit là d'une véritable spoliation⁷³¹.

⁷²⁸ Cons. d'État, 16 juillet 1909, *Ville de Paris*, req. n^{os} 22 925 et 22 960, *Rec.*, p. 707, concl. G. TEISSIER, S. 1909, III., p. 97, note M. HAURIOU.

⁷²⁹ Pour une présentation classique de cette théorie : M. WALINE, *La théorie des mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leur domaine public respectif*, *op. cit.*. Plusieurs études lui sont consacrées, notamment N. FOULQUIER, « Les mutations domaniales et les principes constitutionnels », *AJDI* 1997, p. 828 ; B. TARDIVEL, « L'indépassable théorie des mutations domaniales », *AJDA* 2003, p. 1209 et « Le nécessaire aménagement de la théorie des mutations domaniales », *AJDI* 2003, p. 492 ; A. VIDAL-NAQUET, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *RFDA* 2005, p. 1106.

⁷³⁰ C. CHAMARD-HEIM, F. MELLEREY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 464

⁷³¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11^e édition, *op. cit.*, p. 656.

Cette théorie, d'origine jurisprudentielle⁷³² a été récemment confirmée par le Conseil d'État⁷³³, qui a non seulement dû l'articuler avec un nouveau mécanisme né de la loi, prévu à l'article L. 132-3 (anciennement 11-8) du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, mais plus encore s'assurer de sa compatibilité avec la constitutionnalisation du principe de libre administration des collectivités territoriales intervenu en 2003⁷³⁴ et le renforcement de la protection du droit de propriété des personnes publiques⁷³⁵. Elle a été, peu après, consacré au niveau législatif par le code général de la propriété des personnes publiques, dont l'article L. 2123-4 dispose que « lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, l'État peut, pour la durée correspondant à la nouvelle affectation, procéder à cette modification en l'absence d'accord de cette personne publique ». Un second mécanisme, plus spécifique, existe à l'article L. 132-3 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et dispose, dans le cadre d'une procédure d'expropriation, que « l'acte prononçant la cessibilité emporte transfert de gestion des dépendances du domaine public de la personne publique propriétaire autre que l'État au profit du bénéficiaire de l'acte déclarant l'utilité publique pris conformément à l'article L. 121-1 ».

Il revenait au pouvoir réglementaire de définir les conditions d'application des dispositions de l'article L. 2123-4 précité, ce qu'il fit dans un premier temps pour deux cas

⁷³² Qui n'a toutefois fait l'objet que d'un très petit nombre d'espèces parmi lesquelles : Cons. d'État, 13 mars 1925, *Ville de Paris c. Compagnie du chemin de faire de Paris à Orléans*, req. n° 65 975, Rec. p. 271 ; Cons. d'État, 26 mars 1930, *Verliac*, req. n° 92 341, Rec. p. 341 ; Cons. d'État, Sect., *Association pour la protection du site du Vieux-Pornichet*, req. n° 06 152, Rec., p. 93 ; Cons. d'État, Ass., 13 janvier 1984, *Commune de Thiais*, req. n° 35 508, Rec., p. 93.

⁷³³ Cons. d'État, 23 juin 2004, *Commune de Proville*, req. n° 253 419, *AJDA* 2004, p. 2148, comm. C. LANDAIS et F. LENICA, *BJCL* février 2005, p. 103, concl. M. GUYOMAR, note S. FERRARI.

⁷³⁴ Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18 ; Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec., p. 61 ; Cons. const., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 141 ; Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, Rec., p. 96.

⁷³⁵ Article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, issue de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

particuliers : le Charles-de-Gaulle Express⁷³⁶ et le Grand Paris⁷³⁷. Pour ce dernier, le mécanisme retenu deviendra le droit commun, codifié par le décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif à la partie réglementaire du code général de la propriété des personnes publiques à l'article R. 2123-12 et R. 2123-13 dudit code. Désormais, lorsqu'il est prévu de mettre en œuvre la théorie des mutations domaniales, le préfet saisit la collectivité publique propriétaire de la dépendance d'un dossier précisant l'objet, les motifs et les caractéristiques essentielles du projet, qui doit être mu par l'intérêt général. La collectivité ainsi saisie dispose d'un délai de quatre mois pour accepter ou refuser le transfert de gestion, l'absence de réponse valant refus. En cas de refus, le préfet notifie sa décision à la collectivité propriétaire et la publie au recueil des actes administratifs du département.

235. — Ainsi, le transfert n'est pas opéré par le propriétaire, mais par le représentant de l'État dans le département. Qui plus est, il peut être réalisé en dépit du refus de cette collectivité. C'est d'ailleurs précisément dans cette optique qu'a été inventée la théorie des mutations domaniales, l'idée étant, comme le dit Nathalie Bettio, « d'établir un outil juridique permettant d'éviter que la reconnaissance du droit de propriété des différentes personnes publiques sur les dépendances de leur domaine public n'empêche la réalisation d'opération d'intérêt national »⁷³⁸. Il s'agit donc de faire obstacle à l'impossibilité d'exproprier les dépendances du domaine public d'autres personnes morales. Ces caractères entrent en contradiction directe avec les principes du droit de propriété relatifs à la libre disposition des biens, qui fait du pouvoir d'affecter un attribut du propriétaire, ce que réfute pourtant la jurisprudence.

En effet, si la possibilité pour l'État d'affecter le bien d'une autre personne à d'autres utilités que celles qu'auraient pu vouloir la collectivité propriétaire avaient été considéré comme une atteinte au droit de propriété, elle aurait tout de suite déclenché un droit à

⁷³⁶ Article 18 du décret n° 2007-453 du 27 mars 2007 définissant les modalités d'établissement par l'État d'une liaison ferroviaire express directe, dédiée au transport de voyageurs, entre l'aéroport de Paris – Charles-de-Gaulle et Paris, et pris pour l'application de l'article 22-V de la loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports.

⁷³⁷ Article 32, IV et V, du décret n° 2010-756 du 7 juillet 2010 relatif à la Société du Grand Paris.

⁷³⁸ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 155.

indemnisation. Or, dans la décision de 1909, le Conseil d'État estime que la Ville de Paris n'a pas subi « de dépossession donnant ouverture à un droit à indemnité dont il n'appartiendrait qu'à l'autorité judiciaire de connaître »⁷³⁹. On comprend sans peine le but de cette décision, qui est plus pragmatique qu'autre chose, la théorie toute entière reposant, écrit Fabrice Mellerey, « probablement sur un mélange entre des considérations pratiques (...) et un fond de jacobinisme »⁷⁴⁰. Il faut d'ailleurs y ajouter, à titre de tempérament, que le droit est susceptible d'évoluer sur ce point et a déjà fait l'objet d'une amélioration. Les dispositions de l'article L. 2123-6 du code général de la propriété des personnes publiques indiquent, en effet, que « le transfert de gestion prévu aux articles L. 2123-3 à L. 2123-5 donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne dessaisie. (...) ».

236. — L'on aurait pu penser que la théorie fût toute de même fondée sur la propriété ; peut-être à la manière de la copropriété des physiocrates, qui imaginaient que tous les impôts fonciers étaient la part que l'État recevait sur toutes les terres du Royaume, dont il était le copropriétaire. Plutôt que cela, le fondement relève de la pure puissance publique. Dans ses conclusions sous l'arrêt de 1909, Georges Teissier parle « d'une affectation spéciale, d'une servitude dans l'intérêt public qui ne permet pas à la personne publique propriétaire d'exercer les prérogatives essentielles de son droit de propriété tant que dure cette affectation à usage de la collectivité »⁷⁴¹. Mattias Guyomar, est plus explicite, pour qui « le fondement du pouvoir de l'État, dans de telles hypothèses, réside ailleurs, dans le droit éminent qu'il possède, en qualité de dépositaire de l'intérêt général sur le domaine public »⁷⁴². L'arrêt retient que ce pouvoir est tenu « des principes généraux qui régissent le domaine public », leur permettant « de décider pour un motif d'intérêt général de procéder à un changement d'affectation d'une dépendance du domaine public d'une collectivité territoriale ». Il

⁷³⁹ Cons. d'État, 16 juillet 1909, *Ville de Paris*, req. n°s 22 925 et 22 960, *Rec.*, p. 707, concl. TEISSIER (Georges), *S.* 1909, III., p. 97, note M. HAURIOU.

⁷⁴⁰ C. CHAMARD-HEIM, F. MELLEREY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 467.

⁷⁴¹ G. TESSIER, conclusions sur Cons. d'État, 16 juillet 1909, *Ville de Paris*, req. n°s 22 925 et 22 960, *Rec.*, p. 707.

⁷⁴² M. GUYOMAR, conclusions sous Cons. d'État, 23 juin 2004, *Commune de Proville*, req. n° 253 419, *BJCL* février 2005, p. 104.

considère que ce fondement « s'enracine dans les principes d'indivisibilité de la République et d'unité de la domanialité publique, un fondement si puissant qu'il résiste à la reconnaissance de la libre administration des collectivités locales, aux progrès de la décentralisation et à la progressive reconnaissance du droit de propriété des collectivités publiques »⁷⁴³.

Conclusion du Chapitre n° 2

237. — L'analyse différenciée des techniques permettant à une personne publique de constituer des droits sur ses biens est riche d'enseignements sur la difficulté des rapports matériels entre le droit administratif et civil des biens et l'influence du fonds commun à ces deux matières.

L'étude du commerce juridique des biens entre les personnes publiques et les personnes privées met en évidence la dépendance du droit administratif vis-à-vis du droit civil des biens. Les techniques qui permettent la mise à disposition d'un bien public à une personne privée sont toutes importées du droit civil. Cette importation peut être partiellement formelle, comme le bail emphytéotique administratif, l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales renvoyant expressément à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime. Cette importation peut n'être que purement matérielle, comme les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels, la notion de droit réel n'étant rattachée à aucune notion de droit positif clairement définie en droit civil. Dans un cas, comme dans l'autre, c'est bien de l'autre côté de la *summa divisio* que l'on va chercher les outils d'amélioration de notre propre discipline. Le fait d'opérer ainsi, à partir d'une discipline qui a enrichi les notions fondamentales du fonds commun du droit des biens d'éléments qui servent ses propres fins, sans véritablement les réinterroger en profondeur, est source de difficultés dans la gestion des dispositifs qui en sont le produit, comme en témoigne la manière, inconsciente, dont la théorie du démembrement du droit de propriété est appliquée.

⁷⁴³ *Ibid.*, pp. 106-107.

L'étude du commerce juridique des biens entre les personnes publiques entre elles est un bon révélateur de l'existence, même sous-jacente, de ce fonds commun du droit des biens en droit administratif. Dans ce domaine du droit administratif des biens où rien ne relève explicitement du droit civil et où les termes employés – « mise à disposition », « transfert de gestion » – sont épurés des termes du droit patrimonial, l'on ne peut manquer de remarquer que les mécanismes sont très similaires avec ce qui a cours en droit civil. C'est là un indice de deux choses. D'une part, ce fonds commun du droit des biens agit, même imperceptiblement, sur l'imaginaire créatif du juriste de droit administratif, lorsqu'il est à la recherche de solutions pour organiser sa discipline, révélant alors sa vivacité. D'autre part, le droit administratif des biens sait s'en remettre, même inconsciemment, à ce fonds commun, ce sans passer par le truchement du droit civil. Et dans cette hypothèse, les préjugés moraux qui accompagnent ce dernier ne constituent plus un problème. La question devient alors la suivante : n'y aurait-il pas intérêt, à ce que la mobilisation de ce fonds commun se fasse de manière consciente ?

Conclusion du Titre n° 2

238. — La présentation des grandes problématiques actuelles du droit administratif des biens, après avoir rattaché son histoire à une histoire commune au droit civil des biens, a permis de révéler certains des sous-jacents inconscients de l'évolution de cette discipline juridique. La comparaison entre les notions, telles qu'elles existent aujourd'hui, de part et d'autre de la séparation des droits administratif et civil des biens montre le caractère superficiel de ce qui les oppose et le caractère profond de ce qui les unit.

À cet égard, de la reconnaissance des œuvres de l'esprit parmi la catégorie des biens à l'ajustement de la notion de droit réel aux exigences de l'économie moderne, l'on remarque combien ces deux matières suivent des chemins semblables, bien que séparés, comme deux droites, qui ne sont pas tout à fait parallèles. La différence entre ces deux évolutions réside dans le fait que celle du droit civil des biens semble se réaliser de manière indépendante, cependant que celle du droit administratif des biens paraît mue autant par la force du fonds commun du droit des biens, que par l'adossement, à l'aide de mécanismes de mise à distance raisonnable, au droit civil des biens. Cet adossement est source d'interférences et de contraintes, en ce sens que le droit administratif des biens n'est pas libéré de la référence au

droit civil des biens, vu comme un droit commun dont il n'est qu'un droit exorbitant, différent « en tant que de besoin ».

Or, le propos mené révèle que le droit administratif des biens n'est pas seulement une version importée et adaptée du droit civil des biens. Cet aspect est, d'ailleurs, à nuancer grandement, par rapport au rattachement à son fonds commun. En effet, la circonstance que l'on puisse trouver des dispositifs juridiques techniquement similaires dans ces deux matières, y compris dans les aspects du droit administratif qui ne relèvent pas normalement de la propriété publique, comme la police administrative, montre que le droit civil, vu comme un réservoir de notions utiles à la progression du droit administratif, n'est pas nécessaire. Ces notions existent dans le fonds commun historique du droit des biens, qui est la véritable colonne vertébrale de ces deux disciplines. Le droit civil se révèle n'être donc que le truchement par lequel le droit administratif se reconnecte à ce fonds commun.

La force des images du droit civil semblent alors être due, tout à la fois, à la compatibilité génétique des notions qui sont empruntés et à des considérations idéologiques. En effet, le droit civil est vu comme plus performant sur des aspects relevant de considérations économiques et financières, dans l'appréhension des choses, qui suscitent autant le rejet que l'inspiration, dans un droit administratif lui vécu comme instrument de réalisation de l'intérêt général. Ces deux aspects sont source d'interférences. En effet, d'une part, à trop voir les notions portées par le droit civil comme des éléments naturelles et non comme des construits, l'adaptation, dans le cadre d'une importation, est plus laborieuse, l'exercice ne consistant pas dans le dépouillement de ces notions de leur supplément civiliste, bâti au fil des âges. D'autre part, la finalisation du droit administratif des biens et du droit civil des biens rend le phénomène d'importation plus complexe, dans la mesure où avec les notions techniques viennent les préjugés idéologiques, soit qu'ils soient vus comme heureux, soit qu'ils soient rejetés.

En somme, l'étude des rapports entre le droit administratif et le droit civil des biens, dans leurs rapports avec le fonds commun du droit des biens, conduit à conclure qu'une réflexion sur l'évolution du droit administratif des biens peut se passer du droit civil, et ne reposer que sur cette histoire commune. L'autonomie pourrait devenir indépendance, si l'on envisageait

le droit administratif des biens non pas seulement comme une matière différente du droit civil des biens, mais comme une matière qui existe en elle-même.

Conclusion de la Partie n° 1

239. — La présentation de l'histoire que le droit administratif des biens partage avec le droit civil des biens permet de combler un manque dans l'appréhension de la dynamique des rapports entre ces deux disciplines juridiques telles qu'elle se présente aujourd'hui. En effet, d'une part, elle permet de mieux comprendre l'influence que les notions du droit civil des biens ont eu sur la création récente du droit de la propriété publique, ce qui n'est pas possible si l'on ignore que la proximité technique – qui découle directement de cette histoire commune – entre les traditions du droit administratif et celles du droit civil a rendu possible cette transposition. D'autre part, elle permet, en conséquence, de prendre conscience du fondement proprement idéologique sur lequel s'appuient les critiques de l'importation de la propriété privée en droit administratif, dès lors qu'il n'est pas de critiques techniques qui se soit avérées véritablement convaincantes. À cet égard, le droit civil exerce son influence sur le droit administratif autant par son prestige, source de légitimité quant à son utilisation, que par ses valeurs, source de rejet.

Rien n'indique que ces arguments idéologiques puissent être surmontés. L'équilibre obtenu tient précisément à cette séparation affirmée entre deux prérogatives qui, ensemble, apparaissent comme la plus sûre source de tout arbitraire et, ce, depuis l'Antiquité. La propriété ne peut se permettre d'être « le pouvoir le plus absolu » que parce que la puissance publique peut la contraindre, et la puissance publique n'est socialement acceptable que parce qu'elle ne peut être vue comme absolue. L'union de ces deux prérogatives, à la fois techniquement, par leur fusion, et organiquement, en la confiant à une même personne, susciterait la méfiance. En témoigne le fait que toutes les tentatives, et singulièrement celle de Maurice Hauriou, d'étendre la notion de droit réel à des mécanismes de puissance publique qui ne sont pas strictement liée à l'appropriation des choses, ont échoué.

Aussi, toute nouvelle tentative de moderniser le droit administratif des biens par l'utilisation matérielle de notions issues du droit civil, ne peut donc pas se limiter à une simple importation de ces mécanismes adaptés aux finalités de l'action publique. Elle doit

nécessairement prendre en considération ces arguments idéologiques. La mobilisation du fonds commun du droit des biens risque d'encourir les mêmes critiques que celle de l'utilisation directe du droit civil des biens, dès lors que ce fonds commun est vu comme étant avant tout celui de ce droit. Il s'agit donc, si cela est seulement possible, d'affirmer tout à la fois que ce fonds commun permet une meilleure compréhension de l'unité intellectuelle des droits, administratif et civil, sans pour autant entamer l'autonomie pratique de ces deux disciplines.

PARTIE N° 2. — LE FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS RETROUVÉ

240. — Le droit administratif des biens souffre aujourd'hui de la distinction entre le droit public et le droit privé. En effet, la doctrine, le juge et le législateur du droit administratif ont repris, sans véritablement les réinterroger, les conceptions du droit civil des biens pour les intégrer au droit administratif des biens, comme s'il s'agissait, au pire, d'un donné naturel, au mieux, d'un construit dont la fabrique, de la conception à la réalisation, relevait du monopole de la doctrine, du juge et du législateur de droit civil. Le droit administratif, en postulant que le droit de propriété des personnes publiques est de même nature que celui des personnes privées, a longtemps concentré son analyse sur les éléments de droit administratif du régime des biens publics, laissant au droit civil le champ libre sur les éléments constitutifs de cette couche sous-jacente du droit administratif des biens qu'est la théorie du droit de propriété.

À cet égard, la révélation de l'histoire commune du droit des biens montre combien cette répartition paraît inéquitable. Les notions matérielles du droit des biens, la propriété, le droit réel, le bien, etc., ne relèvent pas du monopole du droit civil, mais d'un fonds commun partagé avec le droit administratif. Et nombre des difficultés que connaît cette matière peuvent être imputées à la circonstance que cette dernière se connecte avec ce fonds commun par importation des notions travaillées par le droit civil, plutôt qu'en y faisant directement appel. Les limites de cette méthode apparaissent : plutôt que de mobiliser des notions pures dénuées d'affinements techniques et de préjugés idéologiques, le droit administratif utilise des notions qui sont déjà finalisées. En les important avec l'imaginaire qui les accompagne, il devient difficile, intellectuellement, de les adapter aux objectifs propres à l'action publique.

Ainsi, l'*aggiornamento* du droit administratif des biens devra être opéré à la croisée des chemins du droit public et du droit privé. En effet, les apports de la doctrine de droit privé, dans l'autocritique de leur propre discipline sont de grandes valeurs, mais ne être suffisants. Concentrés sur le droit civil, ils ne peuvent, par définition, tenir compte des éléments de puissance publique qui constituent le particularisme du droit administratif et, notamment,

des liens entre propriété et souveraineté qui sont au cœur de cette discipline juridique. Les apports de la doctrine de droit public, quant à eux, ne sont que naissants. Ceci s'explique, dès lors que la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques de même nature que celui des personnes privées est elle-même récente.

Ainsi, l'objet du propos qui suit consiste en une tentative de construction d'un système patrimonial en droit public régénéré, fondé sur les apports du droit privé dépouillés de ses aspects strictement civilistes et compatibles avec le droit public. Après avoir ôté aux formes fondamentales du fonds commun du droit des biens les habits que lui a donné le droit civil des biens (**Titre n° 1**), il s'agira d'essayer de couler ces formes dans le droit administratif positif (**Titre n° 2**).

TITRE N° 1. — UN FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS ÉPURÉ

241. — L'objectif du propos qui suit est double. Il s'agit, dans un premier temps, de proposer une définition des formes fondamentales du fonds commun du droit des biens, afin de reconnecter le droit administratif avec des notions qui lui sont propres, sans passer par le truchement du droit civil. Il s'agit, dans un second temps, de décrire les rapports entre ces différentes notions, de sorte à les organiser dans un système patrimonial public, qui présentera deux avantages. D'une part, par son caractère exhaustif, il devrait se montrer plus cohérent. D'autre part, par son caractère épuré des éléments idéologiques civilistes qui le contraignent, il devrait se montrer plus performant.

Pour aboutir à ce résultat, l'utilisation du droit civil des biens est incontournable. En effet, des critiques des conceptions classiques du droit des biens qui ont déjà été formulées par une partie de la doctrine de droit civil. À cet égard, il existe, à côté de la doctrine majoritaire, un courant marginal qui, depuis plus d'un siècle, développe une critique de ces conceptions et formule des propositions pour rendre le droit privé des biens plus cohérent et plus performant. Initiée par Maurice Planiol à la fin du XIX^{ème} siècle, continuée par Samuel Ginossar dans les années 1960 et reprise par Frédéric Zenati-Castaing depuis les années 1980, le courant néopersonnaliste a eu à cœur de revenir à des notions fondamentales plus pures. Il s'agit, pour ces auteurs, que cela soit explicitement dit non non, de revenir à ce fonds commun du droit des biens. Toutefois, cet exercice se fait sans égard pour l'aspect « commun » de ce fonds, et pour cause : le droit civil est indépendant, contrairement au droit administratif, qui s'adosse au droit civil.

Dès lors, l'utilisation de ces critiques et des systèmes proposés par les auteurs néopersonnalistes ne sera pas suffisant. Il conviendra de parcourir « le dernier kilomètre », et de reprendre les notions qu'ils ont développés afin de les détacher ultimement de leurs derniers aspects civilistes.

242. — Le point de départ sera donc d'identifier les définitions des notions fondamentales du droit des biens proposés par la doctrine classique de droit privé, notamment parce que ces notions sont celles qui ont cours actuellement en droit administratif des biens. Sur cette base, une définition fondée sur l'analyse néopersonnaliste du droit des biens amendée des

éléments qui paraissent superfétatoires pour droit administratif sera proposée. En effet, les auteurs du droit privé écrivent pour leur matière. Il faudra donc les adapter, en tant que de besoin. Mais il ne s'agit pas ici de les rendre compatibles avec les éléments exorbitant du droit administratif, autrement qu'en les ramenant à leur substantifique moëlle.

Il s'agit donc, après une analyse critique, suivie d'une redéfinition des objets techniques du droit administratif des biens (**Chapitre n° 1**), d'opérer une analyse critique, suivie d'une redéfinition des rapports entre ces objets (**Chapitre n° 2**).

CHAPITRE N° 1. — LES OBJETS JURIDIQUES FONDAMENTAUX DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS

243. — Ce chapitre a vocation de révéler la forme juridique fondamentale de la notion de chose, une notion juridique abstraite qui permette au droit administratif de saisir la plus large quantité d'objets susceptibles d'être soumis à un pouvoir juridique. Qu'il s'agisse de les soumettre au régime de propriété ou de les en soustraire, par leur soumission à un régime alternatif à la propriété, comme les règles de la police, de la comptabilité, ou tout autre régime permettant à une personne d'agir, par l'exercice de prérogatives juridiques, sur ces objets. Qu'il s'agisse, pour le droit administratif, de pouvoir les appréhender comme partie intégrante de cet ordre juridique ou de pouvoir les appréhender comme étant extérieurs à cet ordre juridique. Qu'il s'agisse de les protéger ou de les valoriser, quelle que puisse être l'acceptation de ces termes, ou de leur assigner toute autre fonction. L'ambition est ici d'aboutir à une définition la plus pure possible, de sorte que s'épanouisse, le plus librement possible, l'imagination des juristes dans le cadre d'une réflexion d'ampleur sur l'actualisation du droit administratif des biens.

Dans cette entreprise, nous sommes guidés par un constat précédemment établi : l'idée générale que le droit administratif souffre du lien de dépendance dans lequel il s'est enfermé, vis-à-vis du droit civil, et sa conséquence la plus directe : la construction de notions fondamentales du droit des biens impropres à appréhender la totalité des objets du droit administratif⁷⁴⁴.

⁷⁴⁴ V., *infra*, Partie n° 1, Titre n° 2, Chapitre n° 1.

En effet, les limites des conceptions classiques du droit civil des biens, telles qu'elles ont été forgées à l'époque médiévale, nous sont parvenues de deux manières. Directement, par l'intermédiaire des domanistes de l'Ancien Régime, puis des auteurs antipropriétaristes du XIX^{ème} siècle, pour l'ensemble des choses soumises à des régimes autres que le régime du droit de propriété, notamment, les régimes de la domanialité et de la police. Indirectement, par l'intermédiaire des commentateurs du code civil, puis des partisans du droit de propriété des personnes publiques sur les dépendances du domaine public, pour les choses soumises au régime du droit de propriété. À cet égard, l'ensemble de ces régimes pouvant se prévaloir des mêmes origines historiques, la mutation contemporaine du droit administratif des biens classique, qui consiste à remplacer, lorsque cela est intellectuellement possible, le droit de la domanialité publique par le droit de la propriété publique, ne devait aboutir à rien – ou si peu –, sinon à tomber de Charybde en Scylla.

En conséquence de cela, il apparaît clairement que toute tentative d'élaboration d'une notion juridique qui se fonderait exclusivement sur une critique du seul régime du droit de la propriété et, donc, pour ce qui concerne de la notion de « bien », serait partielle et manquerait inévitablement son but. Pour autant, cette critique demeure fondamentale, pour deux raisons. D'une part, puisqu'elle doit permettre d'évaluer la nécessité, soit de créer une nouvelle catégorie juridique, soit de redéfinir une catégorie juridique existante. D'autre part, puisqu'il ne semble pas opportun de mettre de côté tout l'apport d'un droit qui est dédié à la maîtrise juridique des choses : prendre du recul sur le droit civil des biens n'implique pas de le rejeter entièrement, mais de sélectionner soigneusement le bon grain de l'ivraie.

Aussi, le point de départ de cette analyse sera cette critique des notions actuellement reconnues en droit administratif. Ce premier temps du raisonnement devrait permettre de revenir en détail sur la notion de bien et d'en démontrer les insuffisances. À son terme, il devrait être possible d'employer la notion de chose, laquelle se trouver être la plus apte à remplir l'objectif précédemment évoqué (**Section n° 1**). Il s'agira alors, dans un second temps, de tenter d'en définir les contours et nous assurer qu'elle permet une appréhension, le plus large possible, du spectre de ce qu'il est possible de soumettre à un pouvoir juridique (**Section n° 2**).

Section n° 1. — Les insuffisances de la notion de bien en droit administratif fondée sur la notion de bien en droit civil des biens

244. — La fixation des juristes de droit administratif sur le régime du droit civil des biens est à l'origine de limites pratiques dans la manière dont sont appréhendés les objets techniques du droit administratif, c'est-à-dire, la masse de ce qui est appropriable. Plus encore, l'inconscience de l'étendue de cette fixation est à l'origine de limites intellectuelles dans la manière dont sont pensés les outils techniques du droit administratif, c'est-à-dire, les notions juridiques parmi lesquelles est classée la masse de ce qui est appropriable.

À cet égard le droit administratif est, avant toute chose, un droit de qualification juridique. Son objet est, à titre principal, de déterminer si une situation juridique est justiciable du juge judiciaire ou du juge administratif, c'est-à-dire, s'il faut lui appliquer le droit civil ou le droit administratif. Souvent donc, les notions du droit administratif, quand elles existent en droit civil, font l'objet d'une transposition, puis d'une adaptation : elles sont identiques par nature et seuls les régimes changent. Le droit administratif des biens est, à bien des égards, symptomatique de ce caractère : il n'y a qu'à voir les sommaires des principaux manuels de cette matière, pour se rendre compte que les développements relatifs à la notion de bien, en tous cas sa définition, quand ils existent, suscitent moins d'interrogations que la qualification juridique des biens, publics ou privés, relevant du domaine public ou du domaine privé.

Toutefois, l'adossement de la définition du bien en droit administratif à celle du bien en droit civil n'est pas sans poser problème. En effet, une étude attentive des définitions du bien public qu'en donnent les auteurs du droit administratif montre que la définition n'est pas fixée : là où certaines s'en remettent à la définition classique, d'autres lui préfèrent une définition alternative, proposée par un courant de moins en moins marginal en droit civil, qui construit cette définition autour de la notion d'utilité. Mais, dans un cas comme dans l'autre, c'est bien aux auteurs de droit civil que s'en remettent les auteurs de droit administratif. L'absence de définition autonome de la notion de bien en droit administratif (§1.) ne leur donne de marge de manœuvre que dans la mesure où elle se combine avec une absence de définition unique et performante de la notion de bien en droit civil (§2.).

§1. — L'absence de définition autonome de la notion de bien en droit administratif

245. — Fondant son analyse sur l'étude du droit positif, la doctrine de droit administratif s'accorde, globalement, pour affirmer qu'il n'y a pas de différence de nature entre un bien public et un bien privé⁷⁴⁵ : les seules différences existantes entre ces deux catégories juridiques relèveraient de leur régime juridique, principalement de la nature juridique de leur propriétaire. C'est d'ailleurs pour cela que certains auteurs se contentent, à titre de définition de la notion de bien public, d'y renvoyer. « Les biens publics – ou « propriétés publiques », écrit Philippe Yolka, expressions qui seront tenues pour synonymes et renvoient à ce qui était classiquement appelé le « domaine » - correspondent en droit à l'ensemble des biens appartenant aux personnes publiques »⁷⁴⁶

Dès lors, il n'existe pas de notion autonome de bien en droit administratif⁷⁴⁷. Renvoyant au droit civil pour la définition de cette notion (A.), les mutations profondes du droit public économique ne sont pas véritablement parvenues à conduire la doctrine à réinterroger cet acquis, dès lors que ces mutations ont également conduit à une évolution du droit civil (B.).

A. — *La consécration de la notion de bien public issue du droit civil*

246. — La présentation du droit administratif des biens, telle qu'elle résulte des manuels, passés et présents, met clairement en évidence l'absence de propos tenu par la doctrine quant au contenu des notions qu'il se contente de qualifier juridiquement. L'architecture de ces manuels ne permet guère d'offrir la place à des développements sur les notions fondamentales du droit des biens : ils tournent habituellement autour de trois thématiques, que sont la domanialité, les travaux publics et l'expropriation⁷⁴⁸. Aucun de ces trois thèmes

⁷⁴⁵ V., principalement à ce sujet, C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. UNTERMEIER, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2004.

⁷⁴⁶ P. YOLKA, *Droit des biens publics*, op. cit., p. 11 ; V., également, C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, op. cit., p. 23.

⁷⁴⁷ Notons toutefois une véritable tentative d'interroger la notion de bien du droit administratif et même celle en droit civil, formulée par Fanny Tarlet (F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, préf. S. CAUDAL, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2017, pp. 36 et suiv.).

⁷⁴⁸ Pour une présentation de la genèse du droit administratif en tant que matière juridique, S. BOUSSARD, C. LE BERRE, *Droit administratif des biens*, 2^e édition, Paris : LGDJ, coll. « Manuel », 2019, pp. 15 et suiv. ; J.

ne constitue une accroche suffisante à des développements interrogeant la notion de bien ou de propriété. À remarquer que l'on voit toutefois se développer, depuis quelques années, dans des propos introductifs sous la forme de chapitres préliminaires, des développements plus substantiels concernant « la propriété publique »⁷⁴⁹. Il n'est pas étonnant de remarquer que c'est parmi ces contenus que l'on perçoit le plus de développements sur la notion de bien.

Dans les manuels classiques, ce tropisme autour de la domanialité publique est prégnant. Maurice Hauriou n'évoque pas la notion de bien. André de Laubadère se contente de dire que « les collectivités publiques possèdent des biens matériels immobiliers et mobiliers qui constituent leurs domaines. Ces biens se divisent en deux masses : le domaine public et le domaine privé »⁷⁵⁰. De la même manière, on ne trouve guère de développements dans le manuel de René Chapus. Dans les manuels plus récents, le constat demeure, même si des évolutions sont à noter.

247. — Les auteurs s'accordent tous pour dire qu'il n'y a pas de différence de nature entre les biens publics et les biens privés. « La notion de bien, écrit Yves Gaudemet, ne se distingue pas fondamentalement, ni dans ses principes ni dans ses catégories, de celle du droit privé »⁷⁵¹. Peu sont enclins à étayer cette affirmation qui semble aller de soi, en dépit de son absence de définition, tant en droit civil qu'en droit administratif. Ainsi, Sabine Boussard et Christophe Le Berre, rappellent que les travaux de l'Association Henri Capitant proposaient un nouvel article dans le code civil qui viendrait préciser que les biens des personnes publiques « sont régis par les dispositions du présent code ainsi que par le code général de la propriété des personnes publiques et les lois spéciales qui les concernent ». Bien qu'un tel

CAILLOSSE, « Le “droit administratif des biens” constitue-t-il un champ juridique spécifique ? », *in Études offertes au Professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 85.

⁷⁴⁹ Not., N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, pp. 7 et suiv. ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 15^e édition, *op. cit.*, pp. 3 et suiv.

⁷⁵⁰ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 6^e édition, Paris, LGDJ, 1975, t. 2, 119.

⁷⁵¹ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 15^e édition, *op. cit.*, p. 4. V., également, J.-G. SORBARA, *Manuel de droit administratif des biens*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2016, p. 15

article ne soit jamais survenu, cela leur permet d'affirmer que la notion de bien « s'applique quelle que soit la qualité de la personne titulaire du bien »⁷⁵².

Pourtant, quelques indices ont permis à certains auteurs d'étayer le constat. Ainsi, « avant d'appartenir au domaine public, écrit Norbert Foulquier, de nombreux biens ont appartenu à des personnes privées : l'appropriation publique ne change pas leur nature. De plus, l'appartenance au domaine public n'étant que l'expression d'un assujettissement à un régime particulier applicable à des biens, elle ne saurait avoir pour effet de retirer à une chose (détenue par l'administration) la qualité de bien »⁷⁵³. Tous les auteurs sont ainsi d'accord pour indiquer que la domanialité n'est qu'un régime qui s'applique sur les biens. La notion de bien est donc une notion transversale au droit civil et au droit administratif.

248. — C'est pourquoi, les quelques auteurs qui définissent la notion de bien iront chercher cette définition dans les notions du droit civil. Certains auteurs se contentent, de la seule précision que la notion de bien est la même en droit civil et en droit administratif⁷⁵⁴. Certains se rangent à la définition classique, sans vraiment s'expliquer et, dans ce cas, ils prennent à leur compte la définition donnée par Jean Carbonnier, comme c'est le cas pour Yves Gaudemet qui affirme que « les biens sont toutes choses susceptibles d'appropriation »⁷⁵⁵.

Prenant acte de l'orientation de la notion de bien autour de la valeur, de plus en plus d'auteurs reprennent à leur compte la définition proposée par Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet. Ainsi, si Sabine Boussard et Christophe Le Berre ont une définition plutôt classique, puisqu'ils reprennent les travaux de l'association Henri Capitant : « sont des biens (...) les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation »⁷⁵⁶. Ils la complètent avec la définition de Frédéric Zenati-Castaing et de Thierry Revet, pour qui les

⁷⁵² Cité par S. BOUSSARD, C. LE BERRE, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵³ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵⁴ J.-G. SORBARA, *Manuel de droit administratif des biens*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2016, p. 15.

⁷⁵⁵ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 15^e édition, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁵⁶ H. PÉRINET-MARQUET (dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris, LexisNexis, 2009, cité par S. BOUSSARD, C. LE BERRE, *Droit administratif des biens*, 2^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2019, p. 25.

biens sont ce dont l'utilité « justifie l'appropriation »⁷⁵⁷. De même Jacqueline Morand-Deville, Pierre Bourdin et Florian Poulet ne donnent qu'une définition vague de la notion de bien, mais qui semble inspirée dans la définition de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet : « Le droit privé donne des biens une définition qui repose à la fois sur la notion de « chose » opposée à la personne (distinction traditionnelle entre les droits réels et personnels) et d'« utilité » qui conduit à l'appropriation et la justifie »⁷⁵⁸.

249. — Celui qui accorde le plus de développements sur le contenu de la notion de bien est assurément Norbert Foulquier. Il reprend, à titre de définition, celle de Frédéric Zenati-Castaing et de Thierry Revet : « Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation »⁷⁵⁹. Il assume donc clairement une définition économique de la notion de bien, dans laquelle il inclut « les droits incorporels comme les créances ou tout autre intérêt économique ayant une valeur patrimoniale, comme les marques ou les brevets »⁷⁶⁰, ce qui contredit la conception classique du droit des biens. Il est toutefois discutable d'affirmer qu'il s'agit là d'une conception civiliste de la notion de bien. Si la doctrine majoritaire de droit civil s'accorde désormais sur l'importance de la valeur dans la définition de la notion de bien, peu reprennent le bagage intellectuel de Frédéric Zenati-Castaing.

Plus encore, il tente une transposition de la notion en la discutant, puisqu'il affirme que le critère de l'utilité est limité, dès lors que « il arrive que l'administration acquière des biens qui ne présentent aucune utilité. Par exemple, poursuit-il, lorsqu'un immeuble est exposé à des dangers naturels ou industriels (avalanches, inondations, etc.), l'État et les communes peuvent en exproprier les propriétaires. Certes l'administration garantit ainsi la sécurité de leur propriétaire, mais elle acquiert aussi la propriété de biens dont l'utilité économique paraît souvent quasi nulle »⁷⁶¹. Par ailleurs, il refuse que l'on considère la puissance publique

⁷⁵⁷ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 18, cité par S. BOUSSARD, C. LE BERRE, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵⁸ MORAND-DEVILLER (Jacqueline), BOURDON (Pierre), POULET (Florian), *Droit administratif des biens*, 11^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Cours », 2020, p. 20.

⁷⁵⁹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 18, cité par N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 11.

comme un bien, cependant qu'elle pourrait avoir une valeur. Il semble que c'est bien sur le terrain de la valeur qu'il se place, puisqu'il conteste que sa qualité de droit subjectif puisse lui permettre d'accéder à la patrimonialité⁷⁶². Ainsi, il affirme : « La puissance publique ne se monnaie pas »⁷⁶³. En revanche, il admet que les actes administratifs puissent en être⁷⁶⁴.

Si cette définition est la même, c'est parce qu'il n'existe pas de différence de nature de nature entre les biens publics et les biens privés. Comme l'indique Caroline Chamard-Heim, à l'issue d'une longue enquête historique, « la distinction des biens publics et des biens privés suit, en définitive, celle qui oppose les personnes publiques et privées. Elle naît avec les personnes publiques et disparaît dès que celles-ci sont assimilées à de simples particuliers. La présence des biens publics coïncide exactement avec celle des autorités publiques (...) »⁷⁶⁵.

B. — La perpétuation de la notion de bien issue du droit civil

250. — À l'image des mutations de l'économie et du rôle de l'État qui ont eu lieu tout au long du XIX^{ème} siècle et qui ont constitué, pour Maurice Hauriou, une opportunité de renverser les cadres vieillissants de la théorie de la domanialité publique, il semble que le développement de l'économie de l'immatériel, alors que notre droit administratif des biens est concentré sur les conceptions classiques du droit des biens, est l'occasion de penser plus loin et ce, pour deux raisons.

La première raison est que le rapport Lévy-Jouyet⁷⁶⁶, qui marque le point de départ de la réflexion sur le patrimoine immatériel des personnes publiques, révélait combien à ce moment donné « l'État n'a pas encore pris conscience de l'importance d'une gestion active de ses actifs immatériels pour l'économie française »⁷⁶⁷. En effet, les auteurs du rapport rappelaient que les actifs immatériels de l'État se limitaient essentiellement aux logiciels. En conséquence, ils encourageaient ce dernier à développer, dans son intérêt et dans l'intérêt de

⁷⁶² *Ibid.*, p. 12.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁶⁵ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁶⁶ M. LÉVY, J.-P. JOUYET (dir.), *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, *op. cit.*.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 86.

la croissance économique, d'abord, l'utilisation du spectre hertzien⁷⁶⁸, ensuite, une gestion rationalisée de sa « capacité d'accorder des droits d'accès, en contrepartie du respect d'obligations et, généralement d'un complément financier », visant, notamment, les autorisations d'occupation du domaine public ou encore les droits d'accès à des ressources rares (comme, par exemple, les quotas de gaz à effet de serre) ou à des secteurs d'activité réglementée (comme, par exemple, les licences de taxis)⁷⁶⁹. Enfin, ils appelaient de leurs vœux une meilleure valorisation des marques, du savoir-faire et de l'image de l'État⁷⁷⁰. Indirectement donc, les auteurs du rapport mettent en évidence les insuffisances des notions actuelles permettant l'appréhension de l'appropriable par les personnes publiques : l'économie de demain, y compris pour l'État, nécessite une redéfinition de ces notions.

La seconde raison tient à la genèse de cette notion de patrimoine immatériel des personnes publiques. Certains auteurs de droit administratif qui, dans la droite ligne du rapport Lévy-Jouyet ont souhaité s'atteler à une appréhension juridique de cette notion ont fait le constat de son caractère non juridique, mais comptable⁷⁷¹. « Cela explique d'ailleurs, écrit Pierre-Adrien Blanchet, les difficultés rencontrées ultérieurement pour saisir cette notion avec les schémas de pensée classiquement connus en droit »⁷⁷². Ceci est largement dû à la nature exclusivement économique de l'objectif double que le rapport assigne à la valorisation de ce patrimoine : constituer une source de financement pour l'État et un vecteur de croissance pour l'économie nationale⁷⁷³. Mais il n'est pas non plus interdit de penser que les limites de la notion juridique de bien ne permettraient pas d'appréhender l'étendue des éléments que les auteurs du rapport souhaitaient mettre en valeur. « L'approche du « patrimoine immatériel » des personnes publiques en dehors du droit, écrit Pierre-Adrien Blanchet, offre ainsi l'avantage de donner une vue d'ensemble des éléments susceptibles d'être comptabilisés

⁷⁶⁸ *Ibid.*, pp. 90 et suiv.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, pp. 96 et suiv.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, pp. 103 et suiv.

⁷⁷¹ C. MALWÉ, « Valorisation du patrimoine immatériel : de quoi parle-t-on ? », *AJCT* 2013, p. 120.

⁷⁷² P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 2018, p. 26.

⁷⁷³ P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 30 ; O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Le patrimoine immatériel de l'État », in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Paris, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2011, p. 24.

et présentant une dimension immatérielle »⁷⁷⁴ : vue d'ensemble que le droit ne permet pas, dès lors que « la difficulté (et elle est de taille) est que le droit ne saisit aujourd'hui pas grand-chose »⁷⁷⁵.

251. — Il revient donc au juriste, après l'économiste et le comptable, d'élaborer, un peu tard⁷⁷⁶, une notion et un régime de patrimoine immatériel des personnes publiques. À cet égard, toute tentative d'une transposition pure et simple en droit était vouée à l'échec, précisément parce que la notion de bien, ou d'objet de droit de propriété n'est pas apte à recevoir le contenu de ce que le permet la notion d'actif comptable⁷⁷⁷.

C'est pourtant ce qui est advenu dans un premier temps, avec la création de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État⁷⁷⁸ et quelques éléments de définitions règlementaires⁷⁷⁹. La tardiveté de l'intervention des juristes a pu être interprétée comme une source de difficultés dans la transposition en droit de la notion de patrimoine immatériel « comme si elle avait été définitivement dénaturée, écrit Pierre-Adrien Blanchet, puis cristallisée dans les écrits juridiques dans une forme propre à la dialectique comptable et économique, sans retour en arrière possible »⁷⁸⁰. À cet égard, la multiplication des corpus, entre le droit de la propriété

⁷⁷⁴ P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁷⁷⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, p. 2804.

⁷⁷⁶ Certains auteurs ont pu critiquer l'absence de juristes dans l'élaboration du rapport Lévy-Jouyet. Outre l'influence de l'Inspection générale des finances (M. REZZOUK, « La question de l'économie de l'immatériel dans les rapports officiels : évaluation critique à partir du rapport Lévy-Jouyet », *in* V. de BEAUFORT, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Paris, Vuibert, 2009, p. 168), la composition de cette composition a été jugée critiquable dès lors que « les juristes en ont été presque totalement exclus. Il n'y avait ainsi en son sein, ni universitaire, ni publiciste ; seuls deux avocats – non spécialistes du droit public – avaient été sollicités pour y prendre part » (P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 35).

⁷⁷⁷ « Un élément susceptible de valorisation comptable ne fera pas nécessairement l'objet d'un droit de propriété » (P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 34-35).

⁷⁷⁸ Arrêté du Ministre des finances, de l'économie et de l'industrie du 23 avril 2007, portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'État ».

⁷⁷⁹ Circulaire du Premier ministre du 18 avril 2007, relative à la gestion des actifs immatériels de l'État ; Décret n° 2009-151 du 10 février 2009, relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel ; décret n° 2009-157 du 10 février 2009 portant attribution de produits aux budgets des ministères concernés en application du décret n° 2009-151 relatif à la rémunération de certaines services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel.

⁷⁸⁰ P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 38.

publique, le droit de la propriété intellectuelle émancipé du droit des biens et ces deux décrets constituant un genre de « droit commun de la valorisation des actifs publics incorporels »⁷⁸¹ ont fait naître la tentation de construire, à l'image de ce qui a cours en droit privé, d'un droit autonome de la propriété intellectuelle publique⁷⁸².

En résumé, les trajectoires classiques du droit des biens menaçaient déjà d'enterrer avant qu'elle ne commence, toute tentative d'introspection sur les limitations du droit administratif des biens.

252. — Aucune des études récentes portant sur le droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens immatériels en droit administratif ne laisse penser que les auteurs aient entendu remettre en cause l'adossement de la définition du bien public sur celle du bien privé. En effet, si l'on met de côté ceux des auteurs qui n'ont guère creusé la question⁷⁸³, l'on se trouve face à deux attitudes.

La première consiste à changer la définition de la notion de bien, à partir d'une autre définition issue du droit civil. En effet, la définition classique⁷⁸⁴ de la notion de bien suppose une chose matérielle. Nous avons déjà eu l'occasion de montrer combien cette définition, issue d'un des axiomes les mieux ancrés des conceptions classiques du droit des biens – la théorie de l'objet corporel du droit de propriété – était impropre à appréhender les choses immatérielles⁷⁸⁵. Mais le droit civil, qui a toujours un temps d'avance sur le droit administratif, a déjà eu l'occasion de se heurter à cette problématique et de nouvelles

⁷⁸¹ J.-D. DREYFUS, « La valorisation par l'État de son patrimoine immatériel », *AJDA* 2009, p. 696.

⁷⁸² P. DELVOLVÉ, préface à C. BLAIZOT-HAZARD, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, *op. cit.*, p. 15 ; B. WARSUFEL, « L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle », in *Les transformations du droit public*. Actes du colloque de Brest du 20 juin 2008, p. 206 ; A. BUTLEN, « Les contrats sur la propriété publique immatérielle », in *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, Paris, LexisNexis, 2011, p. 262 ; P. YOLKA, « Les patrimoines publics à l'épreuve de la propriété intellectuelle », *Dr. adm.* 2012, prat. 1 ; P. YOLKA, note sous Cons. d'État, Avis, 21 novembre 1972, *OFRATEME*, in C. CHAMARD-HEIM, F. MELLEREY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *op. cit.*, Paris, Dalloz, coll. « Grands Arrêts », 2018 ; P. YOLKA, « Le droit de l'immatériel public », *AJDA* 2017, p. 2047.

⁷⁸³ C. BLAIZOT-HAZARD, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, *op. cit.* ; L. HENNEQUIN-MARC, *La propriété intellectuelle des personnes publiques*, *op. cit.*.

⁷⁸⁴ Cf. *supra*, Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 1, Section n° 1, §1, B.

⁷⁸⁵ Cf. *infra*, Partie n° 1, Titre n° 2, Chapitre n° 1.

définitions de la notion de bien ont émergé. C'est ainsi que l'on remarque un gain d'intérêt pour la définition de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, qui définissent le bien comme « toute chose dont l'utilité justifie l'appropriation »⁷⁸⁶. Cette définition, qui lie la notion de bien à l'utilité et la déconnecte de son aspect corporel, semble apte à saisir les biens incorporels. C'est ainsi l'attitude de Maxime Boul, qui, dans la droite veine de la doctrine de droit administratif, commence par affirmer l'identité de nature des biens publics et des biens privés pour s'en remettre au droit civil⁷⁸⁷. Cette attitude présente des limites. Certes, elle permet au droit administratif des biens d'évoluer dans un sens qui lui permette de réaliser les objectifs qu'il s'assigne. Mais il n'est pas optimal que ces évolutions soient dépendantes d'une autre discipline juridique, comme c'est le cas, au risque d'avoir toujours un temps de retard.

La seconde consiste à prendre acte de l'impossibilité pour le droit de saisir l'immatériel et de s'en remettre à des notions extrajuridiques. « À l'analyse, écrit Pierre-Adrien Blanchet, il s'avère que le droit public, et plus encore, le droit des propriétés publiques, sont en l'état inadaptés à l'économie de l'immatériel »⁷⁸⁸. Pour autant, l'entreprise de l'auteur ne consiste pas à la construction d'une telle notion. L'auteur se satisfait de la notion de « patrimoine immatériel public » comme notion pédagogique et non juridique ayant vocation à embrasser des objets saisis par le droit administratif des biens et d'autres, qui ne le sont pas⁷⁸⁹. Deux arguments sont retenus par ces auteurs. Le premier est sa vocation à « embrasser de la manière la plus large possible l'ensemble des « actifs immatériels » de l'État »⁷⁹⁰, aucune notion ayant actuellement cours dans le droit administratif des biens ne permettant d'aboutir à ce résultat. Le second est que son absence de définition claire permet d'y mettre un contenu de grande diversité. « Fortement hétérogène quant à sa composition, écrit Pierre-Adrien Blanchet, elle peut aisément être employée dans son sens générique pour éviter le recours à l'énumération fastidieuse des éléments qu'elle contient »⁷⁹¹. Aucune notion actuellement en

⁷⁸⁶ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁸⁷ M. BOUL, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 71 et suivants.

⁷⁸⁸ P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, pp. 66 et suiv.

⁷⁹⁰ C. MALWÉ, « Valorisation du patrimoine immatériel : de quoi parle-t-on ? », *op. cit.*

⁷⁹¹ P.-A. BLANCHET, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 69.

vigueur en droit des biens ne permet d'assurer cette fonction. L'auteur en conclut qu'une notion juridique de « patrimoine immatériel des personnes publiques » « n'existe pas à l'heure actuelle, son avènement n'est peut-être pas possible, et peut-être même pas souhaitable »⁷⁹².

Si cette notion n'existe pas, c'est, comme le remarque l'auteur, que le patrimoine immatériel des personnes publiques comprend des objets appropriés et d'autres qui ne le sont pas, voire qui sont carrément insusceptibles de l'être, aussi, de ce point de vue, une analyse qui se réduirait au droit des biens, ou plus encore au droit des biens publics, amputerait une partie du sujet. Ces éléments sont notamment les savoir-faire administratifs, les données publiques et les prérogatives de l'administration. De même le spectre hertzien et cité en exemple.

En résumé, les pesanteurs du droit des biens classique se font sentir, lorsque la doctrine se trouve confrontés à l'obsolescence de notions prétendument fondamentales, soit qu'ils optent pour d'autres définitions du droit civil jugées plus aptes à remplir les objectifs qu'ils s'assignent en matière de détermination de la masse de l'appropriable, soit qu'ils s'en remettent à un autre niveau de langage, par l'utilisation de notions pédagogiques dépourvues de substance ou de fonction juridique. Il en résulte que toute réflexion juridique ne s'organise que dans le cadre posé par le droit civil. Or, celui-ci n'est pas stable.

§2. — L'absence de définition unique et performante de la notion de bien en droit civil

253. — Les critiques classiques de la définition de la notion de biens sont des critiques opérationnelles : la notion de bien ne permet pas, pour des raisons qui relèvent de la pratique juridique, de remplir les objectifs que les acteurs qui en ont l'usage souhaiteraient lui assigner. Au-delà d'une critique opérationnelle – puisqu'il s'agit d'importer en droit administratif les apports que ces critiques ont pu apporter en droit civil –, une critique scientifique est possible. En effet, il apparaît indispensable de prendre conscience qu'il n'est pas possible pour le droit administratif de fonder une notion aussi fondamentale que celle représentant le réceptacle de ce qui peut être agi par des pouvoirs juridiques, à une autre

⁷⁹² *Ibid.*, p. 69.

discipline juridique – le droit civil –, fût-elle considérée comme le droit commun. L'objet du droit civil, qui n'a pas à connaître d'éléments relatifs à la souveraineté et à la puissance publique aussi intensément que le droit administratif, rend cette discipline juridique incapable de forger un outil, même au prix d'adaptations. En somme, il convient de rejeter l'idée même que la notion de bien, dès lors qu'elle est trop intimement liée à l'appropriation et, donc, au droit de propriété tel qu'il résulte du code civil, puisse constituer une notion fondamentale du droit, à plus forte raison du droit administratif.

Dans une perspective de proposer une définition néopersonnaliste de la notion de bien en droit administratif, il n'est donc pas si tentant de se contenter de reprendre la définition proposée par les auteurs de droit civil. Ces derniers ont déjà formulé une critique de la définition classique de la notion de bien qui pourrait être reprise (A.). Toutefois, dès lors qu'il ne s'agit pas de participer immédiatement à la création de notions qui permettront une meilleure efficacité de la pratique juridique, mais, plus fondamentalement, de favoriser l'émergence d'un cadre intellectuel qui permet l'*aggiornamento* de ces notions, l'on ne saurait se satisfaire de notions qui ont été pensée dans le cadre, limité, du droit civil des biens. Tout l'intérêt de faire appel au fond commun du droit des biens est précisément de ne plus faire une référence stricte au droit civil, fût-elle matérielle. La propriété privée et son régime juridique, en effet, parce qu'ils ne sont qu'un régime en particulier, ne sauraient constituer cet horizon (B.).

A. — Insuffisances de la définition classique de la notion de bien

1. — La définition classique : toute chose corporelle susceptible d'appropriation

254. — La définition la plus classique de la notion de bien est la suivante : est un bien, toute chose corporelle susceptible d'appropriation. Le caractère nécessairement corporel de l'objet du droit de propriété n'est pas écrit dans le droit positif, mais il est admis par la doctrine avec beaucoup de vigueur, en dépit d'évolutions récentes qui tendent à faire plus de place aux richesses immatérielles en droit des biens.

La raison principale en est certainement qu'il bénéficie de fondements théoriques et philosophiques, forts. En effet, nul n'ignore plus aujourd'hui ce que l'œuvre des rédacteurs du Code civil doit à celles des penseurs du Contrat social. « Les besoins et l'industrie, peut-

on lire dans l'exposé des motifs du projet de loi, titre II, livre II, du code civil, sur la propriété, sont les deux principes créateurs de la propriété »⁷⁹³. C'est l'individu qui exerce son droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance, « par l'occupation, par le travail, par l'application raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces »⁷⁹⁴. Pour étayer ce fondement possessif de la propriété, Jean-Étienne-Marie Portalis explique que c'est par l'industrie de l'individu, c'est-à-dire par l'occupation qu'il fait de la terre qui pourvoit à ses besoins, que l'appropriation semble se faire : « le sauvage, s'interroge-t-il, n'est-il pas maître des fruits qu'il a cueillis pour sa nourriture, de la fourrure ou du feuillage dont il se couvre pour se prémunir contre les injures de l'air, de l'arme qu'il porte pour sa défense, et de l'espace dans lequel il construit sa modeste chaumière ? »⁷⁹⁵. Mais si cette appropriation est source de développement industriel, c'est parce que l'action de l'occupant est récompensée par l'assurance de percevoir les fruits du labeur qui la nécessite. En effet, c'est l'industrie « encouragée par la certitude de jouir de ses propres conquêtes » qui fait de la propriété le fondement des sociétés humaines⁷⁹⁶.

Si l'auteur dont les rédacteurs du code civil semblent être le plus proche est John Locke, il est également possible de lire des lignes semblables chez Jean-Jacques Rousseau. Ce dernier ouvre la seconde partie de son *Second Discours* ainsi : « le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire : *Ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile »⁷⁹⁷. Et s'il reconnaît que la propriété a vocation à sécuriser une première occupation de la terre, il est très critique de cette circonstance qui permet de légitimer et d'aggraver les inégalités entre les individus. Pour Rousseau, la société et ses lois, notamment la propriété, « donnèrent de nouvelles entraves au faible et de nouvelles forces au riche, détruisirent sans retour la liberté naturelle, fixèrent pour jamais la loi de la propriété et de l'inégalité, d'une adroite usurpation firent un droit irrévocable, et pour le profit de

⁷⁹³ J.-É.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs du projet de loi, Titre II, Livre II, du Code civil, sur la Propriété », *op. cit.*, p. 31.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 33.

⁷⁹⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, prés. B. BACHOFEN, B. BERNARDI, Paris, Flammarion, 2008, p. 109.

quelques ambitieux assujettirent désormais tout le genre humain au travail, à la servitude et à la misère »⁷⁹⁸.

C'est là donc que s'arrête l'analogie avec Jean-Jacques Rousseau pour Jean-Étienne-Marie Portalis, qui réfute directement l'auteur. S'il admet que « [l]es inégalités premières, qui sont l'ouvrage même de la nature, entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société »⁷⁹⁹, il ajoute immédiatement : « on aurait tort de craindre les abus de la richesse et des différences sociales qui peuvent exister entre les hommes. L'humanité, la bienfaisance, la pitié, toutes les vertus dont la semence a été jetée dans le cœur humain, supposent ces différences, et ont pour objet d'adoucir et de compenser les inégalités qui en naissent et qui forment le tableau de la vie »⁸⁰⁰.

255. — Toujours est-il donc, que la possession comme mode d'appropriation bénéficie de fondements solides dans la philosophie morale et politique qui demeure au fondement de notre système juridique. Il n'est donc pas étonnant que sa traduction juridique consacre la nécessité d'un objet corporel du droit de propriété, dès lors que les auteurs de droit civil accorde à la possession une place de choix dans l'analyse du droit de propriété⁸⁰¹.

En effet, « analysant les textes et les mécanismes du droit civil, écrit Pierre Berlioz, au premier rang desquels la propriété elle-même, la doctrine traditionnelle conclut au caractère corporel de l'objet de la propriété »⁸⁰². Ce n'est donc pas à partir d'une construction rationnelle que la doctrine de droit civil définit le bien. Il s'agirait plutôt d'une reconstruction, voire, de la reconstruction d'une reconstruction : eu égard à la mesure dans laquelle les auteurs des textes qu'évoque Pierre Berlioz, au premier rang desquels se trouve le

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 127.

⁷⁹⁹ J.-É.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs du projet de loi, Titre II, Livre II, du Code civil, sur la Propriété », *op. cit.*, p. 34

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 34.

⁸⁰¹ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens*, *op. cit.*, pp. 69 et suiv. ; L. LEVENEUR, S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Droit des biens. Le droit de propriété et ses démembrements*, *op. cit.*, pp. 163 et suiv. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, M. JULIENNE, *Droit des biens*, 9^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 2021, pp. 165 et suiv. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 10^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2018, pp. 85 et suiv. ;

⁸⁰² P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, p. 43.

code civil, avaient pu construire leurs notions⁸⁰³. Dans tous les cas, il semble, à l'instar de ce que pouvait affirmer Frédéric Zenati dans sa thèse de doctorat, que les civilistes prennent ces textes pour un donné naturel duquel il est possible d'extraire les notions fondamentales d'une matière⁸⁰⁴.

2. — Critique de la définition classique de la notion de bien

256. — La définition moderne de la notion de bien est le produit d'une double critique de sa définition classique. Le premier argument est théorique et relève plus strictement de la technique juridique, il sera abordé plus tard⁸⁰⁵.

Le second argument, contre une définition de la notion de bien fondée sur la matérialité de son contenu est donc un argument d'opportunité, tient à la fonction du droit des biens. En effet, le droit patrimonial est classiquement présenté, par opposition au droit extrapatrimonial, comme un droit économique. Le premier « règle la possession des richesses : l'ensemble des relations juridiques qui peuvent naître de la production, de la détention, de l'exploitation et de la circulation des biens », le second « régit la personnalité et les rapports d'ordre personnel qui naissent entre les êtres humains »⁸⁰⁶. La définition de son objet, les biens, pour être en accord avec cette idée, devrait légitimement permettre d'appréhender les richesses que possède une personne, physique ou morale.

Or, force est d'admettre que la définition classique de la notion de bien ne remplit pas cette fonction de manière satisfaisante. La preuve la plus éclatante est que les disciplines juridiques dont l'objet repose très intensément sur l'évaluation des richesses, qu'il s'agisse du droit comptable ou du droit fiscal, renoncent, progressivement au critère de la patrimonialité, qui ne permet pas d'appréhender correctement le patrimoine d'une personne. La tentative de développement d'une « propriété économique », qui n'est pas une

⁸⁰³ Cf. infra, Partie n° 1, Titre n° 1.

⁸⁰⁴ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., pp. 319 et suiv.

⁸⁰⁵ Cf. Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2.

⁸⁰⁶ G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, 13^{ème} édition, op. cit., p. 2. L'auteur concède que la réalité est plus complexe, mais le droit patrimonial demeure, de son propre aveu, « principalement économique » (*Ibid.*). V., également, C. ATIAS, « La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face », *RRJ* 1987-2, p. 477.

propriété juridique est donc le symptôme de cette insuffisance du droit des biens à développer un objet qui soit apte à remplir la fonction de cette matière.

B. — Insuffisances de la définition rénovée de la notion de bien

1. — La définition rénovée : toute chose dont l'utilité justifie l'appropriation

257. — Les biens, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation »⁸⁰⁷. Cette définition rompt avec la conception classique sur certains points, mais sur d'autres, s'inscrit dans une certaine continuité. La définition moderne de la notion juridique de bien est nouvellement fondée sur la valeur économique. À cet égard, ces auteurs reprennent une structuration classique de la valeur, composée de deux éléments : l'utilité et la rareté.

L'utilité est définie comme l'intérêt que peut susciter la chose pour la personne. Les auteurs partisans de cette approche rappellent d'ailleurs que le mot bien vient du latin *bonus*, mot transparent, à cet égard, définissant le bien comme étant ce qui est bénéfique, avantageux⁸⁰⁸. Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet nous invitent également à « aller trouver l'essence des biens dans leur étymologie, qui exprime l'idée de bonheur »⁸⁰⁹. « Les biens, c'est bon », résume ainsi Gérard Cornu⁸¹⁰. Il s'agit de la valeur en usage, cette valeur étant l'utilité qu'un bien procure à celui qui s'en sert conformément à l'utilisation pour laquelle ce bien a été conçu.

Mais l'utilité n'est pas suffisante. En effet, reprenant les arguments classiques du paradoxe du diamant et de l'eau, Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet rappellent qu'« il n'est pas de biens sans rareté »⁸¹¹, dès lors que des biens utiles, comme peuvent l'être l'air, sont en quantité si abondante qu'il n'est pas nécessaire de se les partager. Ainsi, l'apparition de la rareté peut faire apparaître des biens, non pas par la création d'utilités nouvelles – comme pourrait le faire l'innovation technologique – mais par la raréfaction de choses dont l'utilité

⁸⁰⁷ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁰⁸ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. REVET, *op. cit.*, p. 197.

⁸⁰⁹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 28.

⁸¹⁰ G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, 13^{ème} édition, *op. cit.*, p. 1.

⁸¹¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 19.

était déjà prouvée, mais dont le déclin de l'abondance rend nécessaire l'utilisation de technique de répartition entre les individus, ou, pour reprendre les mots de ces auteurs : justifie l'appropriation.

Cette notion de valeur, ainsi introduite dans la notion de bien, permet l'accroissement de ce qui peut être patrimonialisé. En effet, comme l'indiquent ces auteurs, « l'association étroite faite par une certaine tradition savante entre le droit de propriété et les choses corporelles a eu pour conséquence une réticence à inclure les choses incorporelles dans le champ de l'appropriable »⁸¹², cette problématique étant levée, au moins partiellement, par cette conception économique de la notion de bien⁸¹³.

258. — Pour certains auteurs, la valeur économique épuise la notion de bien. « Un bien, écrit Julien Laurent, peut être défini comme toute chose qui représente une valeur c'est-à-dire une conjugaison de l'utilité et de la rareté d'une chose étant entendu que la rareté conditionne essentiellement le critère de l'utilité »⁸¹⁴. Pour d'autres auteurs, l'appropriation est également un critère de la notion de bien. Ainsi, pour Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, « les biens se définissent aussi comme des choses appropriées »⁸¹⁵.

Cette idée est un élément de continuité dans la définition du bien puisqu'elle sert à exprimer l'idée qu'une chose, utile et rare, qui ne peut être soumise au régime du droit de propriété, ne saurait être qualifiée de bien. Ainsi, l'introduction de la valeur dans la notion de bien, si elle a eu pour objectif et pour effet d'accroître le champ de l'appropriable, notamment par la soumission au régime du droit de propriété des choses incorporelles, comme les droits intellectuels, trouve sa limite dans le strict régime du droit de propriété du code civil. Cette partie de la définition de la notion de bien permet d'en exclure les choses,

⁸¹² *Ibid.*, p. 19.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 21 : « Le droit sait, ainsi, trouver des adaptations nécessaires à l'établissement d'un rapport d'exclusivité dès qu'une chose présente une utilité ».

⁸¹⁴ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 207.

⁸¹⁵ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 18. Ils écrivent plus loin que « constitue un bien, toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité » (*Ibid.*, p. 21).

qui, pour des raisons techniques, ne peuvent être soumises au régime du droit de propriété, comme c'est le cas des choses communes.

2. — Critiques de la définition rénovée de la notion de bien

259. — « Les biens, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation »⁸¹⁶. Cette définition de la notion de bien est, à maints égards, plus performante que la définition classique.

En effet, d'une part, les auteurs rejettent à la théorie de l'objet corporel du droit de propriété, à raison des dommages théoriques et pratiques qu'elle fait supporter au droit administratif des biens classique. Plus encore, en ne mentionnant pas de caractéristique physique de la chose appropriable, ils renoncent à limiter la notion de chose sur un critère lié à sa nature objective. La seule référence à la notion « d'utilité », qui renvoie à la valeur subjective que la chose représente pour la personne qui souhaite l'approprier, semble ouvrir la voie à l'appropriation de tout ce qu'il est possible pour l'homme de désirer.

D'autre part, les auteurs ont une conception particulière du droit de propriété, qu'ils confondent peu ou prou avec le droit subjectif. Loin des conceptions classiques, qui classent le droit de propriété comme le plus complet des droits réels dont les autres ne sont que des démembrement, Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet l'analysent, dans la droite ligne de Samuel Ginossar, comme une notion de précompréhension des droits patrimoniaux, un simple rapport d'exclusivité entre la chose et la personne qui donne à cette dernière, le pouvoir d'en disposer.

Toutefois, elle demeure limitée dans le cadre d'une transposition en droit administratif, pour des raisons qui tiennent, non à son contenu – dont nous venons d'énumérer les avantages – mais à son rattachement au droit civil des biens. En effet, la définition que nous analysons, telle qu'elle est souvent reprise par la doctrine de droit administratif, fait référence à la notion « d'appropriation » et donc, au droit de propriété. Évidemment, il ne saurait être nié que Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet proposent une conception extrêmement

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

large de la notion de propriété, laquelle se résume, négativement, à l'exclusivité et permet d'appréhender, probablement, la totalité des objets juridiques. Il y a là une certaine filiation avec la notion d'obligation passive universelle que Marcel Planiol développe et que nous avons déjà évoquée. Pour autant, nous voyons au moins deux raisons pour lesquelles, si vastement entendue qu'elle puisse être, la notion de bien ainsi développée n'est pas complètement satisfaisante.

260. — La première raison est que, si la notion d'appropriation est clairement libérée des conceptions classiques du droit des biens sous la plume de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, ce n'est pas nécessairement le cas pour d'autres auteurs, autant en droit civil qu'en droit administratif. Il apparaît, en effet, bien souvent, que le choix de cette définition est justifié par sa compatibilité avec le développement de l'économie et la redéfinition de la richesse autour de la notion d'utilité et de valeur, que la nécessité de redéfinir les conceptions du droit des biens. Les conceptions classiques du droit civil des biens ont pénétré le droit administratif des biens. Or, cependant qu'une réflexion critique sur ces notions, pour marginale qu'elle soit, existe en droit civil, elle demeure assez largement absente en droit administratif. En conséquence le mouvement de libération que devrait constituer cette nouvelle définition est largement neutralisé par la circonstance que les auteurs qui le reprennent n'emportent pas avec elle, souvent inconsciemment, le bagage intellectuel qui devrait l'accompagner.

C'est ainsi que le rejet de l'objet corporel du droit de propriété en droit administratif – comme d'ailleurs, souvent, en droit civil – est à géométrie variable : les œuvres de l'esprit sont clairement assimilés à des biens, quand les créances que font l'objet que d'une reconnaissance plus marginale.

261. — La seconde raison est que le droit civil des biens constitue un régime particulier de soumission d'un objet à un pouvoir juridique. Aussi loin que puisse aller la reconnaissance des choses susceptibles d'être soumises au droit de propriété, la seule circonstance que la réflexion se mène dans un domaine particulier du droit – celui du droit des biens ; à plus forte raison, du droit civil des biens – constitue une double limite. Limite, d'une part, de la perspective de son utilisation dans d'autres sous-systèmes juridiques, parce que le

rattachement de la notion de bien au droit des biens donne l'impression qu'elle lui est propre. Limite, d'autre part et en conséquence, de la perspective d'une mise en cohérence de l'ensemble des sous-systèmes juridiques, parce que la diversité apparente des notions et la diversité circonstancielle des régimes donne l'apparence qu'ils sont autonomes.

Il est vrai que la propriété a pu être vue comme un modèle et que l'œuvre-même de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, après Samuel Ginossar, a consisté à étendre la propriété à tous les droits subjectifs, au-delà donc du seul droit des biens, dans la perspective globalisante d'une théorie des obligations cohérente. Aussi pourrait-on faire le choix de combiner cette analyse avec la notion de droit public subjectif pour aller au-delà de ce qu'accomplit généralement la doctrine de droit administratif : une simple transposition des notions du droit civil des biens au droit administratif des biens plutôt qu'au droit public en général.

Or, il semble qu'à l'instar de la propriété privée ou d'autre corps de règles permettant l'exercice encadré d'une prérogative juridique sur un objet, ces régimes juridiques ne se distinguent que par des aspects procéduraux et pour des raisons non pas de technique juridique, mais de valeur morale. Dès lors et dans cette perspective, il apparaît très clairement que la notion de bien, parce qu'elle relève d'un régime particulier ne saurait constituer une notion fondamentale. La définition proposée par Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet ne dit d'ailleurs rien de plus : les biens sont toutes les choses dont l'utilité justifie l'appropriation, c'est-à-dire, justifie qu'on lui applique le régime du droit de propriété. Une lecture complète de cette définition aboutit donc à ce qu'il puisse exister des choses dont l'utilité ne justifie pas l'appropriation, soit parce qu'elle ne justifie pas qu'on lui applique un régime juridique particulier, soit parce qu'elle justifie qu'on lui en applique un autre : c'est le cas des choses communes, soumises à un régime de police.

262. — Il nous semble donc, pour aboutir à une définition de l'objet susceptible d'être soumis à une prérogative juridique qui soit une notion fondamentale, qu'il faille dépouiller le bien de son régime juridique. Or, ces notions existent. En effet, le droit des biens – qu'il s'agisse de la propriété privée, public ou de la domanialité – connaît une notion qui préexiste au bien – qu'il soit public, privé, relevant du domaine public ou du domaine privé – : la

chose. Elle est le bien, avant que le régime de la propriété ne l'encadre. De la même manière, la police administrative connaît une notion qui préexiste à la règle de police : la liberté. Elle est l'action réglementée avant que le régime de la police ne l'encadre. Enfin, le droit de la comptabilité connaît une notion qui préexiste à l'actif, immobilisé ou circulant : la valeur économique. Elle est l'actif avant qu'il ne soit saisi par le bilan social.

Il est alors possible de créer, à partir de ces notions, une notion unique qui remplisse l'objectif que nous nous sommes fixés au début de ce chapitre : une notion juridique fondamentale et abstraite, qui puisse constituer la particule élémentaire du droit administratif et à partir de laquelle il serait possible de construire ou d'analyser autant de régime qu'il est possible d'imaginer et qu'il semble nécessaire de produire pour toutes les raisons qui pourraient sembler enviable.

Section n° 2. — Le dépassement de la notion de bien en droit administratif à partir du fonds commun du droit des biens

263. — La notion de bien ne peut donc constituer une notion fondamentale du droit. En effet, quelle que soit la définition à laquelle l'on se réfère, celle-ci emporte l'application d'un régime juridique : celui du droit de propriété. Un bien, au sens où on l'entend communément, se définit, ultimement, comme une chose objet, ou susceptible d'être objet, d'un droit de propriété.

Pour dépasser ce constat et accéder à une notion fondamentale susceptible de fonder un système juridique, il convient donc de concentrer les efforts sur la notion de chose, c'est-à-dire, le bien avant qu'il ne soit augmenté du régime juridique du droit de propriété. En effet, à bien y regarder, la notion de chose est déjà compatible avec des régimes juridiques qui ne sont pas la propriété. Ainsi en est-il de la notion de chose commune, qui désigne des choses qui sont insusceptibles d'être soumises à un droit de propriété et soumises, en remplacement, à un pouvoir de police⁸¹⁷.

⁸¹⁷ « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir » (Article 714 du code civil).

Dès lors, la notion de chose semble apte à saisir l'intégralité de ce qui, en droit, est susceptible d'être soumis à un pouvoir juridique par une personne juridique (§1.). Par définition donc, elle ne se distingue que de ces deux dernières notions (§2.).

§1. — Le contenu de la notion de chose issue du fonds commun du droit des biens

264. — Marie-Alice Chardeaux définit ainsi la notion de chose : « La premier repère est négatif : la chose se distingue de la personne ; elle est l'objet de ses désirs ou de ses besoins. Le second est positif : elle est un terme générique qui désigne toute « portion de réalité », isolable et identifiable, que le droit découpe dans la masse informe du réel pour la régir, serait-elle dépourvue de substance matérielle, serait-elle inappropriable »⁸¹⁸.

La notion de chose n'est, donc, rien de plus que la notion de bien libéré des conceptions classiques du droit des biens. La définition rénovée de la notion de bien, « toute chose dont l'utilité justifie l'appropriation »⁸¹⁹ demeure la plus performante pour satisfaire à l'objectif que nous lui assignons. Mais c'est à la condition de préciser ce que l'on entend par « utilité » (A.) et de rappeler qu'il existe plus que le seul droit de propriété pour rendre exclusif une chose (B.).

A. — L'utilité des choses

265. — La structure économique de la valeur est assez anciennement déterminée. En effet, depuis Aristote⁸²⁰, les économistes distinguent deux modalités de la valeur. D'une part, la valeur en usage, qui est l'utilité qu'un bien procure à celui qui s'en sert conformément à l'utilisation pour laquelle ce bien a été conçu. D'autre part, la valeur en échange, qui est l'utilité qu'un bien procure à celui qui décide de s'en séparer pour acquérir un autre bien ; cet autre bien disposant, lui aussi, d'une valeur en usage et d'une valeur en échange. « Par exemple, selon Aristote, l'usage propre d'un soulier est de chausser ; on peut aussi le vendre

⁸¹⁸ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 62.

⁸¹⁹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, 2008, p. 18.

⁸²⁰ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des Textes Philosophiques – Poche », 1990, 578 pages ; *Les Économiques*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des Textes Philosophiques – Poche », 1983, 80 pages ; *La Politique*, trad. M. PRÉLOT, Paris, PUF, coll. « Méditations », 1964, 293 pages.

ou l'échanger pour se procurer de l'argent ou du pain, ou quelque autre chose et cela sans qu'il change de nature ; mais tel n'est pas son usage propre, n'ayant pas été inventé pour le commerce »⁸²¹. Cette distinction sera reprise par les économistes classiques. Ainsi, pour Adam Smith, « il faut observer que le mot valeur a deux significations différentes : quelquefois, il signifie l'utilité d'un objet particulier et quelquefois il signifie la faculté que donne la possession de cet objet d'acheter d'autres marchandises »⁸²².

La notion d'utilité n'est donc qu'une modalité de la valeur économique. Il s'avère, à l'analyse, que son rôle a considérablement évolué avec la pensée économique classique. Reléguée à un plan secondaire dans la pensée dominante de la valeur-travail (1.), elle prendra un rôle prépondérant dans la structuration de l'économie avec la révolution marginaliste (2.).

1. — Le déclin de la théorie de la valeur travail

266. — Jean-Baptiste Say, dont la pensée économique influença fondamentalement le droit public français, est vu comme un continuateur d'Adam Smith en France ; lui-même ne s'en défendait pas⁸²³. Pourtant, la doctrine économique s'accorde aujourd'hui pour dire que l'œuvre du Français a dépassé, sur certains points, celle de SMITH⁸²⁴. La question est donc de savoir à quel point la conception de la valeur de SAY se distingue de celle de SMITH. S'il

⁸²¹ ARISTOTE, *La Politique*, *op. cit.*, p. 30.

⁸²² A. SMITH, *La richesse des nations*, trad. G. GARNIER, Paris, Flammarion, coll. « GF », n° 598, 1999, p. 96.

⁸²³ H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, 2^e édition, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 314 : « Say se présente lui-même comme un continuateur d'Adam Smith » ; C. GIDE, C. RIST, *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 2000, p. 118 : « Lui-même, il est vrai, avec une modestie courageuse, n'a jamais caché tout ce qu'il devait à son maître. »

⁸²⁴ E. ALLIX, « J.-B. Say et les origines de l'industrialisme », *Revue d'économie politique* 1910, p. 303 et p. 341 : « J.-B. Say est une victime d'Adam Smith. A force de ne voir en lui que le vulgarisateur de la Richesse des nations, on a fini par oublier la valeur originale et la portée de son œuvre, dont la signification historique est pourtant considérable, s'il est vrai qu'elle a eu, comme nous le croyons, une part fondamentale au mouvement des idées politiques et économiques en France, sous la Restauration. » ; C. GIDE, C. RIST, *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 2000, p. 118 : « il ne se contente pas de répéter ses idées. Il les repense à son tour, fait un choix entre elles et les développe en les précisant ».

est juste d'affirmer que ces deux conceptions ne sont pas les mêmes – les apports de SAY à la pensée de SMITH sont nombreux et connus⁸²⁵ –, elles ont le même fondement : le travail.

Adam Smith publie, en 1776, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, dans lequel il expose en premier sa conception de la valeur-travail. Il affirme que la division du travail aboutit à déterminer que la richesse d'un individu se résume à la quantité de travail que l'on peut obtenir d'un autre individu ; ou, en d'autres termes, la capacité que l'on a à faire travailler les autres pour soi-même. « Ainsi, en conclut-il, la valeur d'une denrée quelconque pour celui qui la possède et qui n'entend pas en user ou la consommer lui-même, mais qui a l'intention de l'échanger pour autre chose, est égale à la quantité de travail que cette denrée le met en état d'acheter ou de commander. »⁸²⁶ La justification en est que l'obtention de toute chose se fait par un travail originel ; fût-ce le simple fait de collecter ladite chose, comme l'on se doit de cueillir les pommes ou ramasser le sel. « Le travail a été le premier prix, la monnaie payée pour l'achat primitif de toutes choses. »⁸²⁷ Il s'agit là de la mesure réelle de la chose⁸²⁸. Voici le canon originaire de la valeur, dans la pensée classique anglaise ; qui se répandra rapidement à travers toute l'Europe. Comme le notent Charles Gide et Charles Rist, « c'est un des phénomènes curieux de l'histoire des idées que la diffusion rapide et la victoire incontestée des idées de Smith en Europe »⁸²⁹.

En France, c'est essentiellement Jean-Baptiste Say qui va être le penseur de la valeur, au sens classique. Si l'emploi qu'il fait de la notion d'utilité semble le séparer des auteurs anglais, il n'en demeure pas moins que sa conception de la valeur des choses reste objective. Jean-Baptiste SAY publie, en 1803, son *Traité d'économie politique*. La valeur, pour l'auteur, se

⁸²⁵ Pour leur recensement, nous renvoyons, une fois encore à C. GIDE, C. RIST, *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 2000, p. 118 et suiv.

⁸²⁶ A. SMITH, *La richesse des nations*, *op. cit.*, p. 99.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 100.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 99 : « Le prix réel de chaque chose, ce que chaque chose coûte réellement à celui qui veut se la procurer, c'est le travail et la peine qu'il doit s'imposer pour l'obtenir. Ce que chaque chose vaut réellement pour celui qui l'a acquise et qui cherche à en disposer ou à l'échanger pour quelque autre objet, c'est la peine et l'embarras que la possession de cette chose peut lui épargner et qu'elle lui permet d'imposer à d'autres personnes. » (Souligné par nous.)

⁸²⁹ C. GIDE, C. RIST, *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 6^e édition, *op. cit.*, p. 113.

fonde sur l'utilité. « Toujours est-il vrai, affirme-t-il, qu'une valeur incontestable est la quantité de toute autre chose qu'on peut obtenir, du moment qu'on le désire, en échange de la chose qu'on veut se défaire »⁸³⁰. L'invocation du désir suppose donc qu'une valeur soit fixée en fonction de la somme d'utilités que souhaite acquérir le vendeur et peut alors varier, d'un vendeur à un autre ; il ne relève pas de la marchandise elle-même. Ce sont les besoins des individus qui déterminent la nature des choses qu'ils vont désirer acquérir pour les satisfaire. En ce sens, il semble se distinguer des auteurs anglais.

267. — Toutefois, plusieurs indices montrent que cette rupture n'est qu'apparente et que sur le fond, Jean-Baptiste Say reste fermement déterminé par les conceptions de la valeur-travail. La distinction qu'il fait de deux sortes de richesses, nous donne un premier indice. D'une part, les richesses naturelles, que sont l'air, l'eau ou le soleil, n'ont pas de valeur en échange « parce que la nature seule en fait les frais »⁸³¹ ; d'autre part, les richesses sociales, « que l'on n'obtient point gratuitement, et qui sont le fruit de la production. »⁸³² Dans ces deux sortes de richesses, l'on voit bien que la valeur d'une chose est déterminée par l'effort qui est mis dedans ; le travail⁸³³. Les richesses naturelles sont gratuites, parce qu'il n'a rien coûté aux hommes, en travail, pour les produire ; et les richesses sociales sont le fruit du travail de l'homme, c'est donc ce qui leur donne leur valeur.

Mais c'est lorsque Jean-Baptiste Say décrit ce qui compose la richesse individuelle, qui est la somme des utilités que l'on peut produire soi-même, que l'idée sort plus affirmée. « Chaque consommateur, selon lui, ne peut acheter qu'une quantité de produits

⁸³⁰ J.-B. SAY, *Traité d'économie politique*, t. 1, Paris, Économica, 2006, p. 595.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 597.

⁸³² *Ibid.*, p. 599. Notons que dans la phrase qui suit, Say explique qu'il s'agit de richesses sociales, au motif que « l'échange qui en constate la valeur, de même que les conventions au moyen desquelles ils deviennent des propriétés exclusives, ne sauraient se rencontrer autre part que dans l'état de société ». L'utilisation du mot « constate » dans cette phrase, est une preuve que la valeur d'une chose préexiste à l'échange et donc au prix. Il est intrinsèque à la marchandise.

⁸³³ SAY n'utilise pas le mot en lui-même, mais il admet que l'expression « services productifs » qu'il emploie, renvoie au « travail » des classiques anglais. « Les personnes, dit-il, qui pensent, avec David Ricardo et d'autres, que le travail (et non le concours du travail, des capitaux et des terres) est le seul élément des valeurs, peuvent substituer, dans cette démonstration, le mot travail aux services productifs ; elle sera également concluante. » *Ibid.*, p. 617, note n° 1.

proportionnée à ce que lui-même peut produire. »⁸³⁴ La richesse nationale sera donc la capacité de production individuelle agglomérée de tous les membres de la nation. Là encore, si l'utilité est source de valeur et la psychologie un déterminant fondamental dans le processus d'échange – puisque ce que l'individu peut produire « ne dépend pas uniquement de l'étendue de ses fond productifs, mais encore de ses goûts »⁸³⁵ –, ce n'est que dans la mesure où il explique la nature de ce que l'individu va souhaiter acquérir ou ce dont il va vouloir se défaire. Mais *in fine*, la somme des utilités sera déterminée en fonction de la charge de travail, de service productif, présent dans le bien. Ce qui changera, en fonction de l'utilité que l'on trouve à la chose, c'est la quantité de cette chose qui sera produite, selon que plus ou moins d'individus souhaiteront l'acquérir, mais au prix du travail nécessaire à sa production. Inversement, le nombre de consommateur fluctuera en fonction du prix de la marchandise. Mais dans cette hypothèse, l'auteur ne parle pas d'un prix qui fluctue en fonction du bon vouloir du commerçant, mais du coût de revient, et donc du travail inclus dans le bien⁸³⁶.

Jean-Baptiste Say n'ignore pas les différentes causes qui peuvent conduire à faire fluctuer les prix. D'une part, « l'espérance, la crainte, la malice, la mode, l'envie d'obliger, toutes les passions et toutes les vertus, dit-il, peuvent influencer sur les prix qu'on donne ou qu'on reçoit. »⁸³⁷ SAY prend notamment l'exemple du prix des vins, qui fluctuera en fonction de la qualité d'une récolte, qui peut permettre d'augmenter ou de diminuer aléatoirement l'offre (quantité) et la demande (qualité). D'autre part, il évoque les causes politiques, en prenant l'exemple d'un régime tyrannique qui spolierait ses administrés, en augmentant abusivement le montant des taxes et impôts. Dans ces deux hypothèses, le prix est indépendant du coût de production ; mais ces cas font l'objet d'une condamnation de l'auteur, qui estime que

⁸³⁴ *Ibid.*, p. 601.

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 603.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 607 : « Si, dans un hiver rigoureux, on parvient à faire des gilets de laine tricotée qui ne reviennent qu'à six francs, il est probable que tous les gens auxquels il restera six francs, après qu'ils auront satisfait à tous les besoins qui sont ou qu'ils regardent comme plus indispensables qu'un gilet de laine, en achèteront. Mais ceux auxquels, quand tous leurs besoins plus indispensables auront été satisfaits, il ne restera que 5 francs, n'en pourront acheter. Si l'on parvient à fabriquer les mêmes gilets pour 5 francs, le nombre de leurs consommateurs s'accroîtra de toute cette dernière classe. »

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 615.

« ce n'est que par une estimation purement morale que l'on peut apprécier les perturbations qui en résultent dans les lois générales, les seules qui nous occupent en ce moment. »⁸³⁸. La condamnation porte sur le fait que ces causes amènent les acheteurs à payer un produit « au-delà de son utilité réelle »⁸³⁹. Et si un consommateur peut être enclin à dépenser plus pour un produit, en fonction de ses goûts ou de ses capacités. Mais la seule justification à l'augmentation du prix serait l'augmentation des coûts de production. « Un produit, affirme SAY, sera donc plus cher, selon que sa production réclamera non seulement plus de services productifs, mais des services productifs plus fortement rétribués. »⁸⁴⁰

268. — En résumé, l'utilité est bien un facteur déterminant de la politique de l'offre et de la demande, mais il n'influe pas sur le prix de la marchandise, que SAY lie à la valeur, mais sur le désir ou non, pour un acteur économique, d'acquérir un bien dont, par conséquent, la valeur est prédéterminée. La désirabilité d'un bien influe donc sur l'offre et non sur la demande et la pensée se résume comme suit : « J'ai dit que le prix des produits s'établissait en chaque endroit au taux où les portent leurs frais de production, pourvu que l'utilité qu'on leur donne fasse naître le désir de les acquérir. »⁸⁴¹ De simple facteur, déterminant de la politique de l'offre et de la demande, l'utilité va devenir, avec la révolution marginaliste, un fondement de la valeur économique.

2. — L'essor de la théorie de la valeur-utilité

269. — En 1871, parurent la *Théorie de l'économie politique* de Stanley Jevons et les *Principes d'économie* de Carl Menger. Trois ans plus tard, en 1874, parurent les *Éléments d'économie politique pure* de Léon Walras. Ces trois ouvrages, initiant la révolution marginaliste, marquent le départ d'une nouvelle théorie de la valeur qui viendra concurrencer celle de la valeur-travail.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 615.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 615.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 619.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 617.

Alors que les économistes classiques considèrent que le travail est source de cette valeur qu'ainsi, la valeur d'une chose sera proportionnelle à la quantité de travail qu'elle inclut, Stanley Jevons affirme que le travail, une fois dépensé, n'a plus d'influence sur la valeur future d'un objet⁸⁴². En effet, il existe, d'une part, des objets qui se vendent très cher, mais ne produiront jamais aucun revenu – l'auteur cite les livres rares, les pièces de monnaie de collection, les œuvres d'art, de manière générale⁸⁴³ – ; et, d'autre part, des objets qui ont demandé énormément de travail, mais dont la valeur ne va pas dépendre de ce travail, comme peut l'être un réseau de chemins de fer ou Tunnel sous la Tamise⁸⁴⁴. Ainsi, s'il estime que le travail n'a aucune cause dans la valeur d'un produit, il admet tout de même qu'il en reste une cause déterminante, notamment dans la mesure où le niveau de travail mis dans un objet influe sur le nombre et le degré des utilités qui pourront en être retirées⁸⁴⁵.

Pour Carl Menger, un bien a de la valeur pour tout individu conscient que la satisfaction de ses besoins varie en fonction de sa la quantité d'un bien donné qu'il possède⁸⁴⁶. La valeur d'un bien trouve donc son fondement dans la relation qu'entretiennent nos besoins individuels avec la quantité de ces biens disponibles, et non pas dans les qualités intrinsèques dudit bien.

⁸⁴² W. S. JEVONS, *Theory of Political Economy*, 5th edition, New York : Kelley, pp. 164-165.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 163.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 164.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 165.

⁸⁴⁶ C. MENGER, *Principes d'économie politique*, préf. B. Schefold, Paris, Seuil, coll. « Économie humaine », 2020.

270. — En France, cette théorie est développée, avant l'heure⁸⁴⁷, par Jules Dupuit, qui, essentiellement dans deux articles⁸⁴⁸, va tenter de déconstruire l'analyse de Jean-Baptiste Say, fondée sur la valeur-travail, avant de poser les bases d'une nouvelle théorie, fondée sur la valeur-utilité.

Jules Dupuit critique la notion d'utilité telle que conçue par Jean-Baptiste Say. Il met principalement en cause la confusion que ce dernier opère entre valeur d'usage et valeur d'échange. Jean-Baptiste Say lui-même concédait ce point « car, selon lui, en économie politique, nous ne pouvons nous occuper (si ce n'est accessoirement) que de la portion d'utilité qui a été donnée avec les frais ; car l'utilité sans valeur ne saurait entrer dans l'appréciation de nos biens, pas plus qu'une santé robuste, si ce n'est pour remarquer la jouissance qui en résulte »⁸⁴⁹. Pour Jules Dupuit, il s'agit d'une erreur fondamentale que de songer que l'utilité ne produit pas de valeur économique. Car il ne reproche pas à Jean-Baptiste Say d'ignorer la distinction, mais d'en exclure les conséquences ; « l'erreur capitale de J.-B. Say, dit-il, n'est pas d'avoir méconnu la valeur en usage ou utilité, mais de l'avoir repoussée de la science en y substituant la valeur en échange, qu'il a considéré comme sa

⁸⁴⁷ Stanley Jevons est le premier à remarquer Jules Dupuit et à le classer parmi les précurseurs de la théorie de la valeur-utilité. Dans la préface à la seconde édition de sa *Theory of Political Economy*, il écrit : « it is the French engineer Dupuit who must probably be credited with the earliest perfect comprehension of the theory of utility. In attempting to frame a precise measure of the utility of public works, he observed that the utility of a commodity not only varies immensely from one individual to another, but that it is also widely different for the same person according to circumstances. » (W. S. JEVONS, *The Theory of Political Economy*, 5th edition, New York : Kelley, p. xxviii). Il écrira à Léon Walras : « It is impossible not to allow that Dupuit had a very profound comprehension of the subject and anticipated us as regards the fundamental ideas of utility. But he did not work his subject out and did not reach a theory of exchange. It is extraordinary too what a small effect his publication had upon economists, most of whom were ignorant of its existence » (JAFFÉ (William) (éd.), *Correspondance of Léon Walras and related papers*, Amsterdam, North Holland, 1965, vol. 1, n° 377, p. 533). Ces deux références sont citées par Luigi EINAUDI dans sa préface à l'ouvrage de M. DE BERNARDI, *Jules Dupuit. De l'utilité et de sa mesure*, Collection d'écrits inédits ou rares d'économistes, Turin : La riforma sociale, 1934, p. 14 et par Yves BRETON et Gérard KLOTZ, dans l'introduction générale de l'ouvrage, J. DUPUIT *Œuvres économiques complètes*, prés. Y. BRETON, G. KLOTZ, Paris, Économica, 2009, vol. 1, p. 9, note de bas de page n° 44.

⁸⁴⁸ J. DUPUIT, « De la mesure de l'utilité des travaux publics », *Annales des ponts et chaussées* 1844, vol. 2, n° 116, p. 332, *Revue française d'économie* 1995, Vol. 10, n° 2, p. 55 ; « De l'influence des péages sur l'utilité des voies de communication », *Annales des ponts et chaussées* 1849, vol. 1, n° 207, p. 170. Il fera une synthèse de ces deux articles dans un troisième : J. DUPUIT « De l'utilité et de sa mesure. De l'utilité publique. », *Journal des économistes* 1853, vol. 36, p. 1. Ces trois articles sont recensés dans un ouvrage plus récent : J. DUPUIT *Œuvres économiques complètes*, op. cit., pp. 203 et suivantes.

⁸⁴⁹ J.-B. SAY, *Cours d'économie politique*, op. cit.

mesure et pouvant, par conséquent, la remplacer »⁸⁵⁰. Jules Dupuit condamne l'idée que l'on puisse penser que la valeur ne s'élève qu'au niveau que l'homme lui donne – c'est en cela qu'elle se traduit par les coûts de production, seuls à même de rendre compte de la valeur ajoutée humaine – et d'ignorer l'utilité d'usage. Selon l'auteur, la proportionnalité doit être une caractéristique de la mesure or, la valeur en échange n'est pas la mesure de l'utilité puisqu'elle ignore complètement la valeur en usage et que cette valeur en usage ne dépend en aucune sorte des coûts.

Jules Dupuit bâtit sa propre conception de l'utilité publique sur les bases posées par Adam Smith et David Ricardo et à contrepied de ce qu'a dit Jean-Baptiste Say. Selon lui, deux éléments constituent la valeur : d'une part, son utilité – ou sa valeur en usage –, c'est-à-dire, sa propension à satisfaire le désir des individus ; et, d'autre part, la rareté, le fait qu'elle ne puisse satisfaire complètement tous les désirs. L'utilité est donc le fondement nécessaire mais non exhaustif de la valeur. Au contraire de Jean-Baptiste Say donc, Jules Dupuit inclut les richesses naturelles, « les jouissances de l'esprit et du cœur » dans les éléments que se doit d'appréhender l'économie politique⁸⁵¹. Pour lui, d'une part, chaque bien aura une utilité différente en fonction des individus. Ainsi, une personne aisée achètera un bien qui pourra coûter plus cher qu'un individu qui a moins de moyens. D'autre part, même pour un individu unique, le bien peut connaître des variations différentes de valeur. Ainsi un individu consommera davantage d'un bien à mesure que son prix baissera. Selon Jules Dupuit, cette conception de la valeur permet l'établissement de prix plus sincères et mettrait un terme aux « ruses » que les commerçants sont tentés de mettre en œuvre pour abuser de la crédulité du consommateur. « Si donc cette utilité variable pour chaque objet consommé n'était pas connue, toutes ces ruses n'existeraient pas et ne feraient pas de dupes, si dupes il y a car on n'est jamais dupe que par rapport aux frais de production. L'acheteur ne paye jamais un produit au-delà de la valeur d'utilité qu'il y attache »⁸⁵². Dès lors, le prix d'un bien doit

⁸⁵⁰ J. DUPUIT « De l'utilité et de sa mesure. De l'utilité publique. », *op. cit.*.

⁸⁵¹ Jules Dupuit prend un exemple dont chacun jugera de s'il est à propos, il dit « la beauté, la jeunesse, l'esprit, la bonne éducation d'une femme lui tiennent lieu de dot ; réciproquement, une belle dot lui tient lieu de ce qui lui manque du reste » et l'ingénieur de citer une satire de Nicolas Boileau : « Et sans trop s'enquérir d'où la laide venait/ Il sut, ce fut assez, l'argent qu'on lui donnait./ Rien ne le rebuta ; ni sa vue éraillée/ Ni sa masse de chair bizarrement taillée ;/ Et trois-cent mille francs avec elle obtenus/ La firent à ses yeux plus belle que Vénus ».

⁸⁵² J. DUPUIT « De l'utilité et de sa mesure. De l'utilité publique. », *op. cit.*

prendre en compte l'utilité maximale que peut payer le consommateur afin d'être le plus juste possible. Et il en va de même concernant les biens publics.

271. — L'exposé de ces théories économiques relatives à la structuration de la valeur économique et à la place que l'utilité y tient doit nous permettre, assez modestement, de comprendre quelle est la cause, qui aboutit à ce qu'une chose soit enserrée dans un régime juridique, quel qu'il soit, et pas seulement la propriété privée.

B. — L'excluabilité des choses

272. — « Constitue donc un bien, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité »⁸⁵³. Cette notion de rapport d'exclusivité est fondamentale en droit des biens : elle constitue un attribut essentiel du propriétaire. Cela vaut pour les partisans des conceptions classiques du droit des biens, qui font du pouvoir d'exclure les tiers le fondement de l'*abusus*, autant que pour les partisans d'une analyse néopersonnaliste du droit des biens, pour qui ce rapport d'exclusivité est, avec le pouvoir de disposer de la chose, la prérogative fondamentale du propriétaire⁸⁵⁴.

La génération d'un rapport d'exclusivité n'est pas propre au seul droit des biens, mais, de façon plus générale, à tout ce qui permet l'exercice d'une prérogative juridique sur une chose. C'est le cas, par exemple, en droit de la comptabilité, de la définition de l'actif comptable, qui suppose un contrôle de l'entité⁸⁵⁵. De même, la police, lorsqu'elle aboutit à restreindre

⁸⁵³ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁵⁴ « Cette prérogative est tellement fondamentale qu'elle dédouble le contenu du droit de propriété, qui n'est pas seulement un rapport d'exclusivité, mais aussi un pouvoir de disposer de la chose » (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 314). Ceux-ci rejoignent à cet égard les partisans de l'analyse personnaliste, dès lors qu'ils affirment que la propriété « doit davantage être analysée comme un rapport entre sujets qu'un rapport entre une personne et une chose. Il ne s'agit pas tant de savoir les utilités que la chose procure au propriétaire que de savoir s'il entend les réserver à lui-même et, le cas échéant, à certaines personnes » (*Ibid.*, p. 315).

⁸⁵⁵ « Un actif est un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs » (Article 211-1 du plan comptable général). Pour les éléments incorporels de l'actif immobilisé, l'article 211-3 du même plan précise que ces derniers doivent être « susceptible d'être vendue, transférée, louée ou échangée de manière isolée ou avec un contrat, un autre actif ou passif », ou résulter « d'un droit légal ou contractuel même si ce droit n'est pas transférable ou séparable de l'entité ou des autres droits et obligations ». Ces actes ne sont pas possibles sans un rapport d'exclusivité.

l'accès à une chose, constitue une forme de rapport d'exclusivité au profit de son auteur. C'est ce qui nous fait penser que l'excluabilité doit constituer un critère fondamental de la notion de chose au sens où nous l'entendons. Mais, cette notion d'excluabilité prend un sens radicalement différent, selon qu'on la trouve chez les auteurs classiques (1.) ou chez les auteurs personnalistes (2.).

1. — Rejet de la conception classique de l'excluabilité

273. — En effet, « chez les juristes, rappelle Marc Mignot, les conceptions du bien ont évolué d'une vision objectiviste vers une conception subjectiviste »⁸⁵⁶. Suivant cette conception objectiviste, le critère de l'excluabilité s'est historiquement concentré sur la nature de la chose, c'est-à-dire, son aptitude à être ou non isolable. Cette conception est en parfait accord l'analyse réaliste du droit des biens, dès lors que les auteurs de ce courant définissent le droit réel comme un droit immédiat sur la chose. Contrairement au droit personnel, qui met face à face le créancier et le débiteur d'une obligation, la structure du droit réel fait de la chose le débiteur de l'obligation. Outre d'insurmontables inconvénients théoriques⁸⁵⁷, cette conception du bien aboutit à accorder, dans le cadre de la définition et des classifications de la notion de bien, une place considérable à des données extrajuridiques : les caractéristiques physiques de la chose.

Ce poids des caractéristiques physiques de la chose est manifeste dans le code civil, monument érigé à la gloire des conceptions classiques du droit civil des biens, qui classe les biens en fonction de caractéristiques physiques et que les auteurs du droit administratif ont repris à leur compte, parfois pour les interroger⁸⁵⁸. Cette fixation du juriste sur la matière physique a d'ailleurs longtemps empêché que ne soient reconnus les choses incorporelles comme étant des biens. Mais, au-delà de la seule classification des biens, l'appréhension de ce qui est excluable repose aussi, dans une conception réaliste et objectiviste du droit des biens, sur les caractéristiques physiques de la chose que l'on souhaite soumettre à un pouvoir

⁸⁵⁶ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *op. cit.*.

⁸⁵⁷ *Ibid.* On sait depuis Emmanuel Kant au moins, que seules les personnes peuvent être sujet de droit. Mais il convient de rappeler que même les réalistes se sont conformés à cette vision du droit.

⁸⁵⁸ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, *op. cit.*, pp. 231 et suiv. ; F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, *op. cit.*, pp. 59 et suiv.

juridique. Ainsi, à côté des choses que l'on ne souhaite pas soumettre à l'appropriation pour des questions de valeur morale, comme c'est le cas pour la puissance publique ou encore la personne humaine, et dont nous reparlerons, certaines choses sont classiquement considérées comme n'étant pas appropriables pour des raisons liées à leurs caractéristiques physiques : c'est le cas des choses communes, des biens environnementaux et des *public goods*.

Le régime juridique des choses communes est posé à l'article 714 du code civil, qui dispose : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ». Deux arguments sont habituellement invoqués pour expliquer cette nécessité de faire relever de la police, et non de la propriété, les choses communes que sont notamment l'air et l'eau. D'une part, comme l'exprime le code civil, l'usage de ces biens est commun à tous. Il s'agit là d'un argument de valeur moral. D'autre part, il s'agit aussi de difficultés techniques liées à la nature physique de ces choses. À cet égard, Marie-Alice Chardeaux a déjà suffisamment démontré que dans l'analyse classique des choses communes, leur inappropriabilité est liée à leur nature physique. « Les choses communes sont, par nature, inappropriables – l'affirmation est classique et, à première vue, parfaitement claire »⁸⁵⁹.

Deux arguments tenant à cette nature physique, c'est-à-dire à des éléments de pur fait, sont généralement invoqués à cette fin. Il se peut, d'une part, que la chose commune se trouve en quantité si abondante que leur appropriation n'est pas nécessaire. Cette apparente contradiction est connue depuis au moins Adam Smith, qui décrivait ainsi, dans la *Richesse des Nations*, ce qu'il convient aujourd'hui d'appeler le paradoxe de l'eau et du diamant : « Il n'y a rien de plus utile que l'eau, mais elle ne peut presque rien acheter ; à peine y a-t-il moyen de rien avoir en échange. Un diamant, au contraire, n'a presque aucune valeur quant à l'usage, mais on trouvera fréquemment à l'échanger contre une très grande quantité de marchandises »⁸⁶⁰. Il ne s'agit pas, à strictement parler, du constat d'une impossibilité de soumettre l'eau – mais le raisonnement vaut pour l'air ou le soleil – au droit de propriété,

⁸⁵⁹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 107. V., pour une revue des auteurs qui souscrivent à cette affirmation, *ibid.*, note n° 1.

⁸⁶⁰ A. SMITH, *La richesse des Nations*, *op. cit.*

mais plutôt d'en postuler l'inutilité. « Une partie de la doctrine, écrit ainsi Marie-Alice Chardeaux, estime donc que parce que les choses communes ne sont pas rares, les hommes n'éprouvent pas le désir de se les approprier, alors même que leur utilité est évidente »⁸⁶¹. Il se peut, d'autre part, que la chose commune se trouve insaisissable, de sorte que son appropriation soit impossible. « En raison de leurs caractéristiques physiques singulières – dont l'abondance ne constitue qu'une facette – il serait matériellement impossible d'appréhender et de maîtriser physiquement les choses communes »⁸⁶².

Cette analyse peut être rattachée directement à l'analyse réaliste du droit des biens. « Cette approche, écrit Marie-Alice Chardeaux, part de l'idée que le pouvoir exercé sur les choses relève avant tout d'une question de fait » et c'est exactement ce que pouvaient – et peuvent encore – écrire nombre d'auteurs de droit civil, qui expriment l'idée que le droit réel, contrairement au droit personnel, est un droit immédiat de la personne sur la chose. Comprendre que le rapport d'excluabilité n'est pas une relation entre une personne et une chose, mais entre deux ou plusieurs personnes au sujet d'une chose, met à mal tous les arguments tenant à la nature physique des choses.

2. — Promotion d'une analyse personnaliste de l'excluabilité

274. — La doctrine personnaliste, proposée par Maurice Planiol et ses élèves⁸⁶³, permet un dépassement de ces conceptions. Cet auteur est à l'origine d'une critique de la notion classique de droit réel et de la théorie de l'obligation passive universelle, et qui aboutit à mettre en évidence le rapport obligatoire interpersonnel qui existe dans chaque droit réel. À contrepied des auteurs réalistes, qui considèrent que le droit réel est un rapport juridique direct entre une personne et la chose dont il est propriétaire, ce qui lui en assurerait la maîtrise, les auteurs personnalistes considèrent que le droit réel est un rapport juridique entre personnes, à l'image des droits personnels. Ce rapport singulier consiste à exiger de toutes les personnes qui ne sont pas le propriétaire d'un bien – le sujet passif de l'obligation est ici indéterminé – l'obligation de laisser ce dernier, jouir de sa chose, savoir, en tirer toutes les

⁸⁶¹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 112.

⁸⁶³ Pour un exposé complet de ce moment de l'histoire de la théorie du droit des biens en droit civil, Cf. Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2.

utilités qu'il souhaite. L'exclusivité d'un bien, ne vient pas donc tant du pouvoir que le propriétaire exerce sur son bien que de celui qu'il exerce à l'encontre de toutes les personnes qui pourraient troubler l'usage qu'il en fait.

Ainsi défini, en partant du principe que les droits ne sont que des relations interpersonnelles, la question de l'exclusivité des choses ne ressort plus principalement de la substance et des caractéristiques, notamment physiques, de cette chose, mais davantage de la capacité du jurislatureur à identifier et saisir tous les débiteurs de l'obligation. La nature physique de choses n'est pas non plus parfaitement indifférente, simplement, elle ne nous renseigne pas sur l'aptitude d'une chose à être excluable, tant que sur la nature et le degré de difficulté technique du dispositif propre à permettre son exclusion. En effet, le droit reste une technique limitée, à la fois par la fonction qui lui est assignée et par la plasticité des notions qui la constitue.

275. — À cet égard, la promotion d'une analyse personnalité de l'excluabilité nous paraît souhaitable, pour au moins deux raisons.

D'une part, nous venons de définir la notion de chose à partir des utilités économiques, entendues subjectivement le plus largement possible, plutôt qu'à partir de sa capacité à être saisie physiquement. En définissant ainsi l'excluabilité, autre caractère qui permet la soumission d'une chose à une personne, au regard des autres personnes qui sont susceptible d'agir sur cette chose, plutôt qu'à partir de la capacité pour son détenteur de la saisir physiquement, nous achevons de détacher la notion de bien de la substance physique des choses. La conception réaliste de la notion de bien a empêché, pendant longtemps, l'appropriation de nombreuses choses qui auraient pu bénéficier du régime de la propriété privée, mais s'en sont trouvées exclues, n'étant pas suffisamment tangible pour répondre à une notion de bien, qui se trouve ainsi limitée. Mais cet argument ne vaut – et c'est cela est déjà suffisant – que pour le régime de la propriété privée.

D'autre part, le dépassement proposé implique de s'évader du seul régime de la propriété privée, dont les notions sont pourtant mobilisées. L'extension de l'excluabilité à d'autres régimes, comme la police administrative ou la comptabilité permet de prendre une conscience plus aiguë encore, d'à quel point les conceptions réalistes de la propriété ont

limité le champ de ce qu'il est possible de considérer comme une chose appropriable. Plus particulièrement, l'étude des régimes de police, montre qu'il est possible, avec une conception personnaliste de l'excluabilité, d'approprier tout ce qui est utile à l'homme.

L'exemple de la réglementation de l'émission de quotas de gaz à effet de serre constitue, à cet égard, un exemple probant. Classé parmi les choses communes, c'est-à-dire, les choses « qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »⁸⁶⁴, l'air, par ses propriétés physiques, paraissait impossible à approprier juridiquement. Présent en abondance, il n'était même pas justifié de l'approprier, puisqu'en application du paradoxe du diamant et de l'eau, son usage était indispensable, mais en quantité suffisante pour que toutes les personnes pour qui il a de l'utilité puissent en faire usage de façon concurrente. Deux phénomènes de raréfaction, pourtant, ont contribué à lui donner une utilité qui justifie l'appropriation. D'une part, l'air non pollué est devenu, pour ainsi dire, « rare », et, d'autre part, l'air, lorsqu'il contient une certaine forme de pollution, le dioxyde de carbone, contribue au réchauffement climatique. Ces deux raisons ont supposé de rationner la capacité qu'ont les entreprises polluantes de faire usage d'un air pur pour le transformer en air pollué.

Pour autant, dans un paradigme où règnent les conceptions réalistes, il eut été impossible d'enserrer l'air, dont la maîtrise matérielle est impossible, dans un régime juridique comme la propriété privée. En revanche, les conceptions personnalistes le permettent, dès lors qu'au lieu de se concentrer sur la chose, elles se concentrent sur les personnes susceptibles de vouloir l'approprier. Parfois, le régime de la propriété est directement utilisé. C'est le cas pour le spectre hertzien, qui est directement qualifié de bien par le code général de la propriété des personnes publiques qui dispose que « Les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État »⁸⁶⁵. Parfois, c'est la police qui sera mobilisée. À cet égard, la réglementation relative aux quotas d'émission de gaz à effet de serre ne vise pas directement l'air en tant que chose commune,

⁸⁶⁴ Article 714 du code civil.

⁸⁶⁵ Article L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques.

mais les installations classées qui les émettent⁸⁶⁶. Dit autrement, cette réglementation existe parce que le législateur et le pouvoir réglementaire ont pu saisir l'activité de l'intégralité des personnes qui font usage de l'air pour le transformer en air pollué.

Techniquement, et sur le fondement de cette conception personnaliste de l'excluabilité, rien l'État, seule entité capable de saisir tous les individus présents sur le territoire national, pourrait interdire l'air à quiconque. Il suffirait de décréter qu'il est interdit de consommer de l'air, puis d'infliger, notamment à chaque personne qui respire encore, la peine associée à cette nouvelle contravention. Aussi absurde que cela puisse paraître, une telle réglementation, politiquement improbable, pratiquement impossible à mettre en œuvre, demeure, juridique possible.

276. — Ainsi, une conception économique de la notion de chose couplé à une conception personnaliste de la notion d'excluabilité ne paraît fixer d'autre limite à ce qu'il est possible de soumettre à un pouvoir juridique que l'inventivité des hommes à trouver de l'utilité aux choses et à en organiser la meilleure allocation entre eux. Toutefois, il ne serait pas juste de dire que tout est chose, et que tout est appropriable, que ça soit par le régime de la propriété du droit civil ou par un autre régime juridique. En effet, une *summa divisio* demeure : celle des personnes et des choses.

§2. — Les contours de la notion de chose issue du fonds commun du droit des biens

277. — Il n'est de chose qu'il ne soit possible de soumettre à un pouvoir juridique. Cette conclusion appelle toutefois deux exceptions, car il semble intellectuellement nécessaire, pour qu'un système juridique permette la soumission des choses aux personnes par un pouvoir juridique, que les personnes (A.) et les pouvoirs juridiques (B.) ne puissent pas être eux-mêmes l'objet de pouvoirs juridiques. Pour le reste, toutes les choses qui sont juridiquement mises hors de portée d'un pouvoir juridique le sont sur le fondement d'une

⁸⁶⁶ L'article L. 229-6 du code de la santé publique dispose que « les installations qui entrent dans le champ d'application de la présente section sont soumises à autorisation pour les émissions de gaz à effet de serre résultant des activités dont la liste est fixée par le décret mentionné au premier alinéa de l'article L. 229-5 ».

norme, qui peut s'analyser comme étant un régime juridique soumettant une chose à un pouvoir juridique.

A. — *La distinction entre les choses et les personnes juridiques*

278. — La distinction entre les personnes juridiques et les choses est aujourd'hui un principe fondamental de notre ordre juridique.

Bien qu'elle lui soit antérieure⁸⁶⁷, cette distinction résulte classiquement des *Institutes* de Gaius, qui nous indique que « tout le droit dont nous nous servons se rattache soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions en justice »⁸⁶⁸. Cette dernière catégorie, ne présente d'intérêt, en réalité, qu'à cette époque où « le droit apparaît encore autant comme une lutte judiciaire que comme un état légal »⁸⁶⁹ ; elle finit, d'ailleurs, par être abandonnée⁸⁷⁰ et ne reste alors, sur la scène juridique, que les personnes et les choses.

Le plan des *Institutes* sera repris très largement à partir du XVI^{ème} siècle, et jusque dans le code civil⁸⁷¹, mais c'est surtout à partir de Kant et de Hegel, que cette distinction prend une vigueur particulière lorsqu'elle devient une opposition⁸⁷². En effet, « la modernité, qui prendra la subjectivité humaine comme point de départ de toutes ses élaborations, écrit Roberto Adorno, va radicaliser la séparation entre le sujet et l'objet. Ce qui n'est qu'une distinction deviendra une opposition »⁸⁷³. C'est donc à partir de ce moment que l'opposition

⁸⁶⁷ M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, Domat, 1945, p. 38.

⁸⁶⁸ « *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* » (*Inst.*, 2, 12).

⁸⁶⁹ M. HAURIOU, « Note sur l'influence exercée par les *Institutes* en matière de classification du droit », *Rev. crit.* 1887, p. 373 : « de ces règles, les unes se rapportent à la procédure, les autres au fond du droit et eussent été mieux placées dans les deux premières divisions ; l'existence de cette troisième partie des *Institutes* prouve que même dans le dernier état du droit romain la séparation n'est pas complète entre le fond et la forme, que le droit apparaît encore autant comme une lutte judiciaire que comme un état légal »

⁸⁷⁰ M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁷¹ M. HAURIOU, « Note sur l'influence exercée par les *Institutes* en matière de classification du droit », *op. cit.* ; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, *op. cit.* La troisième partie du code civil sur les obligations et intitulée « des différentes manières dont on acquiert la propriété », se rapporte aux deux précédentes et met en évidence cette opposition entre sujet de droit et objet de droit (R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. F. CHABAS, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1996, t. 263, p. 4, note n° 10).

⁸⁷² Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapporte sujet-objet en droit romain », *APD* 1980, t. 25, p. 413 ; J.-L. VUILLERME « La chose (le bien) et la métaphysique, *APD* 1979, t. 24, p. 31.

⁸⁷³ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 5.

entre personnes et choses devient une opposition entre sujet de droit et objet de droit, avec cette conséquence, capitale de notre point de vue, que ces deux qualifications se chassent mutuellement. L'on ne peut être à la fois chose et personne juridique. « Cela serait contraire à la nature même, écrit-Roberto Andorno, antinomique, du principe : une « moitié de personne », si elle était imaginable, serait déjà une « personne »⁸⁷⁴. « Dans ce partage entre le domaine subjectif de l'action et le domaine objectif des choses, écrit Yan Thomas, entre liberté de la personne et passivité de la nature, il n'y a pas de place pour les notions ambiguës et médianes, qui relèveraient à la fois de l'être et de l'avoir »⁸⁷⁵.

279. — Il résulte de ce qui précède qu'une définition claire de ce qu'est une personne juridique est essentielle. En effet, parce qu'une tierce catégorie est exclue, la seule manière de délimiter convenablement ces deux catégories, chose et personne, consiste à donner un contenu positif clair à l'une des deux et un contenu négatif à l'autre. En somme, en définissant la personne juridique, nous définissons en même temps la chose, l'ensemble des choses étant constitué de tout ce qui n'est pas une personne.

Occasionnellement chahutée par l'Histoire, la personnalité juridique est, encore aujourd'hui, l'objet de nombreuses interrogations, tant dans ses rapports avec les différents éléments de la personne humaine – citons par exemple la force de travail, la liberté individuelle, ou le corps humain – qu'avec d'autres catégories pour lesquelles elle pourrait servir de modèle – citons par exemple les animaux, les biens environnementaux, ou encore les robots. Le propos qui suit sera articulé à partir du fait que la doctrine de droit civil semble s'accorder aujourd'hui sur une vision dualiste de la notion de personne⁸⁷⁶. Il existe, selon les auteurs, d'un côté, la personne juridique et formelle, qui se caractérise uniquement par son aptitude à être sujet de droit (1.), de l'autre la personne humaine et réelle, saisie

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁷⁵ Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain), *op. cit.*, p. 413.

⁸⁷⁶ G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 26 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, p. 14.

« concrètement, corps et âme »⁸⁷⁷ par le droit, avec qui l'on peut dîner, et qui se caractérise par le régime de protection particulier que l'on lui reconnaît, mais qui est une chose (2.).

1. — La personne juridique, personne sujet de droit

280. — Au sens strict, la personnalité juridique n'est rien de plus que « l'aptitude à devenir sujet de droit »⁸⁷⁸. Rappelons-nous, le droit subjectif suppose, par principe, un rapport d'obligation entre deux personnes. D'une part, le créancier de l'obligation est titulaire du droit, il est celui à qui l'on doit l'objet du droit : il s'agit du sujet actif. D'autre part, le débiteur de l'obligation est titulaire d'une dette, il est celui qui doit l'objet du droit : il s'agit du sujet passif. Lorsque le sujet passif doit une obligation de faire ou de donner, c'est-à-dire, une action positive qu'il doit réaliser, on dit que c'est le sujet passif qui doit le service : il s'agit d'un droit personnel. Lorsque le sujet passif doit une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire, de laisser le sujet actif jouir d'une chose, on dit que c'est la chose qui rend le service : il s'agit d'un droit réel.

Longtemps durant, la doctrine de droit civil a considéré que le droit réel consistait en un rapport direct entre le titulaire du droit et la chose, en somme, que c'est la chose objet du droit qui en est le sujet passif. Mais ils se sont finalement laissé convertir par les personalistes, qui, mettant en évidence l'obligation passive universelle, révèle le sujet passif, qui est une personne ou un ensemble de personnes⁸⁷⁹.

281. — C'est dans ce cadre que se révèle la personnalité juridique. Pour Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, elle « n'est pas un droit ni une obligation mais une aptitude à en être sujet actif ou passif »⁸⁸⁰.

Sujet actif, d'une part, dès lors que la personnalité juridique représente l'aptitude à être titulaire de droits. Ces deux auteurs écrivent « être apte à avoir des biens »⁸⁸¹, mais pour bien

⁸⁷⁷ G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 26.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 26 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, p. 13 : « La personne juridique, c'est le sujet de droit ».

⁸⁷⁹ Cf. Partie n° 1, Titre n° 1, Chapitre n° 2, Section n° 1.

⁸⁸⁰ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 113.

le comprendre, il convient de ne pas oublier quelle est la conception particulière qu'ils donnent de la notion de « bien ». Défini comme « toute entité identifiable et isolable pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité »⁸⁸², le « bien » selon ces auteurs prend une acception très large, proche de la notion de « chose » dont nous nous sommes efforcés de saisir le contenu, plus tôt dans ce travail⁸⁸³. Il englobe toutes les choses corporelles, les choses intellectuelles et les choses incorporels, droits réels et droits personnels. Il n'est donc pas étonnant que pour ces auteurs, l'aptitude à être sujet actif de droits se résume en réalité à l'aptitude à être propriétaire. « Avoir des biens, des droits et des actions, écrivent-ils, ce n'est rien d'autre qu'être apte à la propriété. Telle est la condition première de la participation au commerce juridique »⁸⁸⁴.

Sujet passif, d'autre part, dès lors que la personnalité juridique représente l'aptitude à l'engagement, c'est-à-dire, à devenir le débiteur d'une obligation, qu'elle soit réelle ou personnelle. L'aptitude à être sujet passif d'un droit est tout aussi intimement lié à la propriété que l'aptitude à en être le sujet actif, parce que celui qui s'oblige oblige en réalité ses biens. En effet, d'une part, le débiteur d'une obligation, qu'elle soit réelle ou personnelle, grève son patrimoine d'un droit qu'il constitue au profit du sujet actif. La seule différence réside dans le fait que le débiteur réel n'engage qu'un bien particulier, quand le débiteur personnel engage son patrimoine en entier, par le droit de gage général⁸⁸⁵. « En cela, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, l'aptitude à avoir des obligations apparaît comme un prolongement de l'aptitude à avoir des biens ».

282. — Ainsi, il nous apparaît clair que la personne juridique, c'est-à-dire, ce qui, dans une personne, la rend apte à générer des rapports d'exclusivité et disposer de choses, ainsi qu'à les engager, généralement ou particulièrement, constitue une notion fondamentale du droit, différente de la notion de chose. Il convient, en effet, de distinguer et d'opposer,

⁸⁸² *Ibid.*, p. 21.

⁸⁸³ Cf. *infra*, Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 1, Section n° 2, §1.

⁸⁸⁴ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes, op. cit.*, p. 114.

⁸⁸⁵ Article 2285 du code civil : « Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

radicalement, les personnes juridiques, qui sont sujet de droit et les choses juridiques, qui sont objet de droit.

Une chose ne saurait être une personne et, donc, un sujet de droit. Si l'on a pu croire pendant un temps que, dans le droit réel, la chose était le sujet passif du droit, que c'était elle qui était débiteur de l'obligation, dans le cadre d'un rapport prétendument immédiat entre le titulaire du droit, sujet actif et la chose, les auteurs personnalistes, depuis Marcel Planiol, ont bien mis en évidence qu'il ne s'agissait là que d'un abus de langage⁸⁸⁶. Non seulement, dans le cadre d'un droit constitué sur la chose d'autrui, il apparaît clairement que c'est le propriétaire de la chose, débiteur de l'obligation réelle corrélée au droit qu'il a consenti à autrui, qui est le sujet passif du droit et non pas la chose. Mais l'obligation passive universelle rappelle que ce sont les individus, négativement définis, qui sont les débiteurs passifs d'un rapport d'exclusivité plus général. Il n'y a donc pas d'exception possible à ce principe, connu depuis Kant, au moins « [qu']il est absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses et réciproquement, quoiqu'il soit très permis de le rendre sensible par cette image le rapport juridique et de s'exprimer ainsi »⁸⁸⁷.

Une personne ne saurait être une chose et, donc, un objet de droit. La conception de la personne juridique ici retenue pourra apparaître stricte : elle se limite à la seule aptitude à être sujet de droit. Compte tenu de ce que tout ce qui n'est pas une personne est une chose et de la définition extrêmement large que nous avons retenue de cette seconde notion, il est légitime de s'interroger sur le point de savoir si véritablement tout, dans l'ensemble que constitue une personne et qui n'est pas la personnalité juridique, est une chose, objet de droit. Il apparaît que ce soit c'est le cas.

⁸⁸⁶ Cf. Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 2, Section n° 1.

⁸⁸⁷ E. KANT, *Métaphysique du droit*, cité par R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 414.

2. — La personne humaine, chose objet de droit

283. — Affirmer que la personne humaine est une chose objet de droit peut apparaître subversif, précisément parce que la notion de personne a été aussi radicalement distinguée de celle de chose. À cela, deux raisons.

La première est que la personne humaine pourrait être confondue avec la personne juridique qui n'est pas une personne morale. « Personne humaine, écrit Aude Bertrand-Mirkovic, n'est pas une sous-partie de la catégorie personne juridique, qui aurait pour fonction de désigner la personne juridique qui est aussi un être humain, par opposition à la personne juridique personne morale »⁸⁸⁸. Comme le rappelle l'auteur, c'est au terme de « personne physique » que l'on doit se référer pour désigner cette catégorie juridique⁸⁸⁹.

La seconde est que la personne humaine a acquis, depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale, un statut très particulier ; les atrocités y ayant eu cours ont conduit à devoir renforcer sa protection. On la retrouve dès 1945, dans la Charte des Nations unies, dont le préambule rappelle que « nous, peuples des Nations unies » sommes « résolus à proclamer à nouveau notre foi (...) dans la dignité et la valeur de la personne humaine (...) »⁸⁹⁰, foi réitérée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, dont le préambule rappelle que « Les États parties au présent Pacte, (...) » reconnaissent que les droits fondamentaux « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine »⁸⁹¹. Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne la mentionne pas explicitement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme l'a déduite de l'article 3 de la Convention, contre les traitements inhumains et dégradants. En droit interne, les célèbres décisions *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence* sont venues faire de la dignité de la personne humaine un élément de l'ordre public⁸⁹².

⁸⁸⁸ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, préf. F. TERRÉ, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 17.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, n° 17.

⁸⁹⁰ Préambule de la *Charte des Nations unies* du 24 octobre 1945.

⁸⁹¹ Préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

⁸⁹² Cons. d'État, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, req. n° 136 727.

Aujourd'hui, dans notre droit positif, l'exclusion de la personne humaine des choses est inscrite jusque dans les dispositions du code pénal relatives à l'esclavage. Aussi, dans une rédaction spectaculairement liée au droit des biens, l'article 224-1 A du code pénal dispose que « la réduction en esclavage est le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété ».

284. — Les débats relatifs au statut juridique de la nature et de ses composantes illustrent ce propos. En effet, la doctrine et le droit positif s'interrogent régulièrement sur la possibilité de considérer ces éléments comme des personnes, cependant qu'ils sont habituellement traités comme des choses. L'étude de ces controverses nous montre que les tentatives de considérer des choses comme des personnes juridiques aboutit toujours à une aporie (a.). Seules parviennent à intégrer le droit positif les éléments qui visent à rapprocher certaines choses naturelles des personnes humaines, c'est-à-dire, de leur offrir un régime plus protecteur, fondé sur la dignité, tout maintenant leur qualité de chose, objet de droit (b.).

a. — L'échec des rapprochements entre chose et personne juridique

285. — La volonté de rapprocher la nature de la personne juridique, c'est-à-dire de lui confier le statut de sujet de droit peut se faire, soit pour lui conférer le statut de débiteur d'une obligation, soit celui de créancier.

286. — La volonté de personnaliser des choses pour leur donner le statut de sujet de droit dans un but de responsabilisation, en somme, pour leur donner un statut de sujet passif, de débiteur d'un droit, est relativement rare, mais n'est pas inexistant. Les procès d'animaux, existant au moyen-âge, avaient cette vocation et en sont un bon exemple. Ces affaires donnaient lieu à deux types de procès.

Les premiers avaient lieu devant les juridictions ordinaires, « si l'animal, auteur d'un délit – tel par exemple qu'un porc, une truie, un bœuf – peut être saisi, appréhendé au corps »⁸⁹³.

⁸⁹³ É. AGNEL, *Curiosités judiciaires et historiques du moyen-âge. Procès contre les animaux*, Paris, J.-B. Dumoulin, 1858, p. 6.

Dans ces cas, qui concernent beaucoup des porcs qui « dévoraient des enfants »⁸⁹⁴, l'animal était personifié, traduit lors d'un procès, comme une véritable personne. Et il est dit que pour l'exécution de la sentence, « quelque fois, l'animal paraissait habillé en homme »⁸⁹⁵. Ces procès, qui étaient condamnés par les juristes de l'époque, comme Philippe de Beaumanoir⁸⁹⁶, ont perduré jusqu'à la seconde moitié du XVI^{ème} siècle, avant d'être abandonnés pour revenir « en condamnant à une amende et à des dommages-intérêts le propriétaire de l'animal nuisible. On ne faisait plus le procès de la bête malfaisante, on ordonnait purement et simplement qu'elle fût assomée »⁸⁹⁷.

Les seconds procès avaient lieu devant les juridictions ecclésiastiques et concernaient les animaux « sur lesquels on ne peut mettre la main, tels que des insectes ou d'autres bêtes nuisibles à la terre »⁸⁹⁸. Consulté à cette fin, le juriste du XVI^{ème} siècle Barthélémy de Chasseneuz affirme que les dommages aux cultures que les insectes causent constituent un délit au regard du droit canon, « puisque le peuple en reçoit des scandales, étant privé de boire du vin, qui d'après David, réjouit le cœur de Dieu et celui de l'homme, et dont l'excellence est démontrée par les dispositions du droit canon, portant défense de promouvoir aux ordres sacrés celui qui n'aime pas le vin »⁸⁹⁹. Il soutient, également, que les insectes peuvent être cités en justice, que, comme tout délinquant, il « doit être cité personnellement »⁹⁰⁰ et que ces animaux « peuvent être excommuniés et maudits »⁹⁰¹.

Aujourd'hui, les tentatives de personnifier les animaux à des fins d'engager leur responsabilité n'existent guère. L'article 1243 du code civil dispose que « le propriétaire d'un

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 6. L'auteur évoque rapidement les motifs qui convainquent le clergé de s'adonner à ce genre de pratiques, « par l'influence qu'il exerçait sur l'esprit timide et crédule des populations alors ignorantes et superstitieuses », ainsi que « par le résultat pécuniaire, qui était toujours le but occulte de ses persévérants efforts » (*ibid.*, p. 32).

⁸⁹⁹ B. de CHASSENEUZ, cité par *ibid.*, p. 24.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 25.

animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé ».

287. — La volonté de personnaliser des choses pour leur donner le statut de sujet de droit dans un but de protection, c'est-à-dire, pour en faire des sujets actifs, ou des créanciers de droit, existe encore, en dépit des nombreuses difficultés que cela pose. « Face au constat de la destruction de la nature-objet, écrit Meryem Deffairi, une partie restreinte de la doctrine s'est penchée sur l'étude de l'impact de la reconnaissance de la qualité de sujet de droit à la nature, eu égard, notamment, à la possibilité de lui attribuer des droits, globalement et/ou à travers ses composantes »⁹⁰².

Cette volonté a été critiquée à divers titres.

Philosophiquement, d'abord, l'idée d'un « contrat naturel », proposé par Michel Serres, qui voit dans la relation des navigateurs avec la mer⁹⁰³ ou dans celle des pitonneurs avec la montagne⁹⁰⁴ une convention passée entre l'homme et la nature a été critiquée par Alain Roger, pour la faible part que le droit tient, dans cette volonté d'élever la nature au rang d'entité capable de contracter avec l'Homme. Force est de constater, avec l'auteur, que « les concepts juridiques se diluent dans le pathos métaphorique »⁹⁰⁵.

Techniquement, surtout, dès lors que des juristes ont déjà ambitionné de rapprocher la nature de la personnalité juridique. C'est le cas, notamment, de Marie-Angèle Hermitte, qui estime qu'il n'est pas possible de protéger la nature dans le cadre d'un rapport sujet-objet entre l'homme et la nature et pour qui, seule l'élévation de la nature au rang de sujet pourrait apporter quelque chose, et propose « une rupture franche avec la tradition (...) en faisant de la diversité biologique, concept scientifique, le sujet d'un droit »⁹⁰⁶. Il s'agit, pour les auteurs

⁹⁰² M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, op. cit., p. 534.

⁹⁰³ M. SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, coll. « Champs. Essais », 2020, p. 72.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 163.

⁹⁰⁵ A. ROGER, « Maîtres et protecteur de la nature. Contribution à la critique d'un prétendu "contrat naturel" », in A. ROGER, F. GUÉRY (dir.), *Maîtres et protecteurs de la nature*, Seyssel, Champ Vallon, coll. « Millieux », 1991, p. 7.

⁹⁰⁶ M.-A. HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature » in B. EDELMAN, M.-A. HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, C. Bourgeois, 1988, p. 254. V.,

qui sont partisans de cette approche, de soustraire la nature à la sphère marchande. Comme l'indique Meryem Deffairi, « l'étude des manifestations de la patrimonialisation en droit de l'environnement nous enseigne effectivement que la qualité de chose/bien est très certainement un des facteurs, voire la condition/cause principale, de la soumission croissante des choses de la nature au monde de l'échange, à la sphère de "l'avoir" »⁹⁰⁷. L'élévation de la nature au rang de personne place ses intérêts à jeu égal avec ceux des personnes.

Toutefois, ces tentatives s'avèrent, sinon vouées à l'échec, au moins sans intérêt, dès lors que les mêmes résultats peuvent être atteints par d'autres biais que la personnalisation de la nature. L'argument décisif est ici que la nature n'a pas de volonté suffisamment autonome pour ne pas pouvoir se passer de la médiation de l'homme. « La volonté de dissocier la défense de la nature du "bon vouloir de l'homme" est artificielle dans la mesure où, en fait et en droit, ce ne sont jamais que des êtres humains qui, individuellement ou collectivement, représentent les intérêts de la nature »⁹⁰⁸.

Il résulte de ce qui précède que l'attribution de la personnalité juridique à des choses n'est pas possible, elle n'est qu'une manière différente de soumettre des choses à des personnes.

b. — Le succès des rapprochements entre chose et personne humaine

288. — En revanche, lorsqu'il s'agit de rapprocher des choses de la personne humaine, c'est-à-dire, non pas d'une personne au sens strict du terme, mais d'une chose disposant d'un statut particulier, alors les analogies deviennent possibles.

289. — Dans la *summa divisio* des personnes et des choses, l'animal est historiquement classé parmi les choses. L'animal sauvage est une chose sans maître⁹⁰⁹, susceptible d'appropriation. Et lorsqu'il est approprié, l'animal était, dans un passé récent, classé parmi

également, « Pour un statut juridique de la diversité biologique », RFAP janv.-mars 1990, n° 53, p. 35 ; « Le droit et la vision biologique du monde », in *Maîtres et protecteurs de la nature*, dir. A. ROGER, F. GUÉRY, Seyssel, Champ Vallon, coll. « Millieux », 1991, p. 7.

⁹⁰⁷ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, op. cit., p. 537.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 539.

⁹⁰⁹ S. ANTOINE, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, 10 mai 2005, p. 23 ; F. BURGAT, « Res nullius, l'animal est objet d'appropriation », *APD* 1993, p. 286.

les biens meubles, par l'article 528 du code civil, qui dispose que « sont meubles par nature les animaux »⁹¹⁰. Le particularisme de l'animal, dans l'univers de la patrimonialité, n'est pas nouveau. Charles Demolombe écrivait déjà : « les meubles vifs et les meubles morts, différence naturelle »⁹¹¹. Toutefois, « les premières manifestations de la prise en compte de l'animal comme être vivant, nous rappelle Meryem Deffairi, résultent de la pénalisation des actes de cruauté commis par les autres humains sur les animaux »⁹¹². Depuis quelques décennies, toutefois, le statut juridique de l'animal évolue dans le sens d'une plus grande protection. À cette fin, deux orientations ont été prises : la première, touchant à sa qualification, vise à le retirer de la catégorie des biens ; la seconde, touchant à son régime, vise à limiter les pouvoirs de ceux qui les détiennent.

Concernant la qualification juridique de l'animal, l'article 9 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, aujourd'hui codifié à l'article L. 214-1 du code rural et de la pêche maritime, dispose que « tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs de son espèce ». Cette disposition montre que l'on ajoute un statut – celui d'être sensible – à celui d'un autre – celui de chose susceptible d'appropriation –, l'animal disposant toujours d'un « propriétaire ». La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 donne le sentiment d'aller plus loin, puisqu'elle exclut les animaux de leur qualification de chose susceptible d'appropriation. Toutefois il n'en est rien, puisqu'en pratique, ils demeurent soumis au régime de la propriété. Ainsi, l'article 515-14 du code civil dispose-t-il désormais, de manière générale : « les animaux sont des être vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ». Par exception l'article 524 du même code dispose, pour le cas particulier des animaux que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, qu'ils « sont soumis au régime des immeubles par destination ».

⁹¹⁰ Article 528 du code civil, dans sa rédaction issue de l'article 25 de la loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux.

⁹¹¹ C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des bien*, cité par F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 33.

⁹¹² M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 549.

Concernant son régime, le décret n° 59-1051 du 7 septembre 1959 réprimant les mauvais traitements exercés envers les animaux abroge la loi Grammond, qui ne punissait que les actes publics de maltraitance, protégeant donc plus la sensibilité des éventuels spectateurs que le bien être de l'animal. La loi n°63-1143 du 19 novembre 1963 relative à la protection des animaux a créé, dans la foulée, le délit d'acte de cruauté envers un animal. Les dispositions pénales relatives aux animaux sont aujourd'hui codifiées aux articles 521-1 et 521-2 du code pénal et répriment « le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité ».

290. — On le voit donc, à ce jour, la protection animale ne l'a pas extrait de son statut de chose. S'il n'est plus identifié comme un bien, il est toujours soumis au régime du droit de propriété et les éléments de protection de son régime ne font pas obstacle à son existence et à sa circulation dans le commerce juridique. Une partie de la doctrine souhaiterait toutefois aller plus loin, et sauter le pas de la personnification de l'animal. Aller au-delà, en somme de cette situation qui aboutit en définitive, à faire de l'animal un bien spécial, doté d'un statut particulier de protection qui le rapproche de la personne humaine. Qu'on le comprenne bien, il ne s'agit pas pour cette doctrine, d'accroître ce qui se fait déjà en termes de protection de la dignité animale, mais de lui donner la pleine personnalité juridique. Or, cela est strictement impossible.

La situation de l'animal, à mi-chemin entre chose et personne, semble, pour toute une partie de la doctrine, intenable et doit basculer dans le champ de la personnalité. « Sur le plan qui nous paraît s'imposer, écrit Suzanne Antoine, qui est celui des valeurs morales, c'est incontestablement la valeur intrinsèque de l'animal qui doit prédominer sur la valeur purement patrimoniale »⁹¹³. Pour les tenants de cette position, l'adjonction d'un statut proche de la personne humaine à l'animal n'est pas suffisante et, à la manière de vases

⁹¹³ S. ANTOINE, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, *op. cit.*, p. 41.

communicants, ce processus doit aboutir à ce que Meryem Deffairi qualifie de « déréification du statut de l'animal »⁹¹⁴, qui « n'est plus assimilable à une chose appropriée »⁹¹⁵.

Les propositions vont de la simple création d'un statut de bénéficiaire de droits »⁹¹⁶ à la personnification pure et simple. J.-P. Marguénaud propose, pour cela, de confier une forme de personnalité morale à l'animal, afin qu'il devienne un véritable sujet de droit, qui pourrait éventuellement disposer d'un patrimoine et hériter⁹¹⁷, voire même d'ester en justice⁹¹⁸.

Si les arguments pour une personnification de l'animal sont souvent moraux, les arguments qui s'y opposent sont plutôt techniques. Comme le rappelle Meryem Deffairi, l'argument force contre cette personnification demeure l'absence de volonté autonome, ce qui rend peu convaincant les raisons pour lesquelles on pourrait vouloir qu'il accède au commerce juridique en devenant sujet de droit⁹¹⁹. Comme l'indique Thierry Revet, « l'absence ontologique d'aptitude des animaux à l'autonomie juridique, et son inutilité pour leur protection, font des choses et des biens le cadre indépassable de leur appréhension par le droit »⁹²⁰.

291. — En conséquence, l'évolution du statut de la nature est une autre preuve de la pertinence de la dignité comme fondement de la protection du vivant, qu'il s'agisse de la personne humaine, de l'animal ou de certaines flores. En permettant de recouvrir le voile de la propriété, ou de l'exercice d'autres pouvoirs juridiques sur ces éléments du réel, d'un statut protégeant leur dignité qui soit efficace, l'on peut affirmer avec d'autant plus de vigueur leur statut de chose. Le principe, le champ et l'étendue de cette protection relèvent, en définitive,

⁹¹⁴ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, op. cit., p. 554.

⁹¹⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Recueil Dalloz*, 1998, chron., p. 209.

⁹¹⁶ A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *Recueil Dalloz* 1990, p. 33.

⁹¹⁷ A.-L. NACHBAUM, « Animal et décès », in Y. STRICKLER (dir.) *L'animal – propriété, responsabilité, protection*, Strasbourg, PUS, 2010, p. 29 ; É. BUAT-MÉNARD, « La place de l'animal dans la succession » *AJ Famille* 2012, p. 80.

⁹¹⁸ M.-A. HERMITTE, « Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes », *Le Débat* janvier-février 2000, n° 108, p. 174.

⁹¹⁹ T. REVET, « La loi n° 99-5 du 5 janvier 1999, relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux », *RTD Civ.* 2001, p. 479.

⁹²⁰ *Ibid.*

de réponses à des questions d'ordre moral. Mais, techniquement, elle n'est limitée que par l'imagination du juriste.

B. — La séparation entre les choses et les pouvoirs juridiques

292. — Si une personne juridique, parce qu'elle est sujet, actif ou passif, d'un droit, ne peut par conséquent être considérée comme étant une chose, le rapport qui permet de rattacher une chose à une personne juridique ne l'est pas non plus. Cette affirmation a déjà été formulée et analysée par la doctrine de droit civil pour ce qui concerne le droit de propriété, qui est l'archétype du pouvoir juridique. « Malgré qu'elle soit couramment présentée comme telle, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, il n'est guère concevable que la propriété soit un bien, car il serait tautologique et absurde de s'approprier le rapport d'appropriation. Le droit de propriété ne peut être un bien parce qu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens. Ce sont les objets de propriété qui sont des biens, non pas la propriété elle-même »⁹²¹.

Ainsi donc, la nature juridique du droit de propriété est radicalement différente de celle des autres droits, réels comme personnels. Leur assimilation, particulièrement avec la théorie du démembrement du droit de propriété qui consacre les droits réels comme des parties du droit de propriété, dont ils partageraient la nature, est donc réfutée. C'est ce qu'affirme également Julien Laurent, lorsqu'il rappelle que, contrairement aux autres droits, l'objet du droit de propriété « n'est pas de permettre la fourniture d'un service, mais d'assurer une relation d'exclusivité entre une chose et une personne ; il est donc étranger à toute relation interpersonnelle »⁹²².

293. — Pour autant, ces auteurs réservent parfois la notion de propriété, pour désigner un rapport d'appropriation, aux seuls biens corporels et aux biens intellectuelles (c'est-à-dire, les œuvres de l'esprit). Pour les biens juridiques (c'est-à-dire les droits réels et personnels), ils préféreront reprendre, même s'ils n'y attachent guère de conséquences, le terme, opérationnel, de titularité. « Ce que la loi, la doctrine et la jurisprudence désignent,

⁹²¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 21.

⁹²² J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. REVET, *op. cit.*, p. 176.

timidement, par « titularité » n'est autre qu'un rapport de propriété. Une contre-épreuve en est fournie par le fait que les (rares) tentatives de définition de la titularité se ramènent toutes, peu ou prou, à la propriété (l'appartenance) »⁹²³. Julien Laurent analyse en détail cette notion de titularité⁹²⁴ et démontre suffisamment que celle-ci n'est qu'un « faux-nez » de la propriété, cette dernière notion étant seule capable de véritablement expliquer le lien qui unit le sujet actif d'un droit sur une chose et la chose elle-même.

Il est vrai que, du point de vue de la structure, la titularité des droits subjectifs et la propriété des biens – parmi lesquels on décide de ranger les droits réels, qui sont des biens juridiques –, présente, dans l'analyse qu'en fait historiquement la doctrine, de grandes similitudes.

Aussi bien dans la théorie des droits réels que dans celle des droits subjectifs, l'aspect externe des droits a été longtemps négligé. Lorsque la première se concentrait sur l'idée d'une propriété où « le contact est immédiat entre la personne et la chose »⁹²⁵, la seconde insistait sur le « domaine de la volonté libre »⁹²⁶. Il fallut attendre Marcel Planiol d'un côté, et Rudolf von Jhering de l'autre pour que ces aspects soient développés.

S'agissant du droit subjectif, Jhering fait de la protection juridique des intérêts un des deux aspects essentiels de sa théorie des droits subjectifs. Pour lui, le droit est « la sécurité juridique de la jouissance »⁹²⁷. Il ressort très nettement de cette idée que le titulaire d'un droit subjectif a droit à ne pas être troublé dans la jouissance de son droit. Autrement dit, nous pouvons voir dans cette protection juridique l'aspect externe du droit subjectif, son opposabilité, son exclusivité. Jean Dabin a placé l'appartenance au cœur de sa théorie. Elle est le premier et le plus fondamental des éléments de la théorie. « Tout droit subjectif

⁹²³ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, p. 22.

⁹²⁴ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. REVET, *op. cit.*, pp. 107 et suiv.

⁹²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens ; Les obligations*, Paris, PUF, coll. « Quadrige – Manuels », 2004, p. 1581.

⁹²⁶ F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 1, trad. Ch. GUENOUX, Paris, Firmin Didot Frères, 1855, n° 53, p. 324.

⁹²⁷ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, 2^e édition, vol. IV trad. O. DE MEULENAERE, Paris, A. Maresque, 1880, p. 339.

suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance, d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est sien »⁹²⁸. Cette appartenance est, de l'aveu explicite de son auteur, une sorte d'exclusivité, d'altérité : « Une chose n'est sienne, directement ou indirectement (par l'intermédiaire d'un débiteur), qu'en tant qu'elle n'est pas à autrui ; une maîtrise n'existe qu'autant qu'on est le seul maître : la référence à autrui est tangible, manifeste dans la formule même »⁹²⁹. Enfin, Paul Roubier reprend à son compte l'idée de protection juridique de Jhering en affirmant que le titulaire d'un droit subjectif « a sans autre difficulté droit à la protection judiciaire ; en d'autres termes toutes les fois qu'on a un droit de cette sorte, on a aussi une action en justice qui vient le garantir »⁹³⁰. C'est que pour Roubier, le droit subjectif est approprié à la manière d'un bien⁹³¹. Cette idée d'appropriation, de même que l'idée explicite d'un droit à une protection portent en eux l'idée d'exclusivité.

S'agissant du droit de propriété, Marcel Planiol et ses élèves ont développé l'idée d'obligation passivement universelle pour démontrer que les droits réels, parmi lesquels se trouvent la propriété, ne sont rien de plus qu'« un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs »⁹³². Samuel Ginossar place, l'appartenance au centre de sa conception de la propriété. Refusant de voir la propriété comme étant un pouvoir sur la chose⁹³³, il en déduit qu'elle « n'est donc autre chose que la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne »⁹³⁴. Jamais la distinction entre propriété et droit subjectif n'a été aussi tenue. En effet,

⁹²⁸ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 80.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 95.

⁹³⁰ P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *APD* 1960, t. 5, *La théologie chrétienne et le droit*, p. 60.

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, 5^e édition, Paris, LGDJ, 1908, p. 686 ; il soutient cette idée dans son traité dès 1896.

⁹³³ « Après notre analyse, il faut bien reconnaître que ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété » (S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Elaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, p. 31)

⁹³⁴ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Elaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, *op. cit.*, p. 33 ; il cite d'ailleurs Pothier qui étendait cette définition au droit réel qui, selon lui, constitue « un droit dans une chose, par lequel elle nous appartient, du moins à certains égards » (J. POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, n° 1, Œuvres, éd. Bugnet, 3^e édition, t. 9, p. 101).

cette conception de la propriété est exactement la même que celle que Dabin présente pour sa conception du droit subjectif. C'est à Frédéric Zenati-Castaing que revient d'avoir sauté le pas et assimilé le droit subjectif au droit de propriété. « Seule la propriété, qui est nulle part définie comme un bien ou un droit réel, est un droit à caractère subjectif, et pour cause, elle est le rapport de subjectivité même, celui par lequel le sujet peut dire d'un objet, juridique ou matériel, qu'il est sien »⁹³⁵. Or, ce rapport de subjectivité implique l'exclusivité. « La propriété fait qu'un bien se trouve sous le pouvoir d'une personne déterminée et échappe au pouvoir de toute autre personne. Sous cet aspect, elle doit davantage être analysée comme un rapport entre sujets qu'un rapport entre une personne et une chose »⁹³⁶.

294. — Titularité des droits et propriété sont donc les deux mêmes mécaniques, qui permettent le rattachement d'une chose, parmi lesquels on trouve les choses juridiques que sont les droits subjectifs, qu'ils soient des réels ou personnels, ou, comme nous le montrerons, qu'ils soient des droits publics subjectifs ou des droits privés subjectifs. En toute hypothèse, ce rapport de titularité est différent de ces choses, et ne sauraient constituer une fraction du patrimoine.

Conclusion du chapitre n° 5

295. — À l'issue de ce chapitre, nous avons progressé dans l'élaboration de notions fondamentales du droit des biens. Cet exercice permettra d'évaluer si les arguments qui excluent radicalement les dispositifs juridiques relevant de la puissance publique de ceux relevant de régimes juridiques proches du droit des biens sont techniques ou idéologiques. En effet, si nous dépouillons le droit des biens de ses éléments techniques superfétatoires, dans le sens où ils ne relèvent pas de leur mécanique fondamentale, mais de nécessités opérationnelles liées à leur utilisation à une fin particulière, les arguments techniques ne pourront plus être opposés à une tentative de rapprochement entre ce qui relève de l'*imperium* et du *dominium*.

⁹³⁵ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., pp. 778-779.

⁹³⁶ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 315.

CHAPITRE N° 2. — LES RAPPORTS JURIDIQUES FONDAMENTAUX DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS

296. — Les personnes juridiques et les choses sont les éléments fondamentaux du droit des biens et, donc, du droit administratif des biens. Toute catégorie tierce étant exclue, ils en forment, de façon exhaustive, la substance juridique. Il manque toutefois un autre de ces éléments fondamentaux pour donner vie au commerce juridique et il s'agit de ce qui assure le lien entre les personnes juridiques, sujets actifs ou passifs des droits, et les choses, objets des droits : les rapports juridiques.

Les rapports juridiques entre les personnes juridiques et les choses, en droit administratif des biens, bien qu'ils soient présentés comme des notions fondamentales agencées en théorie – la théorie de la propriété publique –, sont en réalité importés de la théorie civile du droit de propriété et des droits patrimoniaux, avec toutes les limites que cela implique. Les impensés de cette doctrine ont été mis au jour par une doctrine minoritaire, menées, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, par quelques auteurs, de Maurice Planiol à Frédéric Zenati-Castaing, en passant par Samuel Ginossar.

De la même manière, ce chapitre est l'occasion, à partir des propositions formulées par les auteurs néopersonnalistes, de compléter une définition des notions fondamentales du droit administratif des biens. De la même manière, donc, il s'agit ici de dévoiler une analyse critique de la théorie du droit de propriété et des droits patrimoniaux, telle qu'elle est formulée dans les auteurs du droit civil (**Section n° 1**) avant de tenter la démonstration que la solution qu'ils promeuvent est transposable, en droit administratif (**Section n° 2**).

Section n° 1. — Les insuffisances de la notion de rapport juridique fondée sur la théorie des droits patrimoniaux du droit civil des biens

297. — Les axiomes fondamentaux du droit des biens émergent, nous l'avons montré, à partir du droit savant médiéval. Mais ils se forment en une théorie rationnelle à partir du XIX^{ème} siècle. C'est ce droit civil des biens, qui, au tournant du Siècle, servira de terreau à la construction, du droit administratif des biens, dont nous verrons, dans la seconde section de ce chapitre, qu'il importera une grande partie de ces théories.

Les notions fondamentales de la théorie des biens ont été l'objet, en droit civil et tout au long du XX^{ème} siècle, de vigoureuses controverses, les lacunes de la construction classique du système des droits patrimoniaux n'ayant pas manqué d'être l'objet de toutes les dénonciations. Loin d'ébranler l'édifice, ces critiques ont, au contraire, contribué à donner encore plus de force à un système dont on ne cesse, pourtant, de remarquer l'imperfection. C'est, d'ailleurs, avec une hébétude désabusée qu'il est de bon ton, avant d'entamer quelque étude sur la classification des droits privés, de s'indigner devant la fidélité de la doctrine face au changement et, *a fortiori*, de la vanité de l'entreprise⁹³⁷. Malgré cela, le débat reste vif et atteint un niveau de sophistication tel que la simple volonté de dresser un récapitulatif des différents courants de pensée requiert déjà un parti pris. En effet, les tenants de la doctrine classique considèrent généralement que le système des droits patrimoniaux a subi deux grandes séries de critiques : d'une part, celle des personalistes, guidés par Ernest Roguin et Marcel Planiol et, d'autre part, celle de Samuel Ginossar, continuée par Frédéric Zenati-Castaing. Ces derniers tendent toutefois à relativiser les critiques personalistes en les intégrant comme faisant partie, à part entière, du système classique. Selon Samuel Ginossar, en effet, « que l'on reste fidèle au pur classicisme, ou qu'on lui préfère la théorie moderne, ou encore qu'on imagine quelque doctrine hybride où se mêlent les deux tendances opposées, on ne parviendra ni à dénouer le nœud gordien, ni même à le trancher »⁹³⁸. Frédéric Zenati-Castaing fait le même constat : « cette école [personaliste], dans la mesure où elle conserve la distinction des droits réels et personnels, n'est pas aussi hérétique qu'on le dit ; elle n'est en réalité qu'un miroir déformant de la doctrine classique. Elle lui renvoie une image certes caricaturée, mais fidèle »⁹³⁹.

C'est cette deuxième posture que nous choisirons dans la présente étude, parce qu'elle nous paraît être la plus cohérente pour deux raisons. La première raison est que la théorie

⁹³⁷ Sans pour autant s'en sentir découragé. V. M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. Crit.* 1931, p. 539 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, *op. cit.*, p. 2.

⁹³⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁹³⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 88.

des droits repose sur « un des principes les plus fermes de notre technique juridique »⁹⁴⁰ : la distinction entre les droits réels et les droits personnels dont il nous semble que la remise en cause par les personalistes n'est pas de même nature que celle de Samuel Ginossar et Frédéric Zenati-Castaing. En effet, alors que les premiers critiquent cette distinction, ils ne remettent pas sa pertinence en question ; tandis que les seconds lui préfèrent une distinction entre les droits absolus et les droits relatifs, fondée sur d'autres critères. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par l'attitude de la doctrine classique vis-à-vis de ces différentes critiques. Alors qu'ils tenteront à tout prix d'intégrer les idées personalistes pour en minimiser la portée, ils rejeteront complètement celles de Samuel Ginossar et Frédéric Zenati-Castaing. La seconde raison est que, de la même manière, et conséquemment, le droit de propriété a un rôle fondamentalement différent dans les doctrines classiques et personalistes et dans la doctrine de Samuel Ginossar et Frédéric Zenati-Castaing. Alors que pour les premiers elle est le plus complet des droits réels, pour les seconds, elle transcende les catégories de droit réel et de droits personnel. Une différence plus profonde, que nous ne manquerons pas de relever et d'étayer, naîtra à cette occasion entre Samuel Ginossar, pour qui la propriété est une notion de précompréhension des droits patrimoniaux, et Frédéric Zenati-Castaing, pour qui la propriété se confond avec la notion de droit subjectif.

298. — Il n'est, *a priori*, pas possible de concevoir un élément du système des droits patrimoniaux indépendamment des autres, tant les notions sont enchevêtrées entre elles. Toutefois, le droit de propriété se singularise en ce qu'il est « le premier et le plus complet »⁹⁴¹ des droits réels, celui à partir duquel sont définis tous les autres droits réels⁹⁴². Ainsi, comprendre la propriété considérée comme le plus complet des droits réels suppose de se faire une idée des évolutions que les notions de droit réel et de droit personnel ont connues

⁹⁴⁰ H. CAPITANT, « Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue », *RTD Civ.* 1911, p. 729.

⁹⁴¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon : Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 1, *op. cit.*, p. 352.

⁹⁴² « Du droit direct sur la chose, au pouvoir d'utilisation matérielle de celle-ci, en passant par le droit à un sujet passif indéterminé des personalistes, toutes les définitions qui ont été données du droit réel ont été élaborées à partir... de la propriété, unanimement considérée comme le paradigme du droit réel » (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 85).

il y a plus d'un siècle (§1.) pour en déduire ensuite les conséquences qui s'attachent au droit de propriété lui-même (§2.).

§1. — La théorie des droits patrimoniaux : cadre conceptuel du droit civil des biens

299. — Les droits patrimoniaux sont classiquement répartis entre deux catégories, d'une part, les droits réels, d'autre part, les droits personnels. Quant à leur définition, deux écoles se sont affrontées au début du XX^{ème} siècle (A.). Cette confrontation, qui a principalement portée sur la définition du droit réel, a finalement donné lieu à une transaction doctrinale restée fameuse permettant d'affirmer que classiques et personnalistes forment, en réalité, une seule et même doctrine (B.).

A. — Divergences doctrinales sur la définition du droit réel

300. — À la conception classique des droits réels, soumission de la chose au sujet du droit (1.), s'est opposé, dès la toute fin du XIX^{ème} siècle une conception personnaliste du droit réel basée sur l'impossibilité d'établir un rapport juridique entre personne et chose (2.).

1. — La notion de droit réel chez les auteurs réalistes

301. — Dans la classification des droits patrimoniaux, le droit réel s'oppose classiquement au droit personnel en tant que celui-ci est un pouvoir immédiat sur une chose alors que celui-là est un pouvoir sur une personne à laquelle correspond une obligation de faire, de ne pas faire, ou de donner. Cette distinction répond, en quelques sortes, à celle d'entre les choses et les personnes. Elle insiste sur le fait que, ainsi que le résume Louis Rigaud, « le droit réel porte sur la chose et il la suit partout où elle va »⁹⁴³. Ce caractère immédiat est donc essentiel dans l'appréhension de cette notion classique du droit réel : il n'existe pas d'intermédiaire entre la personne, sujet actif du droit, et la chose, objet du droit. En revanche, en matière de droit de créance, il y a trois éléments : le créancier, sujet actif du droit, le débiteur, sujet passif du droit, et la prestation ou l'abstention, objet du droit. Ainsi, « c'est surtout au point de vue de l'objet que le droit réel diffère du droit de créance. L'objet du droit réel, c'est

⁹⁴³ L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, op. cit., p. 119.

nécessairement la chose. L'objet du droit de créance, c'est le fait ou l'abstention du débiteur »⁹⁴⁴.

Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, cette conception sera affirmée par la doctrine la plus autorisée. Notons ainsi que, pour Robert-Joseph Pothier, « on considère, à l'égard des choses qui sont dans le commerce, deux espèces de droits : le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle *jus in re* ; et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle *jus ad rem*. Le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards. Le *jus ad rem* est le droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner. (...) Il y a plusieurs espèces de *jus in re*, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété »⁹⁴⁵. Selon Louis Rigaud, la notion de droit réel de Robert-Joseph Pothier est la même que les jurisconsultes précédents et les glossateurs et se caractérise essentiellement par le rapport immédiat qui existe entre une personne et une chose⁹⁴⁶. La doctrine qui suivra reprendra donc cette analyse. Il en est ainsi pour Demolombe qui, dans son monumental Cours de code Napoléon définit le droit réel comme « celui qui crée entre la personne et la chose, une relation directe et immédiate ; de telle sorte qu'on n'y trouve que deux éléments, savoir : la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l'objet »⁹⁴⁷. Pour Aubry et Rau, enfin, il y a droit réel « lorsqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne, en vertu d'un rapport immédiat opposable à toute personne »⁹⁴⁸.

302. — Aujourd'hui encore, la doctrine ne cesse de l'affirmer. Carbonnier distinguait ainsi le droit réel dans le cadre duquel « le contact est immédiat entre la personne et la chose »⁹⁴⁹

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 118.

⁹⁴⁵ R.-J. POTHIER, *Œuvres*, Paris, 1847, t. IX, p. 101, cité par L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁴⁶ L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, *op. cit.*, p. 104.

⁹⁴⁷ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon : Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 1, *op. cit.*

⁹⁴⁸ C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, *Les biens*, 7^e édition, Lib. tech., 1961, par P. ESMEIN.

⁹⁴⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens ; Les obligations*, Paris, PUF, coll. « Quadrige – Manuels », 2004, p. 1581.

du droit personnel qui est « un certain assujettissement de la personne à la personne »⁹⁵⁰. De même, pour les Professeurs Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti et Laëtitia Tranchant, « Le droit réel est le droit qui met directement, sans intermédiaire, et immédiatement une personne au contact d'une chose (...) Le droit de créance ou droit personnel répond à une nature ou a une structure différente. Il instaure un rapport de droit entre deux personnes que l'on décompose fréquemment en trois éléments, à savoir le pouvoir d'une personne – le créancier – sujet actif, titulaire du droit de créance d'exiger d'une autre personne – le débiteur – sujet passif, une prestation objet du droit... »⁹⁵¹.

Deux exceptions notables toutefois méritent d'être relevées. D'une part, le Professeur Christian Larroumet a une position intermédiaire ; en effet, pour lui, « dans tous les droits réels autres que le droit de propriété, il serait contestable de dire que le titulaire du droit réel exerce un pouvoir direct et immédiat sur une chose sans passer par l'intermédiaire d'autrui »⁹⁵². La propriété se distingue par son caractère complet. Ainsi, « le propriétaire jouit de sa chose sans passer par l'intermédiaire de quiconque, tandis que le preneur à bail ne peut jouir de la chose que si le bailleur exécute les obligations qui sont mises à sa charge par le bail »⁹⁵³. D'autre part, les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet soutiennent qu'à l'approche classique du droit réel existe une théorie de l'obligation réelle dans laquelle « le droit réel n'est que la face active de l'obligation réelle, cette obligation à laquelle on est tenu à raison de la propriété que l'on a d'un bien. Il en résulte que la propriété n'est pas un droit réel »⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens ; Les obligations*, Paris, PUF, coll. « Quadrige – Manuels », 2004, p. 1581.

⁹⁵¹ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 45. V., également, G. CORNU, *Droit civil : Les biens*, 13^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Précis Domat Droit privé », 2007, p. 50 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, M. JULIENNE, *Droit des biens*, 9^e édition, *op. cit.*, p. 112 ; H., L. ET J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e édition, *op. cit.*, p. 269.

⁹⁵² C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e édition, Paris, Économica, coll. « Corpus droit privé », 2019, p. 19.

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁵⁴ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, *op. cit.*, pp. 453-454.

2. — La notion de droit réel chez les auteurs personalistes

a. — *Exposé de la théorie des auteurs personalistes*

303. — Dans l'ensemble, tous les auteurs s'accordent pour ce qui est de la naissance des théories personalistes⁹⁵⁵. Kant a été le premier à affirmer qu'il ne pouvait exister de rapports juridiques qu'entre des personnes entre elles et non entre des personnes et des choses. Il considère qu'« il est absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses et réciproquement, quoiqu'il soit très permis de le rendre sensible par cette image le rapport juridique et de s'exprimer ainsi »⁹⁵⁶. Kant exprime dès alors une idée fondamentale, à savoir que si les droits ne s'exercent qu'entre les personnes, la fiction d'un droit exercé sur la chose permet commodément de distinguer les obligations portant sur des choses et celles portant sur des actions ou des abstentions. Pour de nombreux auteurs, c'est cette 'commodité' qui est à l'origine de la confusion entre obligation portant sur une chose et droit immédiat sur la chose. En France, c'est à Ortolan que l'on doit, en premier, l'idée que les droits ne sauraient s'exercer qu'entre personnes. Pour lui, « tout droit, en définitive, si l'on veut aller au fond des choses, se résume en la faculté pour le sujet actif d'exiger du sujet passif quelque chose »⁹⁵⁷. Cette idée, encore à l'état de germe, a connu de plus amples développements chez Roguin⁹⁵⁸ et Planiol, qui sont donc considéré comme étant le point de départ de l'idée personaliste.

Selon la « brillante »⁹⁵⁹ théorie de Planiol, il n'est pas possible d'envisager un rapport juridique entre une personne et une chose. Ainsi, le pouvoir qu'une personne a sur une chose – ce que l'on appelle droit réel – n'est qu'un fait : la possession. Il propose donc de définir

⁹⁵⁵ V. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations*, op. cit., p. 414 ; L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, op. cit., p. 172 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, p. 5.

⁹⁵⁶ E. KANT, *Métaphysique du droit*, trad. BARNI, p. 88, cité par R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations*, op. cit., p. 414.

⁹⁵⁷ J. ORTOLAN, *Généralisation du droit romain*, p. 637 et suiv., cité par R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations*, op. cit., p. 415

⁹⁵⁸ E. ROGUIN, *Étude de science juridique pure : La Règle de droit*, Lausanne, F. Rouge, 1889 ; *La science juridique pure*, Paris, LGDJ ; Lausanne, F. Rouge, 1923.

⁹⁵⁹ Selon le mot de Jean Carbonnier (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens ; Les obligations*, op. cit., p. 1587).

le droit réel comme : « un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs »⁹⁶⁰. Il s'agit d'un rapport obligatoire. En conséquence, il y a une unité entre les droits réels et les droits personnels ; lesquels auraient tous deux la même structure : « le sujet actif est simple et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est illimité en nombre et comprend toutes les personnes qui entrent en relation avec le sujet actif »⁹⁶¹. En somme, ils seraient tous deux des droits personnels. La distinction entre ces deux catégories de droit ne tient plus alors qu'à deux critères : d'une part, le nombre de sujets passif qui est déterminé dans le cas du droit de créance et indéterminé dans le cas du droit réel ; et, d'autre part, l'objet de l'obligation qui n'est qu'une abstention dans le cadre du droit réel alors qu'il peut-être une prestation dans le cadre du droit de créance. Cette idée d'obligation passive universelle sera développée et parfois dépassée⁹⁶², notamment par Michas et Quéru, disciples de Planiol, dans leurs thèses de doctorat⁹⁶³.

Si Michas admet le principe de l'obligation passive universelle de son maître, il contestera toutefois « la différence indiquée par l'auteur entre l'abstention objet d'un droit réel et celle qui forme l'objet d'un droit de créance »⁹⁶⁴. Il part, pour ce faire, d'une conception générale de l'objet du droit qu'il définit comme « une restriction à la liberté d'action du sujet passif, restriction qui a pour effet de mettre l'exercice de son activité naturelle, relativement à une de ses manifestations bien délimitées, à la disposition arbitraire du sujet actif qui peut en user selon son intérêt et même selon son caprice »⁹⁶⁵. Cette restriction réside donc « dans

⁹⁶⁰ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, 5^e édition, Paris, LGDJ, 1908, p. 686 ; il soutient cette idée dans son traité dès 1896.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 687.

⁹⁶² Le fait de se placer sur le terrain de la science juridique pure leur permet de conclure à des possibilités strictement théoriques, mais qui ne trouveraient jamais à s'appliquer dans la réalité, tel que l'obligation active universelle (V. J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1951, p. 252, note n° 124).

⁹⁶³ V., à titre principal, H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris, A. Pédone, 1900 et R. QUÉRU, *Synthèse du droit réel et du droit personnel : Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1905 ; V. également M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Paris, Fredou et Manville, 1937 ; B. MINÉI, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, Paris, A. Rousseau, 1912 ; C. PRODAN, *Essai d'une théorie des droits réels*, Paris, H. Jouve, 1909 ; G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, A. Rousseau, 1902.

⁹⁶⁴ H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, *op. cit.*, p. 97.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 137.

l'action ou l'inaction forcée du sujet passif, nullement dans la faculté d'agir ou de ne pas agir du titulaire »⁹⁶⁶. L'exercice du droit se caractérise alors, pour Michas, non pas dans le fait de retirer les utilités que lui permet son droit, mais de contraindre le sujet passif à la réalisation de l'action ou à l'abstention qui en constitue l'objet⁹⁶⁷. D'ailleurs, alors que Planiol considérait que l'obligation répondant au droit réel était nécessairement une abstention, Michas admet l'éventualité d'une obligation active universelle, d'une action positive demandée aux sujets passifs d'un droit réel⁹⁶⁸. Malgré tout, il s'en tiendra au fait que cette hypothèse n'est que de droit pur et que, dans la réalité des faits, c'est une abstention qui sera logiquement demandée. Il y a donc pour Michas trois catégories de rapports de droit privés : « 1° Les sujets actifs sont déterminés positivement, les sujets passifs le sont également : ce sont les droits de créance ;/ 2° Les sujets actifs sont positivement déterminés, les sujets passifs le sont négativement ; ce sont les droits à sujet passif universel, parmi lesquels nous plaçons les droits réels ;/ 3° Les sujets actifs sont négativement déterminés, il y a un sujet actif universel ; les sujets passifs présentent au contraire une détermination positive »⁹⁶⁹. La troisième catégorie ne présente qu'un intérêt relatif selon lui.

Appliquant cette théorie de l'objet du droit aux droits réel et de créance il aboutit à la conclusion suivante que « le droit de créance est celui qui a pour sujet passif une ou plusieurs personnes déterminées, le droit réel est celui qui a pour sujet passif toutes les personnes autres que le sujet actif et dont l'objet consiste en un état d'abstention imposé au sujet passif ; dans l'un et l'autre cas, il s'agit de droits procurant au sujet actif un avantage directement appréciable en argent »⁹⁷⁰. C'est en cela que réside la critique faite à Planiol. Pour ce dernier, en effet, la distinction des droits réels et des droits personnels réside dans la différence de nature des obligations qui y répondent : obligation passive universelle pour celui-ci, obligation du droit de créance pour celui-là. Pour Michas, en revanche, l'obligation correspondant au droit réel est de même nature que l'obligation répondant au droit de

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 138.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 154.

⁹⁶⁸ Notamment, Louis Rigaud cite la légende de « l'obligation que Gessler avait imposée à tous les justiciables de son canton sous peine de prison, de faire la révérence à son chapeau en passant sur la place d'Altdorf » (L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, op. cit., p. 177).

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 169.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 178.

créance. Ce faisant, il distingue clairement deux types d'obligations. L'obligation passive universelle qui fait du monde entier le débiteur du titulaire d'un droit réel absolu et l'obligation active qui fait de la personne obligée le débiteur direct du titulaire d'un droit réel relatif ; cette dernière étant comparable à l'obligation active faisant de la personne obligée le débiteur direct du titulaire d'un droit de créance.

En effet, Michas cite Ortolan pour qui « les droits personnels existent, dans la société, à l'égard de tous, aussi bien que les droits réels. C'est une erreur de se figurer le contraire. Quand je suis créancier, cela est vrai non seulement pour mon débiteur, mais pour tous »⁹⁷¹. Il s'agit pour Michas d'une confusion entre deux choses : 1) d'une part, le devoir général que tout le monde a de respecter la liberté d'autrui, qui trouve son fondement dans la restriction de cette liberté par la loi pénale, et qui est un préalable à l'épanouissement de l'exercice des droits privés ; et, 2) d'autre part, l'obligation qui trouve son fondement dans un droit au profit du sujet actif. Dans le premier cas, cette obligation préexiste à tout droit privé, elle en forme le terreau. Elle est opposable à tous, pour profiter à tous et, ainsi « au droit de chacun correspond exactement dans la même mesure le devoir de chacun, de sorte que personne ne profite particulièrement de la restriction apportée à la liberté d'autrui »⁹⁷². Dans le second cas, en revanche, le droit a été instauré dans l'intérêt de son seul titulaire et à l'encontre de tous, de telle sorte que l'on ne trouve pas là d'équilibre entre droits et devoirs. En somme, la différence d'entre ces deux obligations réside dans le fait que dans le premier cas, le sujet actif se confond avec le sujet passif et, ne pouvant être déterminé négativement par rapport à un sujet positivement déterminé, il correspond à l'ensemble des sujets.

Il tente ainsi de répondre à la critique qui sera faite à cette théorie de caractériser le droit réel par la seule obligation passive universelle ; laquelle n'est pas l'apanage du seul droit réel, mais existe tout autant pour les droits de créance. Ce système élaboré ne convaincra en réalité personne, comme nous le verrons plus tard.

⁹⁷¹ J. ORTOLAN, *Généralisation du droit romain*, 12^e édition, par LABBÉ, Paris, 1884, p. 90, cité par H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁷² H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, *op. cit.*, p. 149.

A l'instar de Michas, Quéru tentera de lever l'objection relative à l'incapacité de l'obligation passive universelle à définir un droit en particulier. En effet, il s'attèlera à « distinguer très nettement le devoir du sujet passif, constitutif de la relation, et le devoir beaucoup plus général, vague et extra-juridique, de toute personne de ne pas s'immiscer dans un rapport de droit qui ne la regarde pas et de ne pas mettre obstacle à la conclusion et à la réalisation de ce rapport »⁹⁷³ ; une confusion qui est, de l'avis de l'auteur, l'obstacle à une définition du droit réel par l'obligation passivement universelle. Selon lui toujours, la différence entre ces deux obligations, est que l'obligation passivement universelle est juridique quand le devoir de non immixtion ne l'est pas. Plus qu'un préalable, l'obligation passivement universelle est donc un élément constitutif du droit réel puisqu'en vertu de celle-ci, « tous doivent s'incliner devant la possession de tel individu, non pas parce qu'il est propriétaire, mais précisément pour qu'il soit propriétaire »⁹⁷⁴.

Dans son ouvrage paru en 1911, *Les notions fondamentales du droit privé*, Demogue développera une conception personnaliste de la classification des droits patrimoniaux. Il critique une conception classique « venue d'une confusion entre le droit et l'intérêt qu'il protège et d'une généralisation inexacte »⁹⁷⁵ et s'approprie la théorie de l'obligation passive universelle en considérant que « par cela seul qu'un homme a un droit, c'est contre ses semblables. Il n'y a pas de droit contre les choses, il y a simplement sur eux des pouvoirs de fait que la loi ceint d'une armure sociale appelée le droit »⁹⁷⁶. De même enfin, comme Michas, Demogue semble faire coexister deux obligations de nature différente sur le droit relatif, de sorte que le principe de l'obligation passive universelle ne se confond pas avec le devoir général de respect de la liberté d'autrui. En effet, « si le droit personnel est relatif de sa nature, en ce que le débiteur peut être tenu d'exécuter l'obligation, il est absolu en ce sens que les actes qui créent ou qui constatent le droit d'obligation existent à l'égard des tiers. Si le créancier n'est créancier que du débiteur, le fait qu'il est créancier existe erga omnes ; de

⁹⁷³ R. QUÉRU, *Synthèse du droit réel et du droit personnel : Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, op. cit., p. 206.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 210.

⁹⁷⁵ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations*, op. cit., pp. 418-419.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 431.

même le débiteur, bien que ne devant qu'à son créancier, doit être tenu par quiconque comme étant débiteur »⁹⁷⁷.

b. — Critiques formulées par les auteurs réalistes

304. — Ces différentes évolutions ont été fortement contestées. Au point que certains auteurs de la doctrine la considèrent comme « unanimement rejetée »⁹⁷⁸. Plusieurs critiques lui ont été formulées.

La plus sévère des critiques faites à la théorie de Planiol est qu'elle ne permet pas, en réalité, de définir le droit réel. En effet, ce dernier est défini comme étant un droit opposable à tous. Or, pour la majorité de la doctrine, cette opposabilité à tous n'est que le reflet d'une obligation générale de respect de la liberté d'autrui. Aussi bien le droit réel que le droit personnel sont des droits opposables à tous puisque « la puissance publique garantit, en effet, à chacun tous les droits qui lui appartiennent : ses droits personnels de créance, aussi bien que ses droits réels de propriété ou autre »⁹⁷⁹. Les droits personnels et les droits réels ne se distinguent qu'en vertu d'une obligation spéciale⁹⁸⁰ d'une personne envers une autre, qui existe pour les premiers, pas pour les seconds. Ainsi, la critique personnaliste se trouve mise à mal en ce sens que l'obligation passive universelle n'est pas susceptible de définir le droit réel qui se retrouve alors sans éléments caractéristiques. Deux auteurs personnalistes ont pourtant tenté de répondre à cette objection, il s'agit de Michas et de Quéru. Ainsi pour Rigaud, la distinction faite entre l'obligation passivement universelle et le devoir de non immixtion est artificielle. « L'objet, dit-il, est pareillement négatif, puisqu'il consiste dans les deux cas en une abstention, et le nombre des sujets passifs est le même puisque cette attitude

⁹⁷⁷ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations*, op. cit., pp. 420-421.

⁹⁷⁸ P. MALAURIE, L. AYNÈS, M. JULIENNE, *Droit des biens*, 9^e édition, op. cit., p. 120.

⁹⁷⁹ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon : Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. IX, p. 361, cité par L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, op. cit., p. 209.

⁹⁸⁰ Le caractère spécial semble être ici déterminant ; « ce devoir purement négatif et abstrait qui s'impose à tout le monde et ne se localise point dans une personne isolée, ne peut prétendre être systématiquement érigé en une notion spéciale ; il n'est que l'ombre jetée par le droit sur le monde extérieur, le passage du positif au négatif : ce que j'ai, un autre ne l'a pas », (R. VON JHERING, *De la passivité des droits. Œuvres complémentaires de l'Esprit du dr. rom.*, traduction O. de MEULENAERE, t. V, 1903, p. 335, cité par L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, op. cit., p. 207.

négative doit être observée par tous les justiciables »⁹⁸¹. Quant à l'objection de Quéru, Rigaud s'attaque au caractère prétendument non juridique du devoir de non immixtion par le même argument, à savoir que les deux obligations, soi-disant différentes, sont toutes deux sanctionnées juridiquement. Ainsi – et c'est l'opinion de Rigaud et des classiques après lui – , il n'y a aucune différence pratique entre les deux obligations proposées par les personalistes et, dès lors, leur dissociation n'a pour vocation que de justifier la nouvelle distinction entre droits réels et droits personnels ; ce qui est artificiel.

Le revers direct est que le droit personnel se trouve, par cette conception, mal défini également. Selon Christian Larroumet, la théorie de Planiol considère que, pour le droit réel, l'opposabilité *erga omnes* est l'obligation objet du droit réel. Or, cette opposabilité *erga omnes* existe tout autant pour le droit personnel. Partant, « alors que l'effet est relatif, en ce sens que seul le débiteur est tenu envers le créancier et que seul le créancier peut exiger l'exécution de ce débiteur (...) l'opposabilité est absolue, en ce sens que tous les tiers sont tenus de respecter le droit du créancier, ce qui ne saurait signifier qu'ils sont tenus d'exécuter l'obligation, auquel cas il n'y aurait plus effet relatif »⁹⁸².

Si les théories personalistes sont aujourd'hui considérées comme rejetées, c'est que la doctrine classique se les a appropriées pour les intégrer à son propre critérium.

B. — Transaction et réunion doctrinale sur la définition du droit réel

305. — Plus que d'une critique, les théories personalistes ont donc été considérées comme une rectification d'interprétation. Bartin, dans la sixième édition du *Cours de droit civil français*, relèvera la critique de Planiol et ajoutera, à l'instar de Planiol lui-même, qu'Aubry et Rau adhéraient déjà au principe lorsqu'ils complétaient leur définition du droit réel en soulignant que ces derniers sont « par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous »⁹⁸³. Nombre

⁹⁸¹ L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, Toulouse : A. Nauze, 1912, p. 212.

⁹⁸² C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e édition, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁸³ C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, *Les biens*, 6^e édition, Paris, Librairie Marchal et Billard, 1935, par E. BARTIN, p. 69 ; Bartin justifie même cette absence de précision de la part d'Aubry et Rau, estimant qu'« on ne saurait être trop précis en vue de certaines discussions ».

d'auteurs, après avoir achevé de réduire en cendres ces théories, ont affecté d'en relever les « mérites »⁹⁸⁴, à savoir, essentiellement, pointer le fait que les droits, qu'ils soient réels ou personnels, supposent des rapports entre personnes. Et c'est, à tout le moins, l'appel lancé par la doctrine classique aux personalistes pour une réconciliation. « On se souvient, rappelle Ginossar, de l'émouvant appel à la concorde lancé, au nom des classiques, par L. Rigaud : sans nier l'obligation passive universelle, il invitait les modernes à la ramener à son véritable rôle, celui de sanction et de garantie du droit réel, dont elle forme simplement le côté externe »⁹⁸⁵. Cette « synthèse profitable à la science » est, surtout, profitable aux classiques, lesquels n'ont « pas complètement raison », face aux partisans de la théorie personaliste qui, eux, n'ont « pas tout à fait tort »⁹⁸⁶. Ainsi, avant de développer sa théorie institutionnelle du droit réel, il conclut à « une notion de droit réel considéré comme une relation d'ordre intellectuel et juridique d'homme à chose, tout en tenant compte de son côté externe, mis en relief par les théories personalistes »⁹⁸⁷.

Tant de mansuétude ne pouvait laisser de marbre les tenants de la position personaliste. Ainsi, Roguin, sur qui s'était déjà fondé Planiol, et tous les personalistes après lui, publie en 1923 *La science juridique pure* dans laquelle il s'attaquera à chacun de ses successeurs.

⁹⁸⁴ V. notamment C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e édition, *op. cit.*, p. 14 : « Le mérite de Planiol est d'avoir démontré que le droit réel, comme le droit personnel, suppose des rapports sociaux. » ; J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens*, *op. cit.*, p. 48 : « Au crédit de l'analyse de Planiol peut certainement être mis le mérite essentiel d'avoir souligné qu'à l'instar des droits de créance, et plus largement des droits subjectifs, les droits réels, en instaurant des rapports entre personnes, s'inscrivent eux aussi dans le cadre de relations sociales. » ; H., L. ET J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e édition, *op. cit.*, p. 277 : « La théorie de Planiol a eu, au moins, le mérite d'attirer l'attention sur cette incertitude de terminologie et de permettre de préciser les deux conceptions que recouvre le mot opposabilité ».

⁹⁸⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁸⁶ L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, *op. cit.*, pp. 479-480.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 343 ; Il écrit également, « Le droit réel, envisagé au point de vue subjectif et dans son côté interne, consiste dans l'attribution à un sujet de droit de l'utilité juridique générale ou fragmentaire d'une chose, objet de cette attribution. Le droit de créance, envisagé au même point de vue, consiste, au contraire, essentiellement dans l'attribution à un sujet de droit d'une certaine prestation à accomplir par une autre personne, que cette prestation soit un fait ou nue abstention. La prestation qui est l'objet direct du droit de créance peut elle-même avoir pour objet une chose que le débiteur doit procurer au créancier. Dans ce cas, le créancier ne pourra atteindre cette chose qu'en empruntant l'intermédiaire juridique du débiteur, tandis que s'il avait un droit réel, cette chose lui étant attribuée directement, il n'aurait aucunement besoin de cet intermédiaire » (pp. 342-343).

Les conclusions de Michas lui paraissent « contraire à la vérité scientifique »⁹⁸⁸, de même que l'idée de Quéru de définir le droit réel par l'obligation passive universelle « méconnaît la vérité fondamentale que, de même que tout droit, le droit réel est formé d'un pouvoir et d'un devoir interdépendants, mieux se créant l'un l'autre »⁹⁸⁹. Il critique pareillement le « faux système » de Demogue⁹⁹⁰. Il conclura finalement que sa conception du droit réel est la suivante et qu'elle n'a pas changé depuis 1889 et La règle de droit : il est « un pouvoir juridique immédiat sur une chose physique, pouvoir entre lequel et le devoir universel de non-usurpation il existe une relation d'interdépendance »⁹⁹¹. A la grande satisfaction de Rigaud qui espère « que les auteurs qui avaient, en adoptant cette conception comme point de départ, essayé de ruiner la distinction traditionnelle des droits réels et des droits de créance, finiront par reconnaître la vanité de leur tentative et qu'un accord s'établira en ce qui concerne la définition du droit réel »⁹⁹².

§2. — La théorie des biens : cadre conceptuel du droit administratif des biens

306. — Dans la conception classique, aussi bien que dans la conception moderne, la propriété est envisagée comme un droit réel parmi les autres ; s'il se singularise en étant le droit réel par excellence (A.), toute construction rationnelle d'une théorie des droits se heurte à lui en tant que problème (B.).

A. — *Le droit réel le plus typique*

307. — Selon Aubry et Rau, la propriété est « l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir, le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne »⁹⁹³. De même, d'après le code civil « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvue qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par

⁹⁸⁸ E. ROGUIN, *La science juridique pure, op. cit.*, p. 295.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, 3, p. 312.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 319.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 463.

⁹⁹² L. RIGAUD, « La théorie du droit réel et de l'obligation et la "Science Juridique pure" », *Rev. crit.* 1925, p. 423.

⁹⁹³ C. AUBRY, C.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, *Les biens*, 6^e édition, *op. cit.*, pp. 247-248.

les règlements »⁹⁹⁴. A ce titre, la propriété est un droit patrimonial qui ne se distingue des autres qu'en tant qu'elle est complète, absolue. Pour Demolombe, il y a deux sortes de droits réels, « qui sont : 1° Le droit total de propriété ; 2° Tous les droits partiels démembrés du droit de propriété »⁹⁹⁵. Ainsi, « la propriété est évidemment le premier et le plus complet de tous les droits réels ; c'est le droit réel par excellence ! »⁹⁹⁶. La catégorie des droits réels se répartie donc entre le droit de propriété et les autres droits constituant un pouvoir sur les choses mais qui sont, par définition, incomplet.

La principale question fût celle de savoir si, d'ailleurs, la propriété n'était pas le seul des droits réels portant en son sein les autres pouvoirs sur les choses. En somme, la question se résume au fait de savoir si les droits sur les choses autres que le droit de propriété sont des espèces de droits réels différents du droit de propriété, ou s'ils n'en sont que des démembrements⁹⁹⁷. Pour cela, il est nécessaire de comprendre, au préalable que les droits réels sont définis à partir des pouvoir qu'ils supposent. On retrouve aussi cette idée chez Demolombe pour qui le droit d'user – usus – le droit de jouir – fructus – et le droit d'abuser – abusus – sont « les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété ; (...) ces divers éléments ou attributs ne sont pas évidemment indivisibles ni inséparables »⁹⁹⁸. En somme, les pouvoirs sont l'atome des droits patrimoniaux dont la combinaison forme les différents droits réels et qui, s'ils sont tous réunis sur la même tête, forment le droit de propriété. Comme le résume Frédéric Zenati, « tout se passe comme si les droits réels étaient des droits extraits du faisceau des droits constitutifs de la propriété »⁹⁹⁹. C'est d'ailleurs ce qui marque la singularité du droit de propriété au sein des droits réels.

⁹⁹⁴ Article 544 du code civil.

⁹⁹⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon : Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 1, *op. cit.*, p. 188 : « Le droit de propriété est évidemment au premier rang des droits réels ; ou plutôt même, car ce n'est pas assez dire, il est le type, il est (si j'osais m'exprimer ainsi) l'étalon de tous les droits réels ».

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 352.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 352 : « En d'autres termes, y a-t-il plusieurs espèces de droits réels, ou n'en existe-t-il, au contraire, qu'un seul, à savoir : le droit de propriété, qui renfermerait tous les autres, et dont tous les autres, en effet, ne seraient qu'une émanation et un démembrement ? »

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 361.

⁹⁹⁹ ZENATI (Frédéric), *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 53.

B. — Le droit réel le plus problématique

308. — Le droit de propriété représente la gêne de tout le système des droits patrimoniaux. C'est lui qui, chez les classiques, prêtera le flanc à la critique des personalistes ; laquelle critique ne résoudra pas le problème, mais fera le terreau d'un renouvellement total du système des droits patrimoniaux.

309. — L'opinion classique était plutôt en faveur de la théorie du démembrement. Ainsi, Pothier note : « il y a plusieurs espèces de jus in re, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démembrements sont les droits de domaines de supériorité (...), les droits de servitude (...), le droit d'hypothèque »¹⁰⁰⁰. Selon Demolombe, en admettant que la propriété complète soit le pouvoir de retirer d'une chose tous les droits de manière absolue et exclusive et que le droit sur la chose d'autrui offre à une personne, autre que le propriétaire, un pouvoir, tout aussi immédiat et direct sur la chose, mais moins complet que celui du droit de propriété, alors, dans la mesure où le droit réel en question fait obstacle à l'exercice, par le propriétaire, sur la chose, des prérogatives qui y sont rattachées, « le droit réel de propriété sur cette chose n'est plus alors exclusif ni absolu ; donc, il est amoindri et démembré ; donc, il en est sorti un attribut ; donc, le droit réel, qui en est sorti et qui est précisément cet attribut, est en démembrement du droit total de propriété »¹⁰⁰¹.

Aujourd'hui, elle est très largement critiquée, même pour les plus classiques des auteurs. Si elle a pu être justifiée à une époque – particulièrement, l'époque féodale –, « elle est fautive dans notre droit moderne qui a supprimé le domaine de supériorité pour revenir à la notion romaine du dominium franc et libre aux mains du propriétaire »¹⁰⁰². Cette critique a été

¹⁰⁰⁰ R.-J. POTHIER, *Œuvres*, Paris, 1847, t. IX, p. 101, cité par L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁰¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon : Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 1, *op. cit.*, p. 353. Le jurisconsulte observait toutefois que les droits réels semblaient limiter le droit du propriétaire plus que consister en un transfert de ces pouvoirs sur la chose entre deux personnes.

¹⁰⁰² L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories*, *op. cit.*, p. 106 : « Il [Pothier] considère la propriété comme étant la somme de toutes les utilités qu'il est permis de retirer des choses, et par suite, les autres droits réels

magistralement développée par Vareilles-Sommières, la différence entre la propriété et les autres droits réels se caractérise en tant que le propriétaire a tous les pouvoirs, sauf exceptions, tandis que le titulaire d'un droit réel a certains pouvoirs, positivement définis. De la sorte, « il faut et il suffit, pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété, que, pour son titulaire, sur la chose, la liberté d'agir soit le principe »¹⁰⁰³. Il réfute l'idée selon laquelle les démembrements du droit de propriété sont des parties de ce droit qui sont transmises du propriétaire au titulaire du droit. En effet, le propriétaire « abdique simplement ceux de ces droits qui faisaient obstacle à la naissance du nouveau droit ; il permet ainsi à ce dernier de naître ; il lui cède une place sur la chose et rien du plus »¹⁰⁰⁴. En réalité, les droits, comme les faits, n'ont qu'une action limitatrice sur le droit de propriété, mais ils n'en sont pas une partie. Ainsi, on ne dira pas que la propriété d'un terrain inexploitable – et, donc, ne contenant pas, de fait, la possibilité d'en user ou d'en jouir pour le propriétaire – n'est pas la propriété. Et bien de même, on ne saurait considérer que la propriété grevée d'un usufruit – et, donc, ne contenant pas, de droit, la possibilité d'en user ou d'en jouir pour le propriétaire – n'est pas la propriété.

Comme l'a exprimé Frédéric Zenati-Castaing, la définition classique de la propriété comme une juxtaposition de droits ne tient donc pas : « comment, demande-t-il, la propriété pourrait-elle se définir comme le droit d'user, de jouir et d'abuser lorsque par l'effet du démembrement elle perd un ou plusieurs de ses éléments constitutifs ? »¹⁰⁰⁵ ; car il est vrai, que – et Vareilles-Sommières le soulignait déjà en dénonçant les auteurs qui, tout en définissant la propriété comme le droit en vertu duquel une chose est soumise d'une façon absolue et exclusive à la volonté d'une personne, « continuent d'appeler propriété un droit

comme des démembrements de la propriété. La fausseté de cette définition de la propriété, malheureusement encore trop courante parmi nos auteurs, a été démontrée par M. De Vareilles-Sommières » (*Ibid.*, pp. 104-105). V. également F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 73 : « La notion de démembrement a été vivement critiquée à une certaine époque et ne remplit plus aujourd'hui pleinement la fonction que voulait lui faire remplir Pothier, à savoir, assurer à la propriété l'universalité des pouvoirs concevables sur la chose ».

¹⁰⁰³ Le Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, n° 1, p. 30.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*.

¹⁰⁰⁵ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 105.

qui d'après leur définition n'est plus la propriété, et propriétaire une personne qui n'a plus, à leurs yeux, qu'une part de la propriété ; c'est qu'ils ne disent point pourquoi ils appellent propriété cette part de la propriété plutôt que l'autre ; c'est qu'ils ne rangent pas, au moins pour un instant, dans leur liste des démembrements ou fractions de propriété, la propriété qui n'est plus la propriété totale et qui n'est donc plus elle-même qu'un démembrement de propriété »¹⁰⁰⁶. La doctrine se trouve donc, à ce moment, face à une équation impossible dont le terme problématique n'est autre que la clef de voûte du système : la propriété. C'est sur ce terrain que se fonderont les personalistes pour s'attaquer à la conception classique des droits réels.

310. — Reprenant l'adage *jus et obligatio sunt correlata*, les personalistes vont tenter de résoudre l'équation des droits réels en s'attaquant au seul droit réel qui pose problème : le droit de propriété. En effet, la distinction entre droits absolus et droits relatifs se résume à une distinction entre le droit de propriété, seul droit patrimonial absolu, et, sans que ne soit fait de distinction de nature entre eux, les droits personnels et les droits réels sur la chose d'autrui. En effet, il n'est pas difficile de trouver une obligation dans les droits réels sur la chose d'autrui puisqu'il existe, dans ces cas, un sujet passif déterminé et qui est le propriétaire. Les personalistes tentèrent de distinguer l'obligation passive universelle du devoir général de respect de la liberté d'autrui, mais cette idée ne fut jamais vraiment accueillie par la doctrine. « Le propriétaire est donc, note Zenati, par l'essence même de son droit, seul avec sa chose et aucun stratagème ne permettra de lui trouver un partenaire »¹⁰⁰⁷.

311. — En résumé, Pour les classiques, le droit réel est ce droit sur la chose et le droit personnel est ce droit contre les autres. L'objet du droit réel est donc la chose (voir références Rigaud/Michas) et l'objet du droit personnel est l'obligation que le débiteur a envers le titulaire. Pour les personalistes, en revanche, il n'y a pas de rapports de droits sur les choses, seulement entre les personnes. Les droits réels sont un rapport entre le titulaire du droit et l'ensemble des autres personnes de la société. Le droit réel trouve donc son objet dans l'obligation passive universelle et le droit personnel trouve son objet dans l'obligation

¹⁰⁰⁶ Le Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *op. cit.*

¹⁰⁰⁷ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 105.

qu'a le débiteur envers le titulaire. Les classiques font une critique en disant que l'obligation passive universelle existe aussi bien pour les droits réels que pour les droits personnels puisque les droits personnels sont aussi opposables à tous. Ainsi, la théorie des personalistes ne va pas puisque l'obligation passive universelle ne peut être l'objet d'un droit – réel ou personnel – et que donc, si le droit personnel trouve toujours son obligation dans l'obligation du débiteur vis-à-vis du titulaire du droit, le droit réel n'a, en revanche pas d'objet. Sauf, si l'on admet que c'est un droit sur une chose. On admet un devoir général de respect de la liberté d'autrui qui renvoie à l'obligation passive universelle pour les droits réels et personnels (les personalistes ont leur compte) mais on maintient que l'objet du droit réel est le pouvoir sur la chose et l'objet du droit personnel est l'obligation du débiteur envers le titulaire du droit. On constate que, dans le système de synthèse, le droit problématique est le droit de propriété.

Section n° 2. — Les atouts d'une analyse des rapports juridiques fondées sur le fonds commun du droit des biens

312. — Initiée par Samuel Ginossar, continuée, principalement par Frédéric Zenati-Castaing et certains de ses élèves, les auteurs que nous qualifions de « néopersonnalistes » ont proposé une critique très aboutie des notions fondamentales du droit civil des biens mobilisées par la théorie des droits patrimoniaux et, particulièrement, le droit de propriété. Cette critique a deux conséquences principales qui, selon nous, pourraient bénéficier au droit administratif des biens, si l'on prenait la peine de tenter une transposition.

D'une part, les auteurs néopersonnalistes extraient le droit de propriété du champ des droits patrimoniaux. Relevant sa nature singulière, ils en font un droit absolu, un simple rapport juridique entre la personne, sujet de droit, et la chose, objet de droit. Le droit de propriété devient une notion véritablement fondamentale, qui se confond avec la simple idée d'avoir des droits subjectifs. Dans les conceptions classiques du droit des biens, nous venons de le montrer, ce droit de propriété est fusionné avec les autres droits, rendant impossible à penser ce droit en dehors de cette matière. La promotion d'une analyse néopersonnalité du droit des biens nous permettrait, donc, d'élaborer un système où ce rapport juridique singulier qu'est la capacité qu'à une personne de s'approprier une chose, constitue un point de pivot entre différentes sortes de choses, celles qui relèvent de la propriété, privée ou publique, et celles qui relèvent de la puissance publique. Dit autrement, l'exclusion de la propriété du droit des biens et la révélation de son caractère de notion fondamentale du droit – pas seulement des biens – est le préalable nécessaire à la transposition de sa mécanique à d'autres régimes juridiques extra-patrimoniaux ; en somme, de mobiliser la richesse des réflexions menées par les juristes de droit civil sur la manière dont on s'approprie les choses, à notre profit et, ce, sans sombrer dans la patrimonialisation à outrance. L'analyse néopersonnaliste du droit des biens, parce qu'elle constitue un outil qui place le mécanisme fondamental du rapport juridique subjectif hors de portée des préjugés d'une matière juridique dont les valeurs entre régulièrement en conflit avec celles du droit administratif, permet de créer un pont entre tous les régimes juridiques, quels qu'ils soient, un système descriptif global qui lie les sous-systèmes juridiques aujourd'hui distingués soigneusement par des *summa divisio* axiomatiques.

D'autre part, et il s'agit d'une conséquence de ce qui précède, les auteurs personalistes, extraient, en négatif, les droits subjectifs, particulièrement les droits réels et les droits personnels, de la catégorie des rapports juridiques. Ce faisant, dans une mécanique de réification de ces droits, ils les font entrer dans la catégorie des biens. Nous avons déjà longuement développé tous les bénéfices que nous pouvons tirer de cette extension de la notion de bien et de l'intérêt que nous aurons à l'épurer de ces aspects strictement liés au droit civil des biens.

313. — Ainsi convaincus que l'analyse néopersonnaliste du droit des biens porte en elle des bénéfices pour le droit administratif, nous exposerons plus en détails le système proposé par les auteurs de droit civil (§1.), avant de nous concentrer sur une tentative de transposition en droit administratif (§2.).

§1. — Exposé de l'analyse néopersonnaliste des rapports juridiques

314. — Partant d'une critique du système élaboré par les auteurs classiques du droit des biens, afin d'en démontrer les inconvénients conceptuels, autant que pratiques (A.) les auteurs néopersonnalistes ont eu à cœur de créer un système fondé sur la nature particulière du droit de propriété (B.).

A. — Critique de l'analyse réaliste et personaliste du droit des biens par les auteurs néopersonnalistes

315. — Fondé sur les critiques formulées par des auteurs précurseurs, René Demogue et Samuel Ginossar (1.), Frédéric Zenati est l'auteur qui mène la critique la plus actuelle des conceptions classiques du droit des biens (2.).

1. — Exposé des critiques formulées par René Demogue et Samuel Ginossar

a. — Les critiques de René Demogue

316. — Nous avons abordé René Demogue pour ce qu'il a critiqué la conception classique des droits réels à la suite de Marcel Planiol et de Henri Michas. Mais il ne s'est pas arrêté là. Après avoir mis à mal la distinction de nature qui pouvait exister entre les droits réels et personnels, il compte s'interroger sur la pertinence de la distinction sur un plan pratique et technique. Par effet de généralisation, René Demogue remplace les termes de droit droits

réels et de droits de créance par ceux de droits absolus et de droits relatifs¹⁰⁰⁸ et reprend, pour les définir une variante de la théorie de l'obligation passive universelle comme suit : « Les droits absolus, comme les droits de la personne sur elle-même, les droits de puissance, les droits réels, les monopoles, sont caractérisés par ce fait que le sujet actif possède, à l'égard de tout le monde, un certain pouvoir, au contraire des droits relatifs ou personnels garantirait au sujet actif un droit à une certaine activité ou inactivité à l'égard d'une ou de quelques personnes seulement »¹⁰⁰⁹. Aux termes de sa démonstration, René Demogue considère qu'« on peut donc dire en thèse générale à propos des droits personnels : celui qui a un droit personnel, sans pouvoir, comme nous l'avons vu, poursuivre tous ceux qui ont tiré profit de son droit, a action contre ceux qui ont, même de bonne foi, rendu impossible l'exercice de celui-ci et en ont tiré bénéfice. Et cette formule générale ne serait pas moins vraie pour un titulaire de droit réel. Nous voyons donc s'évanouir la distinction établie entre eux »¹⁰¹⁰.

Pour René Demogue donc, la distinction entre droits réels et droits personnels est obsolète, tout au plus peut-elle servir à l'étude du droit¹⁰¹¹. Elle n'est qu'une distinction de fait puisque, « en réalité, il n'y a de division bipartite des droits que la suivante qui est toute de fait : les droits s'exerçant directement sur les choses et ceux qui se rapportent à un état de fait supposant l'existence d'autres êtres humains »¹⁰¹². Deux intérêts à cette nouvelle classification. D'une part, « elle permet déjà d'expliquer logiquement des situations universellement admises qui, sans cela apparaissent inadmissibles »¹⁰¹³ c'est le cas, comme nous allons le voir chez Ginossar, de la propriété des créances et, d'autre part, « quand on analyse le droit réel en un lien direct entre le sujet de droit et une chose, on en déduit qu'il ne peut y avoir de droit réel que s'il y a une chose actuellement existante et individualisée

¹⁰⁰⁸ Cette distinction a été introduite par Ernest Roguin (E. ROGUIN, *Étude de science juridique pure : La Règle de droit, op. cit.*, 1889).

¹⁰⁰⁹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations, op. cit.*, p. 405.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 429.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, p. 440.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 440.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 440-441.

sur lequel il puisse porter »¹⁰¹⁴ et, pourquoi pas, des choses incorporelles, même si Demogue ne reprend que l'exemple des choses futures.

b. — Les critiques de Samuel Ginossar

317. — En 1960, Samuel Ginossar publie un ouvrage intitulé *Droit réel, propriété et créance* dans lequel il se propose d'élaborer « *un système rationnel des droits patrimoniaux* »¹⁰¹⁵. Dans la première partie de son ouvrage, Ginossar compare les deux archétypes de la distinction entre droits réels et droit personnels que sont, dans l'ordre, la propriété et la créance. Refusant de voir la propriété comme étant un pouvoir sur la chose¹⁰¹⁶, il en déduit qu'elle « n'est donc autre chose que la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne »¹⁰¹⁷.

En effet, la propriété étant traditionnellement définie comme la somme des pouvoirs d'une personne sur une chose, Ginossar constate deux choses. D'une part, lorsque la propriété est grevée d'un usufruit, par exemple, le propriétaire n'a plus deux des trois pouvoirs : l'usage et la jouissance. Ainsi, la propriété ne peut être caractérisée ni par la réunion de ces trois pouvoirs, ni par l'usage ou la jouissance ou l'usage et la jouissance. D'autre part, quant à l'*abusus*, Ginossar rappelle qu'elle vaut tant pour la propriété que pour les droits relatifs, y compris les droits de créance¹⁰¹⁸. La seule différence entre propriété et droit réel sur la chose d'autrui est donc que l'un viendra à s'éteindre (les droits réels sur la chose d'autrui sont temporaires) alors que le propriétaire, s'il ne peut pas directement retirer les utilités de la chose « en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité »¹⁰¹⁹. La combinant avec le droit de créance qui, selon lui est « un bien appartenant au créancier et

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 441.

¹⁰¹⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Elaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, *op. cit.*

¹⁰¹⁶ « Après notre analyse, il faut bien reconnaître que ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété » (*Ibid.*, p. 31)

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 33 ; il cite d'ailleurs Pothier qui étendait cette définition au droit réel qui, selon lui, constitue « un droit dans une chose, par lequel elle nous appartient, du moins à certains égards » (J. POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, n° 1, Œuvres, éd. Bugnet, 3^e édition, t. 9, p. 101).

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété », il a abouti à la propriété des créances, constituée d'un droit absolu et d'un droit relatif.

Ainsi, « tout droit de créance s'analyse donc en deux rapports juridiques distincts et coexistant, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents. Le rapport relatif constitue la substance même de la créance ; le rapport absolu en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers. (...) La seule différence notable entre la propriété d'une créance et celle d'un bien corporel réside en ce que, dans une certaine mesure, les tiers, censés connaître celle-ci, sont censés ignorer celle-là et sont, par conséquent, autorisés à la méconnaître ; mais si l'exception déroge quelque peu à la règle, elle ne la dément pas dans son principe »¹⁰²⁰.

A ce stade, l'apport fait par Ginossar semble mineur. En effet, les personnalistes – notamment Michas et Quéru – avaient déjà abouti à une telle solution, mais sans qualifier le droit absolu coexistant avec le droit relatif de droit de propriété, parce qu'ils sont habitués à définir un droit par l'obligation qui lui correspond, or, ils ne voient pas la différence entre le droit de propriété et les autres droits réels.

318. — Pour dégager l'idée d'une obligation réelle, Ginossar part de l'hypothèque, seul droit réel consacré comme tel par le Code civil. Pour ce faire, il analyse le rapport entre l'acquéreur d'un immeuble grevé d'une hypothèque et le propriétaire de l'immeuble. En effet, ce dernier se retrouve obligé par l'hypothèque contractée par le débiteur originaire. Alors, Ginossar constate les différences entre le débiteur originaire et le tiers acquéreur et, notamment, que le tiers acquéreur n'est engagé que sur le bien grevé de l'hypothèque quand le débiteur originaire est engagé sur tout son patrimoine.

Ainsi « être tenu hypothécairement, c'est être tenu réellement ; et, tout comme le droit personnel est celui qui correspond à une obligation personnelle, il faut entendre par droit personnel le droit qui correspond à une obligation réelle »¹⁰²¹. Tandis que le débiteur d'une obligation personnelle est engagé sur tout son patrimoine, sur tous les biens rattachés à sa

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 85-86.

¹⁰²¹ *Ibid.*, pp. 93-94.

personne ; le débiteur d'une obligation réelle n'est engagé que sur le bien grevé d'un droit réel ; comme si le bien était lui-même redevable envers le créancier et que le détenteur du bien se devait de faire tout ce qu'il pouvait pour purger la dette du bien. Ainsi, « l'obligation réelle n'est pas simplement un aspect accidentel ni même naturel du droit réel ; elle est le droit réel vu du côté passif ; En d'autres termes, à nos yeux, un droit est réel parce que l'obligation qui lui correspond est réelle »¹⁰²².

La première conclusion qu'en tire Ginossar est que la propriété n'est pas un droit réel. En effet, pour que la propriété puisse intégrer la catégorie des droits réels, elle doit répondre à une obligation réelle « c'est-à-dire à un lien de droit dont le sujet passif soit une personne individuelle tenue à raison du bien frappé du droit réel de propriété »¹⁰²³. Or, comme l'ont démontré les personalistes, le droit de propriété n'existe que par l'obligation passive universelle qui n'est pas une obligation réelle puisque les sujets passifs sont indéterminés « la propriété, elle, est et demeure un droit absolu, un rapport juridique dont le sujet passif est, à tout moment, le monde entier : elle ne pourrait donc être un droit réel, puisqu'elle se meut sur un plan plus élevé »¹⁰²⁴. Ainsi, le droit réel est un droit relatif, ou droit de créance, ou droit d'obligation, au même titre que le droit personnel. En effet, « dans la composition du droit réel sur la chose d'autrui entrent tous les éléments caractéristiques du droit d'obligation. Rien n'y manque : créancier, débiteur, lien de droit les unissant, prestation négative ou positive, sans même omettre l'obligation passive universelle »¹⁰²⁵.

Si droit réel et droit personnels sont de même nature de par ce qu'ils sont des droits relatifs, ils ne se confondent toutefois pas sur tous les points. En particulier, la détermination du sujet passif est la manière de distinguer le droit personnel du droit réel. Si pour le droit personnel le sujet passif peut être désigné spécifiquement par son nom, le débiteur du droit réel « *ne se conçoit pas sans un bien individuellement déterminé* »¹⁰²⁶. Dans un cas, le sujet

¹⁰²² *Ibid.*, p. 100.

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 109.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 112.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 123.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 126.

passif est une personne désignée en particulier, dans l'autre, il est le détenteur d'un bien désigné en particulier.

319. — Plusieurs auteurs vont critiquer cette conception au point qu'aujourd'hui, le courant représenté par Ginossar est encore très nettement marginal.

Pour Dabin, la théorie de la propriété des créances proposée par Ginossar est insuffisante. Ginossar opèrerait une confusion entre la nature et l'objet d'un droit. Certes, la créance est, pour son titulaire, « constitutive de propriété ou, du moins, objet de propriété, avec tous les attributs inhérents à la propriété, notamment la faculté de disposer de la créance matériellement ou juridiquement »¹⁰²⁷ ; ainsi, tous les droits pécuniaires peuvent également être objet de propriété. Mais, pour Dabin, la distinction entre les droits personnels et les droits réels a une fonction autre ; elle permet « de relever les traits qui, du point de vue de leur structure, particularisent ces différentes sortes de droits constitutifs de propriété, donnant à chacun leur figure originale »¹⁰²⁸. Or, cette différence de structure serait insuffisamment remarquable dans la théorie de Ginossar, car elle fait fi du fait que, dans le cas du droit de propriété, l'objet est une chose, tandis que, dans le cas du droit personnel, c'est une personne qui est objet ; cette distinction renvoie donc à la distinction entre biens et services. Pour Ginossar, le débiteur d'un droit réel sur la chose d'autrui, pas plus que celui d'une créance ne fait appel n'a à rendre de service ; il s'agit, pour le premier, de s'abstenir et, pour le second, de donner. Or, pour Dabin, d'une part, donner c'est rendre un service¹⁰²⁹ et il est faux de dire que le débiteur d'une abstention ne rend pas un service. Ainsi, le débiteur d'un droit personnel ne porte pas atteinte à la propriété d'une chose puisqu'elle reste complètement intacte. « C'est pour rendre compte de cette hypothèse, où interfèrent personne et chose, que fut imaginée la distinction classique condamnée comme "subtile" par M. Ginossar, entre le droit qui atteint la chose de manière immédiate et directe et qui mérite seul le nom de droit réel, et le droit qui n'atteint la chose que de façon médiate, par l'intermédiaire d'une personne »¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, n° 1, p. 20.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ « *Le dare est en réalité un facere* » (*Ibid.*)

¹⁰³⁰ *Ibid.*

320. — Dabin réfute sur ce point deux idées de Ginossar. La première concerne les problèmes liés aux combinaisons de droits que sont le nantissement ou l'usufruit des créances. Pour Dabin, « ni l'usufruit, ni le nantissement ne présupposent la propriété ; ils supposent uniquement un droit pécuniaire, un bien propre quelconque »¹⁰³¹. La propriété n'est pas nécessaire pour rendre compte de l'obligation passive universelle. En effet, il estime que les droits doivent être respectés par le monde entier par nature, « par le seul fait qu'ils sont des droits »¹⁰³², n'importe qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit personnel. Si les droits personnels, relatifs, sont absolus par l'obligation passive universelle, inversement, les droits absolus, comme l'est le droit de propriété, sont également relatif par certain sens, « relatifs à la chose déterminée sur laquelle ils portent »¹⁰³³. Ainsi, comme l'exprime alors Dabin, « on oublie qu'avant d'être opposable à autrui, le droit subjectif a un objet, que cet objet peut être soit une chose matérielle ou immatérielle, soit quelque prestation due par une personne à une autre, et que si l'on veut établir une comparaison entre les droits réels et les droits personnels, c'est de ce parallélisme de leurs objets respectifs, ici une chose, là une personne, qu'il convient de partir »¹⁰³⁴.

321. — Ces critiques demeurent actuelles. En effet, certains auteurs actuels perpétuent les critiques ainsi formulées par Dabin, estimant que « l'on doit hésiter à substituer le terme de propriété à la simple titularité du droit de créance, à peine de dénaturer alors la propriété lorsque la même expression est appliquée à son objet traditionnel, les choses corporelles »¹⁰³⁵.

2. — Exposé des critiques formulées par Frédéric Zenati

322. — A l'instar de Ginossar, les critiques que Frédéric Zenati lance à l'encontre de la théorie classique des droits réels le conduisent à postuler « la nécessité théorique d'une

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² *Ibid.*

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 52 : « Les droits démembrés de la propriété n'impliquent en principe qu'une obligation négative de ne pas faire ou de subir. Lorsqu'une obligation positive peut être constatée, elle ne l'est qu'à titre exceptionnel ou accessoire en marge du droit ».

différenciation de la propriété et des droits réels »¹⁰³⁶. Il aboutira à cette conclusion par une critique des droits réels, du démembrement et du caractère corporel de l'objet de ces droits.

323. — Il part, du même constat que les personalistes qui affirmaient en leur temps que le droit réel, en tant qu'il est un droit subjectif, nécessite un rapport de droit entre un sujet actif et un sujet passif, l'un ayant une obligation envers l'autre. Cette définition exclue d'emblée la propriété du rang des droits réel, dès lors qu'elle est « le seul droit, dans la matière des biens, qui ne puisse se voir attribuer de sujet passif »¹⁰³⁷, contrairement à, d'une part, les droits de créance et, d'autre part, les droits réels sur la chose d'autrui. Pour Zenati, les personalistes sont aussi fautifs que les classiques, ils commettent différemment la même erreur. « Diviser, comme on le fait traditionnellement les droits selon qu'ils représentent un rapport entre deux sujets déterminés ou un rapport entre une personne et une chose, c'est en définitive faire une distinction entre les droits selon qu'ils comportent un rapport juridique ou qu'ils n'en comportent pas, car le rapport entre la personne et la chose n'a pas un caractère juridique »¹⁰³⁸.

Une alternative problématique se présente donc, dès lors que le maintien de la propriété en tant que droit patrimonial fondé sur l'idée d'obligation passe par le travestissement de l'idée même d'obligation. Dans le système des droits patrimoniaux de Frédéric Zenati, propriété et obligation se chassent comme c'est le cas pour droit réel et droit personnel dans le système classique. « Assimiler les droits réels à des fractions de propriété, dit-il, c'est soit nier qu'ils puissent être des prérogatives de même nature que les créances, et donc qu'ils puissent être des droits, soit admettre implicitement que la propriété et l'obligation étant tous deux des droits, elles partagent la même nature et comportent toutes deux une structure obligationnelle »¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 91.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 86.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 88.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 91.

324. — De même, une analyse critique de la théorie du démembrement conduit Frédéric Zenati à poser une alternative. En effet, « comment la propriété pourrait-elle se définir comme le droit d'user, de jouir et d'abuser lorsque par l'effet du démembrement elle perd un ou plusieurs de ses éléments constitutifs ? »¹⁰⁴⁰. Tirant les conséquences des conclusions de Vareilles-Sommières¹⁰⁴¹, il exprime l'idée qu'« il faut choisir entre une redéfinition de la propriété et l'abandon de la notion de démembrement »¹⁰⁴², sauf à exhumer les théories féodales du démembrement. En effet, la théorie du démembrement s'accommode mal d'autres éléments de la théorie classique de la propriété, telle que l'objet corporel des droits.

L'idée que l'objet d'un droit réel ne peut être que corporel n'est, selon Frédéric Zenati, qu'un axiome remontant au droit médiéval qui faisait une stricte distinction entre les choses et les droits ; les premiers étant corporels, les seconds étant incorporels. Dès lors qu'un droit ne pouvait porter sur un autre droit, il ne pouvait porter que sur une chose. Pour chasser cette critique, une certaine partie de la doctrine a affirmé que le démembrement d'un droit n'était pas un droit sur un autre droit, mais une partie du droit démembré.

Or, si l'on applique logiquement cette idée, il faudrait, par exemple, que chaque droit faisant l'objet d'un usufruit comporte un droit de propriété, ce qui pose problème dans le cas de l'usufruit des créances. Une autre alternative est de considérer que le démembrement aurait pour objet le droit démembré, donc, par exemple, le droit de propriété. Cette solution est possible dans la mesure où la théorie de l'incorporation qui assimile la propriété et son objet fait de la propriété un objet corporel. Mais, selon Frédéric Zenati, il est illogique que le démembrement d'un droit ait pour objet le droit dont il est issu. Pour l'auteur, l'objet corporel des droits est ici en cause. Principalement, d'une part, parce que la conception classique met le juriste devant une alternative absurde. Ou bien l'on considère que le droit de propriété, représentant le plus important des droits réels, est le seul qui a une différence de structure puisqu'il est le seul qui n'est pas un droit, mais une chose ; ou bien l'on considère que tous les droits réels ont pour objet un droit de propriété¹⁰⁴³. D'autre part, parce que

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 105.

¹⁰⁴¹ Le Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *op. cit.*

¹⁰⁴² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 112.

l'obligation de distinction entre les droits et leur objet ne concerne en réalité que les droits réels. Frédéric Zenati prend ici l'exemple du droit d'hérédité qui porte sur un bien incorporel qu'est l'universalité, ou même le droit de créance, qui ne porte pas, lui non plus, sur un objet corporel. L'existence de droits dont l'objet est immatériel met à mal l'idée selon laquelle tout droit porte sur un objet corporel¹⁰⁴⁴.

B. — Présentation de l'analyse néopersonnaliste du droit des biens par les auteurs néopersonnalistes

325. — Décidés à revenir sur les conceptions classiques du droit des biens, Samuel Ginossar, puis Frédéric Zenati-Castaing proposent une alternative, dont le point commun est d'isoler le droit de propriété des autres droits, qui sont, selon eux, des biens. Samuel Ginossar le fera sur le fondement d'une distinction entre droit absolu et droits relatifs (1.), tandis que Frédéric Zenati-Castaing ira plus loin, en faisant du droit de propriété le seul droit subjectif (2.).

1. — Le système de Samuel Ginossar : la propriété, seul droit patrimonial absolu

326. — Au terme de son étude, Ginossar propose une nouvelle classification des droits. La *summa divisio* distingue les droits absolus, qui sont les droits de propriété et les droits relatifs, qui sont des biens. « Le patrimoine, dit-il, comprend tout ce qui appartient en propre à la personne, c'est-à-dire la portion des biens de ce monde dont les autres sont exclus. Il se compose donc uniquement de droits absolus qui sont tous des droits de propriété »¹⁰⁴⁵. Ces droits de propriété pour objet deux types de biens : les biens corporels – les choses – et les biens incorporels que sont les droits intellectuels et les droits relatifs. Les droits relatifs se subdivisent à leur tour en droits réels et droit personnels.

« En résumé, écrit-il finalement, notre théorie repose, on le voit sur deux idées maîtresses : la généralisation de la notion de propriété, étendue aux biens incorporels, et notamment aux créances, d'une part ; et, d'autre part, la notion du droit réel sur la chose d'autrui comprise

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 113.

¹⁰⁴⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op. cit., p. 185.

comme un droit relatif, en vertu duquel le titulaire, propriétaire du droit réel, peut exiger une prestation, passive ou active, d'une autre personne déterminée, le propriétaire quel qu'il soit d'un bien déterminé »¹⁰⁴⁶.

2. — Le système de Frédéric Zenati-Castaing : la propriété, seul droit subjectif

327. — Frédéric Zenati-Castaing s'interroge sur les limites de la pensée personnaliste et de celle de Ginossar. En effet, « comment la clé du droit subjectif, la relation entre la personne et chaque élément de son patrimoine, le rapport affectant tous les droits et biens dans leur diversité pourraient-ils n'être qu'une catégorie de bien ? »¹⁰⁴⁷ En effet, l'auteur relève que la définition française moderne du droit subjectif, celle de Dabin, se confond peu ou prou avec la conception de la propriété de Ginossar. Pour Dabin, « le droit subjectif, c'est d'abord le sien : rendre à chacun son droit (*suum cuique tribuere*), c'est rendre à chacun le sien, ce qui est reconnu appartenir à chacun »¹⁰⁴⁸, la où Ginossar définit la propriété comme « la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne »¹⁰⁴⁹. Partant, comprendre la propriété comme étant de même nature que les droits patrimoniaux, comme un bien, serait un défi au bon sens. Puisque la propriété, ou le droit subjectif, est un rapport unissant un bien à une personne, et si l'on considère que la propriété est de même nature que les biens qu'elle est censée rattacher à un individu, « il faudrait admettre que la propriété elle-même est reliée au sujet par un type de rapport particulier qui pourrait s'appeler titularité mais aussi... propriété, de sorte que c'est par une structure "en abîme" que se résoudrait l'énigme de la relation personne-chose »¹⁰⁵⁰. Si, donc, la propriété, en tant que droit subjectif, est impropre à rendre compte d'un système de droits patrimoniaux cohérent, c'est que la définition du droit subjectif est imparfaite. Selon Frédéric Zenati-Castaing, la propriété exprimant le rapport entre le bien et l'individu, elle ne doit être confondue ni avec l'un, ni avec l'autre. En effet, « la propriété apparaît tout

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, pp. 191-192.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 709.

¹⁰⁴⁸ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁴⁹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Elaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁵⁰ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 712.

d'abord incontestablement comme une prérogative du sujet et distincte de celui-ci. Elle ne saurait donc être réduite ni au concept de chose ni à celui de personne »¹⁰⁵¹. Il faut donc redéfinir le droit subjectif de sorte qu'il se mêle avec la propriété pour déterminer la place véritable de la propriété et des droits patrimoniaux dans un système cohérent et moderne.

328. — Dans la mesure où la propriété se définit comme une relation d'appartenance d'un bien à une personne « chaque bien, chaque droit est l'objet d'un rapport de propriété par lequel le sujet exerce son pouvoir de jouissance et de disposition »¹⁰⁵². Or, le droit subjectif souffre d'un problème de définition dans la doctrine française moderne. En effet, tantôt, il est considéré comme un bien puisque, selon Roubier, « le droit subjectif devient un bien approprié, il est envisagé comme une res (res incorporalis). »¹⁰⁵³, tantôt comme un droit de propriété, en tant que, affirme Dabin, « il est donc vrai de poser que les droits subjectifs impliquent tous, d'une certaine manière, propriété, y compris le droit de créance, où le créancier est, d'une certaine manière, propriétaire des prestations auxquelles il a droit »¹⁰⁵⁴. Pour Frédéric Zenati-Castaing, donc, le mot droit est polysémique et désigne deux choses distinctes : « le bien et le rapport de propriété dont il est l'objet et qui le caractérise. Cette distinction conduit à observer que certains droits méritent le qualificatif de droit subjectif, que d'autres ne méritent pas »¹⁰⁵⁵. De cela, il en déterminera que la manière la plus cohérente de distinguer ceux des droits qui ont un caractère patrimonial ou non est d'isoler la propriété qui, parce qu'elle est un rapport d'appartenance, est l'essence de la subjectivité. La propriété est le droit subjectif et tous les autres droits réels et personnels sont des biens. Il résume ainsi : « Seule la propriété, qui est nulle part définie comme un bien ou un droit réel, est un droit à caractère subjectif, et pour cause, elle est le rapport de subjectivité même, celui par lequel le sujet peut dire d'un objet, juridique ou matériel, qu'il est sien »¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 749.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 751.

¹⁰⁵³ P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD* 1964, t. 9, *Le droit subjectif en question*, p. 17.

¹⁰⁵⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁵⁵ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 778.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, pp. 778-779.

329. — La propriété est un droit subjectif, donc, un pouvoir, là où le droit patrimonial consiste, comme les autres droits non subjectifs, en une obligation. « Le droit n'est pas un pouvoir, mais ce par quoi on est lié »¹⁰⁵⁷. Il croit donc trouver dans une doctrine plus ancienne (notamment Charles Demolombe), une distinction entre propriété et obligation. Le droit subjectif se caractériserait par un rapport de propriété, un pouvoir, là où le droit patrimonial se caractériserait par un rapport d'obligation. « Ces droits-objets qu'il est plus commode d'appeler droits patrimoniaux de part leurs caractéristique, sont des rapports d'obligation et la séculaire opposition de la propriété et des droits trouve ainsi son explication : elle n'est qu'une variante de la classification fondamentale des rapports juridiques en propriété et obligation »¹⁰⁵⁸. Ainsi, le patrimoine se compose, d'une part, des « biens », au sens classique du terme et, d'autre part, des droits patrimoniaux – droits réels et personnels.

§2. — Dépassement de l'analyse néopersonnaliste des rapports juridiques

330. — L'analyse néopersonnaliste par d'un constat : l'adoption, en droit privé français, des conceptions classiques du droit des biens, lesquelles résultent toutes, à divers degrés, de la confusion du droit de propriété avec les autres droits réels, pose des problèmes techniques, source d'inefficacité pour cette matière juridique. La solution est donc, selon les auteurs partisans de cette analyse, d'assimiler la notion de propriété à celle de droit subjectif, afin de l'extraire définitivement de la catégorie des droits patrimoniaux. « La propriété n'est pas un droit réel, écrit Frédéric Zenati-Castaing. Elle est une notion fondamentale du droit exprimant le rapport privatif par lequel une personne fait sienne un bien ou un droit. Ce rapport privatif est dénommé droit subjectif dans la pensée juridique moderne »¹⁰⁵⁹.

Ce faisant, les auteurs néopersonnalistes font de la propriété une notion fondamentale du droit civil des biens, « l'atome du droit privé : la relation privative »¹⁰⁶⁰, située au-delà de la seule catégorie des droits réels, mais, encore plus, au-delà de la catégorie des droits patrimoniaux, qu'ils soient réels ou personnels. Cette notion de précompréhension vaut

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 796.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, pp. 797-798.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 817.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 815.

pour tous les droits du droit civil, quels qu'ils soient. La propriété des néopersonnalistes embrasse l'intégralité du droit civil.

Force est de constater que cette compréhension nouvelle du droit civil des biens, voire du droit civil tout entier, n'a pas véritablement convaincu la doctrine privatiste, qui continue de perpétuer, dans les manuels et dans les analyses, des conceptions majoritairement classiques du droit des biens. Ce faisant, en droit administratif, la plupart des tentatives d'importer l'analyse néopersonnaliste sont, soit très superficielle¹⁰⁶¹, soit restées lettre morte (A.). Et il nous semble qu'une tentative supplémentaire serait vouée au même destin. Aussi notre projet est-il différent (B.).

A. — Limites des tentatives fondées sur l'utilisation des notions du droit civil des biens

331. — À notre connaissance, peu de tentatives d'utiliser, en droit administratif des biens, les notions du droit civil des biens développées par les auteurs néopersonnalistes existent. Il est possible d'en mentionner au moins deux.

D'une part, l'auteur qui a le plus directement procédé à l'utilisation de l'analyse néopersonnaliste en droit administratif des biens est certainement Sylvain Fourmond, dans le cadre de sa thèse de doctorat portant sur les occupations privatives du domaine public¹⁰⁶². Au cours de ce travail, l'auteur confronte la situation des occupants privatifs du domaine public à la notion d'obligation réelle développée par Samuel Ginossar dans sa monographie sur le droit réel¹⁰⁶³. L'ambition annoncée de l'auteur, dès l'introduction, est d'« analyser la situation juridique des occupants privatifs du domaine public en s'inspirant du droit privé », afin « de ne pas transposer artificiellement des raisonnements de droit privé en droit public mais, partant du droit administratif des biens, et de ses caractéristiques irréductibles, tenter d'apporter une nouvelle façon d'appréhender les droits accordés à une personne privée sur

¹⁰⁶¹ C'est le cas des nombreux manuels qui reprennent la définition de la notion de bien de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet sans reprendre avec, toute la réflexion qui la soutient (Cf. Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 1, Section n° 1).

¹⁰⁶² S. FOURMOND, *Occupations privatives du domaine public et droit des patrimoines. Le droit des biens à l'aune de l'obligation réelle*, dir. J.-C. HÉLIN, Thèse de l'Université de Nantes, 2000.

¹⁰⁶³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, *op. cit.*

les dépendances du domaine public »¹⁰⁶⁴. L'entreprise n'est donc pas ici tant prescriptive que descriptive, puisque l'ambition affichée est d'utiliser les conceptions néopersonnalistes du droit des biens en tant que grille de lecture pour une meilleure compréhension de rapports juridiques ayant cours en droit administratif.

D'autre part, Hervé de Gaudemar, dans sa thèse de doctorat portant sur la règle de l'inaliénabilité du domaine public, s'interroge également sur la manière dont la notion de réelle est appréhendée par les auteurs néopersonnalistes, en citant directement les travaux de Frédéric Zenati-Castaing. L'auteur mobilise en effet la notion néopersonnaliste du droit réel, qui n'est pas vue comme un démembrement du droit de propriété, pour démontrer la compatibilité théorique de ces droits réels avec la règle de l'inaliénabilité du domaine public, définie comme interdisant la constitution de tels droits sur ce domaine¹⁰⁶⁵.

332. — Toutefois, ces deux tentatives contiennent des limites, qui sont de deux ordres.

La première et que ces tentatives ne sont que partielles. D'une part, l'utilisation par Sylvain Fourmond de la notion d'obligation réelle développée par Samuel Ginossar ne concerne qu'un segment du droit administratif des biens, à savoir la théorie des droits réels en droit administratif. D'autre part, l'utilisation par Hervé de Gaudemar de la critique de la théorie du démembrement du droit de propriété ne concerne qu'une analyse sur la règle de l'inaliénabilité en droit administratif. La limite est ici double, dans la mesure où elle n'utilise qu'une fraction de la réflexion de ces auteurs civilistes pour ne l'appliquer qu'à une fraction de la réflexion qui pourrait être menée sur la modernisation du droit administratif des biens. En effet, Samuel Ginossar et Frédéric Zenati-Castaing développent un propos globalisant qui embrasse l'entièreté du système patrimonial en droit privé, dont les éléments ne sont pas dissociables les uns des autres. Il n'est donc pas possible de s'inspirer d'une partie de cette réflexion sans créer de nouvelles contradictions internes, au sein du droit administratif des biens qui constitue un ensemble intellectuellement cohérent, fût-il critiquable.

¹⁰⁶⁴ S. FOURMOND, *Occupations privatives du domaine public et droit des patrimoines. Le droit des biens à l'aune de l'obligation réelle*, op. cit., p. 19.

¹⁰⁶⁵ H. DE GAUDEMAR, *L'inaliénabilité du domaine public*, op. cit., pp. 503 et suiv. Cf., Partie n° 1, Titre n° 2, Chapitre n° 2, Section n° 1.

La seconde est que ces tentatives ne consistent qu'en l'utilisation de notions issues du droit civil, qui ne diffèrent que dans le sens où elles émanent d'un courant marginal au sein de cette discipline. Certes le courant néopersonnaliste s'est donné pour mission de dépouiller les notions du droit civil des biens de ses conceptions classiques, afin qu'elles soient apurées de leur altération médiévale et de toute la construction qui s'ensuit. En ce sens, elles paraissent plus proches de formes fondamentales du droit que les notions mieux reçues par la doctrine de droit civil et c'est la raison qui fait qu'elles sont intensivement mobilisées dans le cadre de notre recherche. Toutefois, ces notions ont été développées dans le cadre d'une discipline particulière, le droit civil des biens, qui n'a pas vocation à appréhender les notions fondamentales du droit dans une perspective globalisante et transversale, de sorte qu'elle encourt les mêmes préjugés idéologiques que les notions développées par la doctrine classique. Il ne s'agit pas là, à proprement parler, d'une limite, puisque le mécanisme déjà connu d'importation-adaptation ici à l'œuvre est un outil comme il en est d'autres, de dialogue entre deux disciplines juridiques. Mais, il ne s'agit pas du parti pris dans cette recherche, qui consiste à utiliser, qui, bien qu'inspirée du travail mené par les auteurs néopersonnalistes, vise à les dépasser sur certains aspects.

B. — Proposition d'une tentative fondée sur l'utilisation du fonds commun du droit des biens

333. — En introduction de cette recherche, nous avons défini le fonds commun du droit des biens comme l'ensemble des formes juridiques fondamentales qui sont les éléments objectifs invariables des différents régimes juridiques, de droit public ou de droit privé, qui permettent l'appropriation des choses et déterminent, consciemment ou inconsciemment les acteurs juridiques dans la création et la gestion de ces régimes juridiques. Dès lors que le droit administratif s'est isolé de son fonds commun, l'utilisation intensive des notions développées en droit civil a été essentielle et a permis d'isoler ces formes fondamentales en deux temps. Dans un premier temps, l'étude du retour aux sources opéré par les auteurs néopersonnalistes a permis de prendre conscience des nombreuses constructions par couches sédimentées que ces formes fondamentales ont subi au fil des âges, depuis l'altération médiévale des notions du droit romain. Dans un second temps, et sur le fondement de cette étude, il a été permis d'aller plus loin et de tenter d'ôter complètement l'enveloppe civiliste qui recouvre ces notions épurées, afin, non pas seulement de les rendre

compatibles avec le droit administratif, mais de révéler que ces notions n'en sont pas moins à l'origine qu'elles n'en sont au droit civil.

Si les droits administratif et civil actuels semblent s'être construits depuis le XIX^e siècle, il semble qu'il existe, sous une forme ou sous une autre, une distinction juridique entre ce qui relève de la puissance publique et ce qui relève de la volonté individuelle. Pour ce qui concerne le droit des biens, les auteurs, en droit civil, comme en droit administratif, remontent, chacun pour leur discipline, au moins jusqu'au droit romain pour établir l'existence de biens soumis à un régime particulier que l'on peut qualifier de droit public ou de droit privé. À cet égard, chercher dans l'histoire, une période qui préexisterait à la dichotomie entre le droit public et le droit privé est une gageure. C'est donc sur un autre plan, que le plan chronologique, qu'il faudra établir la distinction entre les notions fondamentales du droit des biens et les notions telles qu'elles s'incarnent dans le droit positif.

Dès lors, la solution ici retenue consiste à dire que le cadre d'analyse doit reposer sur une distinction claire entre les formes juridiques fondamentales et régimes juridiques positifs. La fonction de cette nouvelle grille de lecture du droit étant la reconnaissance, l'évaluation et l'amélioration des régimes juridiques positifs, les formes juridiques fondamentales ne peuvent s'y confondre. Elles sont d'une nature différente et ne sont pas réelles.

Les formes juridiques fondamentales sont, donc, les notions juridiques pures, c'est-à-dire, avant qu'elles ne s'incarnent dans des régimes juridiques concrets, qu'ils soient de droit privé ou de droit public, relevant de tel ou telle discipline juridique auxquels, d'une certaine manière, elles préexistent, au moins intellectuellement. Il s'agit de notions destinées à former un cadre d'analyse de ces systèmes. Au contraire, donc, les notions juridiques positives sont les notions juridiques concrètes, qui constituent la manifestation phénoménale des notions fondamentales. Le régime de la propriété privée et des droits patrimoniaux, les statuts juridiques de la Lune et du corps humain, la police spéciale du cinéma et la domanialité publique, n'en sont que plusieurs parmi tant.

334. — Les formes juridiques fondamentales du droit des biens sont au nombre de trois : les personnes et les choses, qui sont les éléments fondamentaux ; et les rapports juridiques, qui sont les relations juridiques, qui lient ou ont pour objet ces éléments fondamentaux.

Les éléments fondamentaux du système sont de deux ordres : il s'agit, d'une part, des personnes, sujet de droit, et, d'autre part, des choses, objet de droit.

Ces éléments présentent deux caractères qu'il convient de signaler. Le premier caractère est que l'ensemble des éléments fondamentaux est exhaustif, c'est-à-dire que l'intégralité de ce qui existe est, soit une personne, soit une chose. Le choix a été fait de poser une définition positive de la notion de personne, ainsi qualifiée comme tout ce qui peut être sujet – actif ou passif – d'un droit, ou, en d'autres mots, comme tout ce à quoi l'on peut rattacher un droit par un rapport d'exclusivité. En conséquence, la notion de chose se définit de manière négative, comme tout ce qui n'est pas une personne. Ainsi, il semble que dans le monde juridique de ce qui existe, tout ce qui satisfait à la définition de la personne en est nécessairement une, tout ce qui n'y satisfait pas est nécessairement une chose. Ceci laisse entrevoir le second caractère de cette dichotomie, qui est que les sous-ensembles que constituent les personnes et les choses sont exclusifs l'un de l'autre. Ainsi, tout ce qui satisfait à la définition de la personne ne peut pas également être qualifiée de chose et inversement.

Les personnes, d'une part, sont tout ce qui peut être sujet de droit, c'est-à-dire tout ce à quoi l'on peut rattacher un droit par un rapport d'exclusivité. La personne peut être le sujet actif de ce droit, c'est-à-dire le créancier. Elle peut être le sujet passif de ce droit, c'est-à-dire le débiteur. La notion de personne, forme fondamentale du droit, dans ce cadre d'analyse, est différente de la variété de personnes qui constituent des entités de droit positif auquel s'applique des régimes juridiques particuliers. Certaines personnes physiques peuvent être des parents, des époux, ou des salariés du secteur privé, ou tant d'autres statuts juridiques. De la même manière, les personnes morales peuvent être des sociétés commerciales, des fondations, des établissements publics, et tant encore. Il s'agit là de la forme fondamentale de personne, incarnée dans un réseau de règles – subjectivement, de droits et d'obligations –, relatives à leur constitution, leur existence, leur évolution, leurs prérogatives et leur disparition.

Les choses, d'autre part, sont, négativement et avant toute chose, tout ce qui ne peut pas être sujet de droit. Mais, elles sont, positivement et surtout, tout ce dont l'utilité justifie qu'elles fassent l'objet d'un rapport d'exclusivité par une personne. Dans une perspective liée

à la théorie de la valeur-utilité, tout ce que l'esprit humain peut imaginer être favorable, quelle que soit la forme ou la substance de cette chose, matérielle ou non, et à partir du moment où son usage ne peut pas être concurremment fait par tous – et nécessite donc d'être rendu exclusif – est susceptible d'être saisi par le droit. Dans l'idée d'échapper au seul droit civil des biens, l'emploi de la notion de « chose » peut être source de confusion. Au contraire, il apparaît que cette notion, justement parce qu'elle désigne, en droit patrimonial, la notion de « bien » avant qu'elle ne soit saisie par le droit de propriété, est la plus appropriée. Elle désigne la substance de ce qui est utile avant qu'un régime particulier, celui du droit civil des biens, ne l'enserme. Comme l'indique Frédéric Zenati, la doctrine « conçoit la chose sans le droit »¹⁰⁶⁶. À ce titre, elle constitue une forme fondamentale en tant qu'elle permet d'envisager que d'autres régimes juridiques ne l'enserment, comme ce peut être le cas, avec le régime de la comptabilité ou celui de la police, particulièrement, le régime des choses communes. Cette notion constitue donc le pont recherché entre les différents régimes juridiques de sorte à les analyser, simultanément dans un système.

Les rapports juridiques organisent les relations entre les personnes entre elles et entre les personnes et les choses. Ils présentent deux caractères. Le premier est que les rapports juridiques ne lient que les personnes entre elles. Le droit est un phénomène humain et seules les personnes peuvent être les sujets actifs ou passifs de droit. Le second est, qu'il se divise en deux catégories fondamentales, reprises à Samuel Ginossar, que sont les droits absolus et les droits relatifs.

Les droits absolus, d'une part, sont les liens subjectifs par lesquels une personne est liée à une chose par un rapport d'exclusivité, opposable à une ou plusieurs autres personnes et qui lui permet d'en disposer juridiquement. À ces droits fait face une obligation d'un genre particulier, inspirée de Marcel Planiol, l'obligation passive universelle, qui désigne l'obligation pour toutes les autres personnes négativement définies comme étant celles qui ne sont pas le titulaire du droit absolu considéré, de ne pas s'opposer à l'exercice du pouvoir de disposition de cette personne sur la chose qui en est l'objet. C'est donc la nature du

¹⁰⁶⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, op. cit., p. 114.

débiteur de l'obligation – cette définition négative – qui permet d'isoler les droits absolus des autres.

Les droits relatifs, d'autre part, sont également des liens subjectifs par lesquels une personne est liée à une chose par un rapport d'exclusivité, opposable à une ou plusieurs autres personnes et qui lui permet d'en disposer juridiquement. Ils se distinguent toutefois des droits absolus dans la mesure, d'une part, où le débiteur de l'obligation est positivement défini et, d'autre part, où ils sont eux-mêmes rattachés à une personne par un lien de droit constitutif d'un droit absolu. En effet, les droits relatifs sont, contrairement aux droits absolus, des choses, qui peuvent éventuellement avoir pour objet une chose, ce qui leur donne cette double nature. À cet égard, les droits relatifs sont des choses d'une nature particulière. À côté des choses corporelles, qui sont issues de la transformation du matériel et des choses intellectuelles, qui sont issues de la créativité et de l'imagination d'une personne, ces choses, que l'on peut qualifier de juridiques, sont issus du commerce juridique entre les personnes que rend nécessaire toute vie en société. Mais toutes ont en commun, d'un point de vue fondamental, d'être une fraction d'utilités qu'il est possible de rendre excluable par le droit.

Conclusion du Chapitre n° 2

335. — Tout acte de « patrimonialisation » résulte d'une soumission d'une chose au droit de propriété. Mais toutes les choses ne sont pas solubles dans le régime des biens du droit civil. La propriété se montre incapable à saisir un nombre considérable de choses qui, soit lui échappent, soit relève d'autres régimes juridiques qui ont un aspect patrimonial¹⁰⁶⁷. La tentative, par les auteurs néopersonnalistes, d'étendre ce mécanisme de patrimonialisation à tout le droit civil, qu'il soit ou non patrimonial, en réduisant les notions de propriété et de droit réel à leur plus petit dénominateur commun est, de ce point de vue, un appel à l'utilisation du fonds du droit des biens. Afin que ce fonds commun devienne commun avec le droit administratif, c'est-à-dire, afin d'aller un peu plus loin dans le dépouillement de caractères que ces notions présentaient et qui pouvaient encore être ramenées à une forme plus fondamentale, il n'a pas fallu faire grand-chose. Ceci montre combien le droit civil est

¹⁰⁶⁷ Partie n° 1, Titre n° 2, Chapitre n° 1.

arrimé à son histoire, mais aussi combien cette histoire est partagée avec le droit administratif.

Conclusion du Titre n° 1

336. — Ce titre visait à développer les formes fondamentales constitutives du fonds commun du droit des biens à partir d'une approche historique et pragmatique, et non pas théorique. Plutôt que de poser un système en hypothèse, avant d'en éprouver la validité, il s'est agi ici de partir du donné positif et d'isoler les éléments qui structurent fondamentalement tout le droit des biens, qu'il soit public ou privé. À cet égard, si les définitions ainsi dégagées sont des catégories mentales idéales, en ce sens qu'elles se distinguent des notions juridiques qui n'en sont qu'une manifestation, elles en émanent, dans un processus qui part du réel. Cette approche a pour objectif, non pas de créer ces notions, mais de les découvrir, comme on dit de les inventer. Ainsi, par définition, les formes fondamentales du fonds commun du droit des biens préexistent à leur formulation.

En conséquence, leur utilisation ne peut véritablement être prescriptive, et il ne s'agit pas de faire rentrer les catégories du droit positif dans ces formes, dès lors que l'on part du postulat qu'elles leur sont déjà consubstantielles. Toute entreprise visant à mobiliser le fonds commun du droit des biens doit donc avoir une vocation descriptive, destinée à aposer le langage par lequel on les désigne à des objets déjà existants, sans ambition de les modifier dans un but opérationnel. Le fonds commun du droit des biens ne fait rien d'autre qu'ouvrir un espace mental permettant une meilleure appréhension du droit positif et des liens existants entre des régimes juridiques qui, toutes les fois où ces formes fondamentales demeureront ignorées, auront l'apparence de la singularité.

À cet égard, le propos qui suit ne doit pas être vu comme la tentative de proposer une altération du droit administratif, tant que de présenter différemment, d'une manière qui se veut plus cohérente et performante, ce qui est déjà.

TITRE N° 2. — UN DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS RÉORGANISÉ

337. — À partir des notions du droit civil des biens éclaircies, pour mettre au jour les formes fondamentales constitutives du fonds comun du droit des biens et organisées en système, il s'agit, désormais de proposer de couler les institutions du droit public dans ce nouveau cadre d'analyse, de sorte à en éprouver la pertinence et l'efficacité. L'hypothèse qu'il s'agit d'éprouver consiste à évaluer la possibilité d'apposer une grille de lecture issue de la science juridique patrimoniale à tout le droit public, de sorte à jeter des ponts intellectuels entre les différentes matières qui la composent, en les unissant par un même langage.

Deux écueils pourraient survenir. Le premier est technique. Est-il possible d'apposer les mots du droit des biens, même les plus épurés possible, à des mécaniques aussi variées que celles qui constituent les différents champs du droit public ? Il semble que cela soit le cas, le concept de droit subjectif – et son pendant, l'obligation – étant profondément ancré dans la pensée juridique et suffisamment lâche, en termes de contenu, pour y accueillir tout ce qui se compte de situations juridiques. Le second relève des valeurs, et est plus épineux. Est-il possible d'importer, dans une matière culturellement rétive au lucre et à la stabilité de valeurs économiques destinées aux intérêts particuliers souvent égoïstes, des techniques issues d'une discipline toute entière destinée à satisfaire ces objectifs, furent-elles privées de l'imaginaire collectif qui les accompagne ? La réponse à cette question est plus épineuse, ne serait-ce qu'au regard du destin qui est celui des tentatives précédentes, particulièrement celle de Maurice Hauriou¹⁰⁶⁸.

Ce qui suit est une proposition de surmonter ces deux écueils, d'une part, en ne forçant pas la compatibilité technique des notions que nous mobiliserons et, d'autre part, en prenant le plus grand soin de détacher au mieux l'application de notions largement issues du droit civil à la souveraineté ou à la puissance publique, en privant notre analyse des éléments de langage les plus « propriétairenistes ».

¹⁰⁶⁸ Cf. Partie n° 1, Titre n° 1, Chapitre n° 2, Section n° 2.

338. — Pour ce faire, les éléments relevant le plus directement de l'*imperium*, seront radicalement distingués de ceux appartenant au droit public, mais dont le rattachement au *dominium* est plus communément admis. Le choix est fait, après Maurice Hauriou, de scinder le propos en deux ordres : celui de la souveraineté, qui contient toutes personnes, choses et rapports juridiques relevant du commerce administratif (**Chapitre n° 1**), et celui de la propriété, qui contient toutes les personnes, choses et rapports juridiques relevant du commerce civil (**Chapitre n° 2**).

CHAPITRE N° 1. — LES CHOSES PUBLIQUES DE L'ORDRE DE LA SOUVERAINETÉ

339. — C'est à Maurice Hauriou qu'est empruntée l'idée d'un ordre, mu par une « sorte de propriété », qui regroupe les droits issus de la puissance publique, organisés sous forme d'un patrimoine. « Il y a chose et chose, écrit-il, et, dans le régime d'État, il y a des choses qui sont de l'ordre de la souveraineté et non pas de l'ordre de la patrimonialité. Ce n'est, d'ailleurs, pas une raison pour que ces choses ne soient pas l'objet d'une sorte de propriété, car il y a des formes de propriété qui sont elles-mêmes de l'ordre de la souveraineté ou de l'ordre du pouvoir et qui ne sont pas de l'ordre de la patrimonialité »¹⁰⁶⁹.

Dans ce chapitre, il s'agira de construire les objets techniques de cet ordre de la souveraineté à l'aide des outils techniques développés dans le titre précédent. Des personnes, exerçant des pouvoirs juridiques entre elles, ayant pour objet des choses, voilà de quoi sera composé ce réseau de droits subjectifs, qui pourrait permettre une meilleure compréhension de la structure du droit administratif en général, par son articulation avec le droit administratif des biens classique.

Il s'agit ici de partir de l'apparent, à savoir, les droits publics subjectifs effectivement consacrés par le droit positif (**Section n° 1**) et de l'étude de la structure juridique de ces démembrements de la puissance publique, afin de découvrir les « choses de l'ordre de la souveraineté » qui en sont à l'origine (**Section n° 2**).

Section n° 1. — Les droits publics subjectifs : biens privés produits des pouvoirs exercés sur les choses de l'ordre de la souveraineté

340. — La notion de droit public subjectif a fait l'objet de nombreuses études¹⁰⁷⁰. Pour ce propos, nous retiendrons la définition du Professeur Norbert Foulquier. Dans sa thèse de doctorat, il écrit : « Un administré est titulaire d'un droit subjectif quand il remplit les conditions lui permettant d'être considéré comme bénéficiaire du pouvoir d'exiger –

¹⁰⁶⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11^e édition, *op. cit.*, p. 601, note n° 1.

¹⁰⁷⁰ V., pour une bibliographie complète sur la question N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, préf. F. MODERNE, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003.

reconnu par une norme générale ou individuelle, ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir, dans un but personnel socialement légitime –, un certain comportement de la part des personnes publiques – ce qui constitue l'objet de leur obligation –, afin de se procurer un certain avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a, expressément ou implicitement considéré comme licite. »¹⁰⁷¹

À titre préliminaire, il convient de remarquer que cette définition recouvre un nombre conséquent de situations juridiques très diverses. Toutefois, le propos qui suit se concentrera sur les manifestations les plus saillantes de ces droits : l'autorisation administrative, l'autorisation temporaire d'occupation du domaine public ou encore, la concession de service public. La raison en est que ces actes ont donné lieu à une jurisprudence fournie, de même que d'importants commentaires de la part de la doctrine, qui formeront la matière première de notre analyse. Mais, ces droits n'ont d'autre originalité que d'avoir été expressément saisis par le droit, ce qui les rend plus évident à appréhender dans le cadre d'une étude juridique. Ils ne sont, toutefois, que quelques arbres qui cachent la forêt, immense et difficilement pénétrable, des droits publics subjectifs et les conclusions qui pourront être formulées sur la patrimonialisation des autorisations administratives ne leurs sont pas exclusives et valent, par analogie, pour tous les droits publics subjectifs.

341. — L'ambition de cette première section est double. Il s'agit, directement, de replacer les droits publics subjectifs dans un système de droit administratif des biens cohérent et efficace, à partir des outils développés dans le titre précédent. Il s'agit, à cette fin, d'analyser leur structure patrimoniale. Mais il s'agit également, indirectement, de rechercher, dans ces éléments concrets du droit administratif, les choses, au sens où nous l'entendons, qui en sont à l'origine et qui constituent l'objet du commerce juridique en droit public.

Il s'agira donc, dans un premier temps, de révéler la valeur des droits publics subjectifs (§1.) cette dernière justifiant leur structuration sous la forme de biens (§2.).

¹⁰⁷¹ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, *op. cit.*, n° 421, p. 405.

§1. — La valeur économique des droits publics subjectifs

342. — Rechercher la valeur économique des droits publics subjectifs semble une entreprise laborieuse, tant le droit public apparaît hostile, par définition, à l'adjonction de ces deux notions. Aussi, n'est-il pas curieux de constater que les efforts et l'ingéniosité développés dans le droit public pour neutraliser – à défaut de pouvoir faire disparaître – la valeur économique des actes de puissance publique constituent, jusqu'à une époque récente, l'histoire de la patrimonialisation des actes administratifs, cependant que le droit privé n'hésite pas à reconnaître la propriété privée de nombreux droits publics subjectifs ainsi formalisés. Certes, le législateur de la première moitié du XX^{ème} siècle fait plus que largement sa part dans le processus de reconnaissance progressive de cette valeur¹⁰⁷², mais il faut attendre la seconde moitié du XX^{ème} siècle et le développement juridique de la pensée économique néolibérale, en partie sous l'influence du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, pour que, progressivement, ce phénomène s'accélère.

L'actualité récente, de la gronde des chauffeurs de taxis à celle des notaires contre la « loi Macron »¹⁰⁷³, montre pourtant que les problématiques liées à cette patrimonialisation ne sont pas encore entièrement épuisées. Au contraire, bien que le droit public ait reconnu, sinon la propriété, à tout le moins la possession¹⁰⁷⁴, par les personnes privées, de valeurs économiques issues des droits qu'elle délivre, l'on constate que l'État ne sait pas toujours comment appréhender cette valeur, une fois créée.

Il semble alors que le nœud du problème réside ici : la réflexion sur la valeur économique des droits publics subjectifs dans le patrimoine des personnes privées ne s'accompagne pas

¹⁰⁷² La loi du 9 novembre 1915, *relative à la réglementation de l'ouverture de nouveaux débits de boissons*, sera la première d'une longue série d'atteintes législatives au fameux « décret » d'Allarde, des 2 et 17 mars 1791, acte fondateur de la liberté du commerce et de l'industrie. L'instauration progressive de régimes d'autorisation, pour certaines activités, et les batailles juridiques qui s'ensuivirent sur leur place au sein de la notion de fonds de commerce furent à l'origine d'une véritable contamination du droit public économique par la logique commerciale. V. A. JAUFFRET, « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 2, Paris, LGDJ, 1950, p. 33.

¹⁰⁷³ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

¹⁰⁷⁴ La propriété désigne un pouvoir juridique vis-à-vis de la chose (céder, à titre onéreux ou gratuit, concéder l'usage ou les fruits sont des exemples), là où la possession désigne un pouvoir matériel sur la chose (consommer, utiliser la chose, etc.).

habituellement, d'une réflexion sur la dimension économique de l'activité normative des personnes publiques. Si le droit positif et la doctrine reconnaissent aujourd'hui, bien qu'ils ne le fassent que de manière incomplète, que les autorisations administratives ou les concessions de service public constituent des valeurs économiques dans le chef des particuliers – rompant ainsi avec le dogme de la pureté altruiste de l'activité publique des personnes privées –, ils peinent à trouver l'origine de cette valeur économique dans l'établissement de régimes d'autorisations par les personnes publiques, dès lors que cela reviendrait à assimiler l'activité de réglementation de police à une simple activité de production de biens sujets à commerce, voire à spéculation.

343. — Si l'on reconnaît que les personnes privées détenant des droits publics subjectifs disposent bien de valeurs économiques, ces dernières ne sont pas juridiquement considérées comme des biens (A.). Il s'agira alors de démontrer que ce paradoxe entre la structure économique et la structure juridique des autorisations administratives entraîne une gestion souvent peu performante des régimes d'autorisations administratives par les personnes publiques ; en dépit de l'émergence, encore marginale, de certains mécanismes plus aboutis, qui pourraient bien ouvrir la voie à une généralisation (B.).

A. — La valeur économique des droits publics subjectifs pour leurs détenteurs

344. — Rechercher de la valeur économique des droits publics subjectifs revient à déterminer dans quelle mesure le droit reconnaît la valeur en usage et la valeur en échange des autorisations administratives. Autrement dit, il s'agit de savoir si l'un de ces droits produit des utilités économiques à celui qui, d'une part, exerce les prérogatives qu'il lui confère – puisque telle est la raison de sa création – (1.) ou, d'autre part, le cède (2.).

1. — La valeur en usage des droits publics subjectifs en droit fiscal

345. — Dans sa thèse de doctorat, consacrée à la notion de propriété économique¹⁰⁷⁵, Gauthier Blanluet recherche et trouve dans le droit fiscal les outils qui permettent de

¹⁰⁷⁵ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA, M. COZIAN, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 313, 1999, 493 pages.

débusquer la valeur économique des notions et situations juridiques. En effet, l'office du juge de l'impôt a pour particularité de s'intéresser, plus qu'aucun autre, aux conséquences économiques des situations juridiques¹⁰⁷⁶. « Une situation de droit, écrit-il, n'est jamais regardée par la fiscalité dans sa finalité ou dans ses caractéristiques juridiques intrinsèques mais dans sa mise en œuvre ou, tout au moins, dans son aptitude à constituer ou produire de la richesse, c'est à dire de la matière imposable »¹⁰⁷⁷. En droit comptable et en droit fiscal, la valeur en usage des éléments de l'actif immobilisé de l'entreprise apparaît avec le plus de netteté à deux moments : lorsqu'il s'agit de l'identifier (a.) et lorsqu'il s'agit de l'amortir (b.).

a. — *Valeur en usage des droits publics subjectifs et notion d'actif immobilisé*

346. — Concernant d'une part, les autorisations administratives, la pratique¹⁰⁷⁸ distingue entre les autorisations administratives avec droit de présentation et celles qui n'ont pas de droit de présentation.

Dans cette première hypothèse, la reconnaissance du caractère d'immobilisation de l'autorisation n'a pas fait longtemps débat. Elle est parfois très ancienne, comme c'est le cas pour les licences de débit de boissons¹⁰⁷⁹. L'exemple des licences de taxi est, à cet égard, intéressant. L'article 38 *quinquies* de l'annexe III au Code général des impôts, dans sa rédaction issue du décret n° 84-184 du 14 mars 1984, dispose que « les immobilisations sont inscrites au bilan pour leur valeur d'origine. Cette valeur d'origine s'entend : (...) Pour les immobilisations acquises à titre gratuit, de la valeur vénale. »¹⁰⁸⁰. Le régime antérieur, qui

¹⁰⁷⁶ Cette controverse, qui portait sur l'autonomie du droit fiscal opposait Louis Trotabas à François GénY. V. L. TROTABAS, « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », *D. H.* 1926, chr. n° 23, p. 29 ; « Essai sur le droit fiscal », *Rev. de sc. et lég. fin.* 1928, p. 201 ; « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français, *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, R. Sirey, 1929, p. 712 ; F. GÉNY, « Le particularisme du droit fiscal », *RTD Civ.* 1931, p. 797.

¹⁰⁷⁷ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁷⁸ A.-L. BLANDIN, M.-A. DEYSINE et al., *Mémento pratique comptable*, 35^e édition, Paris, Francis Lefebvre, coll. « Mémento pratique », 2016, n° 1638-2, p. 762.

¹⁰⁷⁹ Cass. Req., 14 juin 1926, *Gaz. Pal.* 1926, II, p. 442 ; Cons. d'État, 15 décembre 1982, n° 27 922, *RJF* 2/82, n° 177 : « Considérant qu'à supposer que, comme l'allègue la société sans d'ailleurs l'établir, cette licence ait été acquise pour le compte de la société, la dépense a eu pour contrepartie l'acquisition d'un élément d'actif non amortissable et ne constituait donc pas une charge déductible ; ».

¹⁰⁸⁰ Art. 38 *quinquies* de l'annexe III au Code général des impôts.

prescrivait l'inscription au bilan les éléments de l'actif immobilisé s'entendait « Pour les immobilisations acquises par l'entreprise, du coût réel d'achat augmenté, le cas échéant, des frais accessoires tels que les frais de transport, droits de douane, ainsi que des frais d'installations et de montage ». Il est normal donc que l'acquisition gratuite de licences de taxi aient conduit à ce qu'elles soient inscrites pour une somme nulle au bilan¹⁰⁸¹.

Reprenant les critères de la décision *SA Sife*, le juge décide donc que les onze licences de taxi doivent bien suivre le régime des éléments incorporels de l'actif immobilisé, en tant que « constituant une source régulière de profits, dotés d'une pérennité suffisante et susceptibles de faire l'objet d'une cession. »¹⁰⁸² Ainsi, alors même que, au même titre que la décision de 1992, les licences étaient acquises à titre gratuit, la Cour administrative d'appel donne raison au vérificateur qui, ayant constaté cette gratuité, « a par suite réintégré au résultat de l'année 1988 la minoration d'actif net correspondant à la valeur vénale desdites licences, soit 1 100 000 F. »¹⁰⁸³ accordant ainsi une valeur économique à une autorisation administrative acquise gratuitement, au motif qu'elle est productrice de revenus ; au titre, donc, de sa valeur en usage.

Lorsqu'en revanche, les autorisations administratives ne permettent à son détenteur de présenter un successeur, la question a été plus épineuse. Par une décision de 1972, le Conseil d'État a tranché sur ce sujet, à propos des autorisations d'exercer une activité bancaire. En l'espèce, une loi du 13 juin 1941, réglementant la profession bancaire, disposait, que « l'inscription sur la liste des banques présente le caractère d'une autorisation administrative personnelle, révocable et exclusive de tout droit à présenter un successeur »¹⁰⁸⁴. Il en découlait, selon les juges, que l'autorisation était, par conséquent, dépourvue de valeur en échange. La loi prévoyait en revanche que, dans l'hypothèse où une banque avait pu obtenir une autorisation parce qu'une autre banque avait perdu la sienne, elle en soit indemnisée. Il sera alors décidé, contrairement à la jurisprudence antérieure¹⁰⁸⁵, que le montant de cette

¹⁰⁸¹ Cons. d'État Plén., 10 avril 1992, *SA Charenton-Taxis*, n° 81 018, *RJF* 6/92, n° 776.

¹⁰⁸² CAA Paris, 2 novembre 2001, *Société TPA*, n° 97-943, *RJF* 6/02, n° 609.

¹⁰⁸³ CAA Paris, 2 novembre 2001, *Société TPA*, n° 97-943, *RJF* 6/02, n° 609.

¹⁰⁸⁴ Cons. d'État, 25 octobre 1972, req. n° 78 181, Rec. p. 678, *Dr. fisc.* 22/73, comm. 845, concl. L. MEHL.

¹⁰⁸⁵ Cons. d'État, 6 février 1963, req. n° 51 474, Rec. p. 76.

indemnité réponde, pour celui qui l'acquitte, à « l'entrée dans son patrimoine d'un élément incorporel dont la valeur s'incorpore à celle du fonds de commerce »¹⁰⁸⁶. Cette indemnité, « d'une valeur représentée par la clientèle démarchée par l'établissement radié »¹⁰⁸⁷, représente alors la valeur en usage de l'autorisation.

La question se pose alors, concernant autorisations dont aucun droit de présentation, ni aucune indemnité perçue ne permet d'évaluer la valeur, qui représentent deux hypothèses : d'une part, « lorsque l'autorisation est obtenue gratuitement, et en l'absence de marché actif permettant d'en évaluer la valeur » ; et, d'autre part, « lorsqu'elle est acquise moyennant le versement d'une redevance annuelle variable »¹⁰⁸⁸. Dans ces deux cas toutefois, ce n'est pas l'absence de valeur en échange, c'est-à-dire, l'absence de valeur d'exploitation de l'autorisation qui fait défaut, mais les outils nécessaires pour l'évaluer correctement.

En conclusion, l'analyse de la comptabilisation fiscale des autorisations administratives, nous révèle, chaque fois que le juge sait la saisir, la valeur en échange de ces actes. Elle nous révèle en négatif, que toutes les fois où une évaluation est impossible, ce n'est pas que la valeur n'existe pas, c'est qu'elle est impossible ou difficile à appréhender avec suffisamment d'acuité. Il en ressort alors que la valeur en usage des autorisations administratives est intrinsèque à leur nature économique et non pas le fruit d'une norme juridique.

347. — Concernant, d'autre part, les concessions de service public, en première analyse, la concession en elle-même n'est pas une valeur inscrite au bilan comme élément de l'actif immobilisé de l'entreprise : le plan comptable général précise que « le droit exclusif d'utilisation de biens du domaine public ou le droit exclusif d'exploitation est porté pour mémoire à l'actif du bilan de l'entité concessionnaire. »¹⁰⁸⁹ L'hypothèse n'est cependant pas absurde. En effet, il existe une circonstance dans laquelle la concession en elle-même sera immobilisée : il s'agit des cas où le concessionnaire aura payé un prix pour acquérir ou se

¹⁰⁸⁶ Cons. d'État, 25 octobre 1972, req. n° 78 181, Rec. p. 678, *Dr. fisc.* 22/73, comm. 845, concl. L. MEHL.

¹⁰⁸⁷ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, op. cit., p. 36 : « Dès lors, si le droit est précaire et inaliénable, la valeur représentée par l'exploitation de ce droit peut néanmoins être transmise ».

¹⁰⁸⁸ A.-L. BLANDIN, M.-A. DEYSINE et al., *Mémento pratique comptable*, op. cit., p. 762.

¹⁰⁸⁹ Article 393-1 du Plan comptable général.

maintenir dans les droits d'exploitation que lui confère le contrat de concession. Cette hypothèse ne concerne toutefois qu'indirectement la valeur en usage.

Une autre analyse est plus significative à cet égard, il s'agit de l'obligation qu'a le concédant d'indemniser le concessionnaire pour la perte subie en cas de résiliation anticipée pour motif d'intérêt général.

C'est le cas dans une décision du Conseil d'État de 1965. En l'espèce, une société était concessionnaire de la distribution de l'eau dans plusieurs communes dont certaines décidèrent, en 1949, de constituer un syndicat. L'objectif était de mettre en commun, tous les biens mis au service de la distribution de l'eau. La société concessionnaire accepte d'apporter à ce syndicat les biens lui appartenant en propre et qu'elle avait affecté à cette activité dans le cadre de la concession dont elle était titulaire, en l'échange de quoi elle recevrait une redevance annuelle. Il s'avère qu'une partie de cette redevance ne concernait pas ces biens. Le juge décida en ces termes : « Considérant qu'en admettant que la même redevance ait partiellement compensé la renonciation de la société à se prévaloir à l'avenir des droits qu'elle tenait des concessions antérieures, ledit droit d'exploitation serait encore rattachable aux éléments incorporels de son actif immobilisé, et la plus-value née de la rémunération de son abandon garderait le caractère d'une plus-value de cession d'actif ouvrant droit au bénéfice des dispositions de l'article 40 précité ; »¹⁰⁹⁰. Ainsi, alors que la concession n'est pas comptabilisée comme un actif immobilisé, la plus-value qui naît de sa cession sera considéré comme une plus-value de cession d'actif.

Une décision de 1973 reprendra le même schéma. En l'espèce une société privée exploitait le service des eaux d'une grande ville sous la forme d'une régie intéressée. Une avance importante avait été consentie par la société à la ville, dans le cadre de ce régime. En 1960, quand la commune négocia avec la société un contrat de concession de service public – en remplacement de la régie intéressée – avec l'entreprise, il fût décidé, entre autres clauses, que la société abandonnerait cette avance. La question se posait de savoir comment comptabiliser cette perte. Alors que la société estimait qu'il s'agissait d'une perte déductible des résultats,

¹⁰⁹⁰ Cons. d'État, 24 mars 1965, req. n° 52 147, *Rec.* p. 189, *Dr. fisc.* 17-18/65, comm. 521.

l'Administration affirmait qu'il s'agissait, en réalité, du prix d'acquisition de la concession, qu'elle devait donc faire l'objet d'un amortissement sur la durée de cette dernière, 33 ans. Le Conseil d'État, suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, donnera droit à l'Administration fiscale en considérant que « les droits d'exploitation attachés à la qualité de concessionnaire constituent, pour l'entreprise qui acquiert cette qualité, un élément incorporel de son actif immobilisé dont la valeur doit être déterminée selon les conditions dans lesquelles il a été acquis »¹⁰⁹¹. En l'espèce, l'acquisition de la concession par la société n'a pu être faite que par cet abandon de créance.

Si en apparence les concessions de service public sont gratuites, en réalité, le concessionnaire a bien dû payer pour ce faire. Les conclusions du Commissaire du gouvernement Mehl portent en elle un paradoxe classique, qui est de considérer que l'entreprise a bien dû consentir des compensations pour l'acquisition des droits, il ne s'agit pas d'un prix payé. Relevant « qu'une entreprise peut être amenée pour devenir concessionnaire, à consentir soit au concédant, soit à un tiers des avantages, des compensations ou des abandons de droit »¹⁰⁹², il affirme, sans expliquer pourquoi qu'« on ne saurait avancer, bien sûr, dans une telle hypothèse que l'entreprise a acheté le droit d'exploiter »¹⁰⁹³. En toute hypothèse donc, il semblerait, bien que la jurisprudence s'y refuse, que rien ne fasse obstacle à l'immobilisation des concessions, même obtenues à titre gratuit.

Concernant les concessions obtenues à titre gratuit, le Conseil d'État a admis que, dans les cas où le concédant résiliait de manière anticipée, pour un motif d'intérêt général, en l'absence de faute du concessionnaire, il devait l'indemniser. Cette indemnité est due, non seulement pour la perte subie au titre de la valeur des immobilisations reprises par le concédant et que le concessionnaire n'a pu entièrement amortir¹⁰⁹⁴, mais également pour la

¹⁰⁹¹ Cons. d'État, 27 juin 1973, req. n°s 79 628 et 79 629, *Rec. p.* 441, *Dr. fisc.* 10/74, comm. 281, concl. L. MEHL.

¹⁰⁹² L. MEHL, conclusions sous Cons. d'État, 27 juin 1973, req. n°s 79 628 et 79 629, *Dr. fisc.* 10/74, comm. 281.

¹⁰⁹³ L. MEHL, conclusions sous Cons. d'État, 27 juin 1973, *op. cit.*

¹⁰⁹⁴ « Considérant, enfin, que lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus,

perte subie. En effet, le concessionnaire a droit au bénéfice que lui aurait procuré le contrat s'il était allé jusqu'à son terme. Ainsi, dans une décision *Compagnie générale des eaux c. Ville de Lyon*, suivit son commissaire du gouvernement qui estimait que l'administration ne pouvait décider une résiliation anticipée pour motif d'intérêt général « que moyennant une juste indemnité, qui doit rendre le concessionnaire indemne, et lui assurer jusqu'au terme assigné à la concession la jouissance de tous les avantages sur lesquels il était en droit de compter en vertu du traité »¹⁰⁹⁵.

Comme l'indique Marie-Dominique Hagelsteen, cette règle montre la valeur en usage de la concession en elle-même et pourrait ouvrir la voie à la possibilité de son immobilisation : « L'objet même du contrat qui, pour le concessionnaire, porte essentiellement sur la possibilité de se rémunérer en contrepartie du service fourni, conduit plus facilement à admettre que le concessionnaire est « en possession » de certains droits. La preuve en est que s'il n'y a pas de droit au renouvellement d'une concession, et donc pas d'indemnisation en cas de non-renouvellement de celle-ci, une concession en cours peut néanmoins faire l'objet d'un rachat par l'autorité concédante ou être résiliée moyennant une indemnité dès lors que le concessionnaire n'a pas commis de faute. Dans les deux cas, il est admis que l'indemnité doit couvrir non seulement le dommage causé mais également le gain manqué (...). Ainsi nous paraît reconnu le fait que la concession a une « valeur en soi » et peut donc constituer un élément d'actif. »¹⁰⁹⁶ Ici, l'on voit bien que l'acquéreur d'une concession de service public dispose d'un « droit » aux bénéfices qui naissent de l'usage de la concession, c'est-à-dire l'exercice de la mission d'intérêt général sur laquelle le contrat porte. Sauf à ce qu'il commette une faute, il est garanti de recevoir les bénéfices de cette activité sur la totalité du

dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis » (Cons. d'État, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342 788, *Rec.* p. 478).

¹⁰⁹⁵ Cons. d'État, 23 février 1906, *Compagnie générale des eaux c. Ville de Lyon*, req. n°s 13 181 et 13 496, *Rec.* p. 172, concl. SAINT-PAUL (Georges). V. également en ce sens, Cons. d'État, 2 novembre 1960, *Société « Les distilleries de la Saane et de Beaune-la-Rolande réunies »*, req. n° 39 251, *Rec. t.* p. 1052 ; Cons. d'État, 23 mai 1962, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c. Société financière d'exploitations industrielles*, req. n°s 41 178 et 52 243, *Rec.* p. 342.

¹⁰⁹⁶ M.-D. HAGELSTEEN, « Bénéfices industriels et commerciaux. Du traitement particulier réserve à la réalisation de certaines plus-values », note sur Cons. d'État, Sect., 21 décembre 1977, n° 3997, *RJF* 2/78, chron. p. 40.

temps de la délégation, soit qu'il l'exerce, soit qu'il se voie compenser le manque à gagner par le concédant.

b. — Amortissement comptable et valeur en usage des droits publics subjectifs

348. — Le Plan comptable général définit l'amortissement comme « la répartition systématique de son montant amortissable en fonction de son utilisation », c'est-à-dire, « la consommation des avantages économiques attendus de l'actif »¹⁰⁹⁷. À l'origine, un élément incorporel de l'actif immobilisé pouvait faire l'objet d'une dotation annuelle à un compte d'amortissements « s'il est certain, dès sa création ou son acquisition, que ses effets bénéfiques sur l'exploitation de l'entreprise prendront fin nécessairement à une date déterminée »¹⁰⁹⁸. La jurisprudence est ensuite venue assouplir ce critère. Il est désormais possible de procéder à un tel amortissement, « s'il est normalement prévisible qu'il cessera nécessairement d'être utilisable à une date déterminée »¹⁰⁹⁹. Aussi, depuis 1999, la rédaction de principe est « qu'un élément d'actif incorporel identifiable, y compris un fonds de commerce, ne peut donner lieu à une dotation à un compte d'amortissement que s'il normalement prévisible lors de sa création ou de son acquisition par l'entreprise, que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prendront fin à une date déterminée »¹¹⁰⁰. Il est donc clair que l'amortissement représente la valeur en usage d'un actif immobilisé, particulièrement dans le cadre des actifs immobilisés, dans la mesure où il permet de constater le déclin de la capacité d'un actif à produire des utilités économiques, par son usage.

¹⁰⁹⁷ Article 322-1 du Plan comptable général. « L'amortissement est la constatation comptable de la perte subie sur la valeur d'actif des immobilisations qui se déprécient avec l'usage et le temps » (J.-J. BIENVENU, T. LAMBERT, L. VAPAILLE, *Droit fiscal*, 5^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2021, p. 285). V. aussi M. COLLET, *Droit fiscal*, 10^e édition, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2022.

¹⁰⁹⁸ Cons. d'État, 4 avril 1979, n° 8 153, *RJF* 6/79, n° 339 ; Cons. d'État, 15 octobre 1982, n° 26 585, *RJF* 12/82, n° 1090.

¹⁰⁹⁹ Cons. d'État, 22 février 1984, n° 39 535, *RJF* 4/84, n° 408, concl. J.-F. VERNY, *Dr. fisc.* 27/84, comm. 1300 ; Cons. d'État Ass., 6 décembre 1985, *min. c. Sté Sofilec*, n° 53 001, *RJF* 1/86, n° 9, M.-A. LATOURNERIE, *Dr. fisc.* 18/86, comm. 898 ; Cons. d'État, 3 février 1989, n° 58 260, *RJF* 3/89, n° 263, N. CHAHID-NOURAI, *Dr. fisc.* 52/90, comm. 2443.

¹¹⁰⁰ Cons. d'État Sect., 1^{er} octobre 1999, *min. c. Société Foncia Particimo*, n° 177 809, *RJF* 11/99, n° 1324, concl. G. GOULARD, *RJF* 11/99, p. 832 (V. aussi CAA Paris, 5 décembre 1995, *SA Franco-suisse de Gestion*, n° 93 909, *RJF* 1/96, n° 9, concl. M. MARTEL, *RJF* 1/96, p. 5 ; chron. J. TUROT, *Dr. fisc.* 5/96, n° 5).

349. — L'exemple des autorisations de mise sur le marché d'une spécialité pharmaceutique a donné, dans les années 2000, un exemple intéressant d'amortissement d'autorisations administratives. En 1995, le Conseil d'État décide que les dépenses de recherche et développement, engagées pour l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché d'une spécialité pharmaceutique, sont des dépenses de fonctionnement et sont, en ce sens, déductibles au titre de l'article 236 du Code général des impôts¹¹⁰¹. Dans les années 2000, commence alors une série de contentieux sur la question de savoir s'il est possible d'amortir cette catégorie d'autorisations administratives. Dans un premier temps, les juridictions du fond refusent d'admettre l'hypothèse d'un tel amortissement. Elles ne se laissent convaincre ni par la subordination du renouvellement de l'autorisation à la persistance des effets thérapeutiques du produit¹¹⁰², ni par la précarité de l'autorisation¹¹⁰³, ni par la nécessité permanente de mettre à jour les dossiers en vue du maintien ou du renouvellement de l'autorisation¹¹⁰⁴, ni par le déclin de la rentabilité des spécialités ainsi commercialisées¹¹⁰⁵.

C'est à l'occasion de deux décisions, rendues le 14 octobre 2005, que le Conseil d'État censure la jurisprudence des juridictions du fond et décide que ces autorisations peuvent faire l'objet d'un amortissement, « dès lors qu'il est possible de déterminer la durée prévisible durant laquelle cette commercialisation produira des effets bénéfiques sur l'exploitation, en tenant compte notamment de l'évolution des conditions scientifiques, techniques et économiques du marché de cette spécialité »¹¹⁰⁶. Pour aboutir à cette solution, le

¹¹⁰¹ Cons. d'État, 30 octobre 1995, *SA Pierre Fabre*, n° 154 403, *RJF* 12/95, n° 1354 et p. 789, *BDCF* 20/96, p. 12. En sens contraire, v. CAA Bordeaux, 19 octobre 1993, *RJF* 1/94, n° 10.

¹¹⁰² TA Toulouse, 21 mars 2000, *SA Pierre Fabre*, n° 95-2632, *RJF* 6/00, n° 752 ; TA Toulouse, 1^{er} octobre 2002, *SA Pierre Fabre*, n° 97-1518, *RJF* 2/03, n° 148 ; CAA Paris, 10 juillet 2003, *Sté Chiesi* n° 01-9241, *RJF* 2/04, n° 121, *Dr. fisc.* 18-19/04, comm. 457 ; CAA Paris, 30 janvier 2004, *Sté Solvay-Pharma*, n° 99-2272, *RJF* 5/04, n° 454 ; CAA Bordeaux, 29 avril 2004, *Sté Pierre Fabre*, n° 00-1179 et 02-2464, *RJF* 12/04, n° 1225.

¹¹⁰³ CAA Paris, 10 juillet 2003, *Sté Chiesi* n° 01-9241, *RJF* 2/04, n° 121, *Dr. fisc.* 18-19/04, comm. 457 ; CAA Paris, 30 janvier 2004, *Sté Solvay-Pharma*, n° 99-2272, *RJF* 5/04, n° 454 ; CAA Bordeaux, 29 avril 2004, *Sté Pierre Fabre*, n° 00-1179 et 02-2464, *RJF* 12/04, n° 1225.

¹¹⁰⁴ CAA Paris, 10 juillet 2003, *Min. c. Sté Jouveinal*, n° 00-3421, *RJF* 2/04, n° 122.

¹¹⁰⁵ TA Toulouse, 21 mars 2000, *SA Pierre Fabre*, n° 95-2632, *RJF* 6/00, n° 752 — CAA Paris, 30 janvier 2004, *Sté Solvay-Pharma*, n° 99-2272, *RJF* 5/04, n° 454

¹¹⁰⁶ Cons. d'État, 14 octobre 2005, *SCA Pfizer*, n° 260 486, *RJF* 1/06, n° 5, *BDCF* 1/06, n° 2, concl. S. VERCLYTTTE, *Dr. fisc.* 44-45/05, act. 222 et 48/05, comm. 767 ; Cons. d'État, 14 octobre 2005, *SA Chiesi*, n° 260 511, *RJF* 1/06, n° 4, *BDCF* 1/06, n° 2, concl. S. VERCLYTTTE. Confirmé par Cons. d'État, 28

commissaire du gouvernement souligne le lien entre l'autorisation et la spécialité qu'elle permet de commercialiser. « N'étant, pour l'essentiel, que le support de cette commercialisation, leurs effets bénéfiques pour l'exploitation ne sauraient se prolonger au-delà de ceux de la spécialité elle-même »¹¹⁰⁷. Cela lui permet de lier la durée de vie de l'autorisation à celle de la spécialité. À partir de là, il est possible, à partir d'une analyse probabiliste, d'évaluer la date où un médicament ne sera plus rentable et, donc, celle où l'actif cessera de produire des effets bénéfiques sur l'exploitation de l'entreprise. Dans la mesure où la jurisprudence est passée « d'une exigence de certitude à une exigence de prévision raisonnable »¹¹⁰⁸, un tel raisonnement se tient. En liant durée de vie d'un objet juridique à celle un objet économique, il lie l'autorisation administrative à la valeur en usage de son objet.

2. — La valeur en échange des droits publics subjectifs en droit administratif

350. — Le phénomène que l'on désigne derrière l'expression de « patrimonialisation des autorisations administratives » souffre d'une confusion qui laisserait penser que l'on a soudainement reconnu une valeur économique à ces actes qui n'en auraient pas été dotés auparavant. Une étude attentive permet d'affirmer que la conception économique antérieure, fondée sur le travail, impliquait une notion juridique d'autorisation administrative dépourvue de valeur d'échange ; et qu'une nouvelle conception économique, fondée sur l'utilité, autorise une conception juridique de l'échange économique des autorisations administratives.

Si la valeur-utilité, telle que définie plus tôt¹¹⁰⁹, c'est-à-dire comme une valeur subjective déterminée par les acteurs sur un marché, s'est développée dans le domaine des autorisations administratives, alors il devrait être possible de voir émerger un principe de libre cession des autorisations administratives, où le prix de chaque autorisation est décidé par un accord

décembre 2005, *Sté Les laboratoires du docteur E. Bouchara*, n° 260 450, *RJF* 3/06, n° 240, *BDCF* 3/06, n° 27 ; Instr. 9 décembre 2008 (BOI 4 D-4-08), *Dr. fisc.* 51/08, instr. 13 986.

¹¹⁰⁷ S. VERCLYTTE, conclusions sous Cons. d'État, 14 octobre 2005, *SCA Pfizer*, n° 260 486 et *SA Chiesi*, n° 260 511, *BDCF* 1/06, n° 2.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ Cf. Partie n° 2, Titre n° 1, Chapitre n° 1.

entre celui qui détient l'autorisation et entend s'en séparer et celui qui ne détient pas l'autorisation et entend l'acquérir. Si ce principe de libre cession n'existe pas encore, sauf cas rares¹¹¹⁰, l'on peut constater un déclin du principe originaire d'incessibilité des autorisations administratives, grâce à la technique de la présentation d'un successeur à la personne publique qui pourra opérer un contrôle qui ne portera jamais sur le prix.

351. — Le principe d'incessibilité des autorisations administratives a essentiellement trois justifications.

D'abord, le premier argument est le caractère personnel de l'autorisation. Cet argument prend une intensité particulière lorsqu'elle touche au domaine public. Dans l'espèce suivante, l'administration avait accordé au requérant une autorisation d'occupation temporaire du domaine public maritime pour son restaurant. Ce dernier a sollicité de l'administration le droit de transférer cette autorisation, dans le cadre, certainement, de la cession de son fonds de commerce. L'administration refuse sa demande, refus qui est confirmé par le tribunal administratif de Bastia. En cassation, le Conseil d'État décide qu'une autorisation d'occupation du domaine public maritime ne peut faire l'objet d'un transfert, dès lors qu'elle était « strictement personnelle et révocable »¹¹¹¹. De manière encore plus claire, le Conseil décide, dans le cadre du retrait d'un permis portant occupation d'un poste de mouillage, que « la disposition d'un poste de mouillage étant strictement personnelle, elle ne peut en aucune façon donner lieu à cession sous quelque forme que ce soit »¹¹¹².

Ensuite, le deuxième argument est la gratuité. La confirmation du caractère incessible des autorisations administratives vient d'ailleurs lorsque le Conseil évoque, concernant les autorisations de taxi « le caractère incessible de l'autorisation d'exploiter un de ces

¹¹¹⁰ Thibault Soleilhac relève deux exemples d'autorisations dont la cession n'est pas contrôlée par l'administration, il s'agit des quotas d'émission de gaz à effet de serre et des autorisations d'urbanisme commercial (T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA* 2007, n° 40, p. 2178).

¹¹¹¹ Cons. d'État, 10 mai 1989, *M. Claude Munoz*, req. n° 73 146, RDP 1982, p. 1805.

¹¹¹² Cons. d'État, 1^{er} décembre 1982, *Commune d'Arcachon*, req. n° 27 213.

véhicules »¹¹¹³. Le Conseil précise, à ce titre, en 1955 que le maire peut, dans un objectif de bonne gestion du domaine public et pour la sécurité, limiter le nombre de taxis « et subordonner l'exploitation de ces véhicules à la délivrance d'une autorisation administrative, laquelle revêt un caractère incessible »¹¹¹⁴. Or, cette incessibilité n'est pas absolue et ne concerne que la cessibilité à caractère onéreux.

Enfin, le troisième argument réside dans le fait que la cessibilité de ces actes s'apparente à faire commerce de la puissance publique. À ce titre, l'on se souviendra des propos énergiques du commissaire du gouvernement Chenot, qui dénonçait « l'acte immoral sinon délictueux », la « manœuvre coupable » de la dame veuve Tromprier-Gravier, permettant à la dame Lange d'exploiter son kiosque à journaux en contrepartie d'une rémunération financière, sont un poncif des études sur la patrimonialisation des autorisations administratives¹¹¹⁵.

352. — En théorie, donc, le principe demeure l'incessibilité des actes administratifs. Mais tout au long de la première moitié du XX^{ème} siècle, le législateur a accumulé les dérogations à ce principe, dans le cadre des régimes d'autorisations qu'il institue afin de contrôler davantage une économie secouée par les guerres et les crises.

Il n'est bien sûr pas question, dans un premier temps, de reconnaître la cessibilité d'actes de puissance publique directement, c'est donc par le biais du droit de présentation que l'opération se fait. En effet, de nombreuses lois ont permis d'organiser des marchés d'autorisations administratives en permettant aux personnes détentrices de ces actes de les céder à un successeur moyennant finance. L'exemple topique reste l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, *sur les finances*, qui offre le droit aux officiers ministériels – notaires, greffiers, huissiers, etc. – de présenter un successeur. La Cour de Cassation admet dès 1820 que ce droit implique la possibilité de procéder à des arrangements financiers¹¹¹⁶. Mais aujourd'hui, les exemples se multiplient. L'article 3 de la loi n° 95-66 du 20 janvier 1995, aujourd'hui

¹¹¹³ Cons. d'État, 5 décembre 1951, *Sieur Podio*, req. n° 96 039, *Rec. Lebon*, p. 570.

¹¹¹⁴ Cons. d'État, 23 novembre 1955, *Dame Dupont*, req. n° 8 561, *Rec. Lebon*, p. 555, *RDJ* 1956, p. 143, note M. WALINE.

¹¹¹⁵ B. CHENOT, conclusions sur Cons. d'État, 5 mai 1944, *Dame veuve Tromprier-Gravier*, *op. cit.*.

¹¹¹⁶ Cass., 20 juin 1820, *sieur Lavalley*.

codifié dans le code des transports, autorise le titulaire d'une licence de stationnement, nécessaire à l'exercice de la profession de chauffeur de taxi, à « présenter à titre onéreux un successeur à l'autorité administrative qui a délivré celle-ci. » La loi n° 2004-274 du 25 mars 2004, codifié au code de commerce, permet également aux détenteurs d'un emplacement sur un marché d'intérêt national à le céder.

Cette cessibilité connaît d'intéressantes applications en ce qui concerne les droits réels constitués sur le domaine public. En effet, tout l'intérêt de la constitution de tels droit et de permettre son détenteur d'exercer certaines prérogatives propriétaire dessus. Ainsi, l'article L. 1311-3 du CGCT permet la cession des droits octroyés par un bail emphytéotique administratif, de la même manière que l'article L. 2122-7 du CGPPP permet la cession des droits résultants des droits réels constitués sur le domaine public de l'État (L. 2122-20 du CGPPP pour les collectivités locales).

353. — Pour autant, ces cessions sont généralement soumises à agrément de la personne publique, soit qu'elles permettent de garantir le caractère personnel de l'autorisation, lorsqu'il s'agit d'autorisations d'exploitation d'une activité, soit qu'elles permettent de garantir l'affectation, lorsqu'il s'agit de cessions de parcelles du domaine public. Comme le rappelle Francine Batailler, « le contrôle de la procédure de présentation est opéré de façon formelle »¹¹¹⁷. Elle dénonce, par-là, le fait que l'administration ne contrôle que très superficiellement le transfert. « L'intuitus personae, dit-elle, qui joue un si grand rôle lors de l'attribution primitive de l'autorisation, n'a plus cette fois qu'une importance limitée »¹¹¹⁸. Cette critique porte essentiellement sur deux points : d'une part, le problème de savoir si l'administration vraiment pu choisir la personne chargée d'exploiter une activité d'intérêt général ou une parcelle du domaine public ; d'autre part, le problème de savoir s'il est légitime que les détenteurs de ces autorisations en fassent commerce.

Or, les contrôles institués portent uniquement sur la première question, et jamais la seconde. Ainsi, par exemple, la cession de titres miniers et de stockage souterrains, prévue par l'article 119-6 du code minier, ne permet la vérification que des garanties techniques et

¹¹¹⁷ F. BATAILLER, « Les *beati possidentes* du droit administratif », *RDP* 1965, n° 6, p. 1051.

¹¹¹⁸ *Ibid.*

financières des nouveaux titulaires. Et dans le cas où le nouvel arrivant remplisse les conditions d'exercice de l'activité, alors l'on imagine mal pourquoi la personne publique refuserait. Les conditions d'exercice sont son affaire, tandis que les modalités du transfert, et notamment le prix, sont l'affaire des personnes privées.

B. — La valeur économique des droits publics subjectifs pour leurs créateurs

354. — Du point de vue de la personne privée, le statut des autorisations administratives est ambigu. Elles constituent des valeurs économiques reconnues par le droit, mais ne sont pas considérées comme des biens, au sens juridique du terme : il existe un décalage entre la structure économique et la structure juridique de ces actes. En effet, la reconnaissance de la valeur économique des autorisations administratives dans le patrimoine des personnes privées a beau aujourd'hui être acquise ; elle pose problème. La reconnaissance de la valeur économique de l'activité juridique des personnes publiques s'est faite plus tardivement que celle de la valeur économique des autorisations par elle créées. En effet, la réponse à la question de la naissance de la valeur économique des autorisations administratives est longtemps restée pleine de candeur. La vénalité des actes, affirme Henri Laulhé, intervient « presque toujours postérieurement à l'émission des actes. »¹¹¹⁹ En effet, cette valeur économique est vue comme immorale. Il n'était donc pas envisageable que les activités d'intérêt général soient source d'enrichissement personnel.

Dès lors, les motivations des personnes publiques créatrices d'autorisations et des personnes privées détentrices de ces autorisations se chassent et ne peuvent que mener au conflit. Lorsqu'une personne publique crée une autorisation administrative, elle n'a jamais le sentiment de créer un bien, source de revenus. Lorsqu'une personne privée acquiert une autorisation administrative, elle n'a jamais l'impression de participer à une activité d'intérêt général. Il fallût donc, dans un premier temps, mettre un terme au décalage problématique qui existait entre la valeur économique des autorisations administratives pour les personnes privées et l'absence de réelle reconnaissance de la valeur économique de l'activité normative de la personne publique (1.). La reconnaissance de cette valeur économique a pu conduire,

¹¹¹⁹ H. LAULHÉ, « La vénalité des actes administratifs », *AJDA* 1961, p. 424.

dans le cadre de polices administratives spéciales, à réellement exploiter cette valeur dans un but d'intérêt général (2.).

1. — L'identification de la valeur de l'activité normative des personnes publiques

355. — Tous les régimes d'autorisations, parce qu'ils contraignent les libertés publiques, doivent être faites pour des motifs d'intérêt général. Ces motifs ne peuvent avoir des considérations économiques (a.). Pourtant de tels régimes ont un impact économique qui a conduit à la reconnaissance de la valeur économique des autorisations administratives dans le patrimoine des personnes privées et chacune des actions de la personne publique sur ces régimes influe directement sur la valeur (b.).

a. — L'absence de motif économique dans l'utilisation des régimes d'autorisations administratives classiques

356. — Tous les régimes d'autorisations administratives classiques sont créés pour des motifs d'intérêt général. Chaque fois, la vénalité de ces autorisations, et les enrichissements qu'elle a pu entraîner, furent vécus comme un détournement de ces pouvoirs. Ce n'est donc jamais la création de valeur qui est invoquée, puisque « dans tous ces exemples, on faisait du moins valoir, en faveur du monopole, des arguments d'intérêt public autres que la simple consolidation des *beati possidentes* »¹¹²⁰. Ainsi, la valeur économique des autorisations administratives constitue un détournement de l'objectif poursuivi par les personnes publiques.

357. — Dans le cadre de l'ordre public général, le principe des restrictions, envisagées comme un régime de police, est admis pour la protection de l'ordre public classique. L'idée générale est que la liberté ne permet pas la satisfaction des objectifs de santé, de sécurité ou de tranquillité publique. C'est, en somme, le débat classique de la liberté face à l'ordre et, appliqué à ce thème, l'opinion est résumée par Francine Batailler, qui explique : « Si les premiers monopoles qui ont été reconnus étaient paradoxalement contraires à la morale et à

¹¹²⁰ R. SAVATIER, « *Beati possidentes !* », *DH* 1937, n° 28, p. 61, chron. n° XV. V. également, F. BATAILLER, « Les *beati possidentes* du droit administratif », *op. cit.* : « Par le biais des ordres professionnels, les actes administratifs devinrent un élément du « calcul économique » et un objet de spéculation. Des procédés de police furent ainsi détournés de leur but et utilisés dans un désir de profit : la loi de « l'attraction du profit » a dominé celle de l'intérêt général »

l'ordre public, au sens du droit privé, comme ceux des maisons de jeux ou des maisons de tolérance, peu à peu ces privilèges immoraux ont voisiné avec des privilèges accordés à des professions qui n'avaient plus rien de honteux : ces derniers étaient motivés soit par la protection de la santé (limitation du nombre des débits de boissons, ou des pharmacies) soit par la protection de la sécurité publique ou de la conservation du domaine (taxis et transports publics par exemple) »¹¹²¹. Ici, le paradoxe relevé n'est qu'apparent. En réalité, le but du contingentement est de fixer, pour un motif d'intérêt général, le nombre de personnes exerçant certaines activités.

La réglementation des débits de boisson constitue un bon exemple d'activité que dont on souhaite limiter le nombre trop important. Les auteurs de doctrine qui se sont penchés sur la question laissent clairement voir que ces limitations n'ont pas été motivées par des considérations économiques. Le but était lié à « des considérations de police »¹¹²² et, plus particulièrement d'hygiène publique. C'est parce que l'augmentation des débits « n'est pas favorable à la moralité publique »¹¹²³ que l'a restriction s'est faite. L'étude du droit positif actuel confirme cette hypothèse. Le code de la santé publiques interdit l'ouverture de débits de boissons à consommer sur place de 2^e et de 3^e catégorie dans les zones où il existe déjà une proportion d'un débit de la sorte pour 450 habitants (article L. 3332-2) ; celle de 4^e catégorie est, à l'exception des débits de boissons temporaires – notamment dans le cadre de festivals – (article L. 3332-2). Pour insister sur l'idée que les considérations sont des considérations de police, l'on peut noter que le code permet au préfet d'interdire l'ouverture d'un débit dans l'environnement de certains lieux que sont les édifices du culte, les cimetières, les établissements de santé, les écoles, les installations sportives, les établissements pénitentiaires, facilités militaires et bâtiments affectés au fonctionnement d'un service public de transport ; en somme, près de lieux sensibles où la commercialisation d'alcool pourrait entraîner des troubles à l'ordre public

La réglementation des officines de pharmacie constitue, quant à lui, un exemple intéressant d'activité dont on veut développer le nombre trop faible. La motivation de cette

¹¹²¹ F. BATAILLER, « Les *beati possidentes* du droit administratif », *op. cit.*

¹¹²² H. LAULHÉ, « La vénalité des actes administratifs », *op. cit.*

¹¹²³ R. SAVATIER, « *Beati possidentes !* », *op. cit.*

règlementation est encore une fois la protection de la santé publique, puisque l'autorisation ou interdiction d'ouvrir une officine n'a pas pour objectif de favoriser la rentabilité financière de l'établissement concerné, non plus que d'enrichir financièrement la personne publique, mais d'assurer la propre répartition des pharmaciens, dans un but de continuité territoriale. Cet objectif est expressément évoqué à l'article L. 5125-3 du code de la santé publique, qui dispose que « les créations, les transferts et les regroupements d'officines de pharmacie doivent permettre de répondre de façon optimale aux besoins en médicaments de la population résidant dans les quartiers d'accueil de ces officines ». De plus, « les transferts et les regroupements ne peuvent être accordés que s'ils n'ont pas pour effet de compromettre l'approvisionnement nécessaire en médicaments de la population résidente de la commune ou du quartier d'origine ».

358. — Dans le cadre de l'ordre public économique, on aurait pu penser que les motivations économiques soient plus présentes. Des différents droits de production, tous ne sont pas motivés par la même raison. Tandis que ceux basés sur l'exploitation des ressources « renouvelables », comme par exemple, les ressources agricoles ont été instaurés pour faire face aux menaces de surproduction, d'autres, comme les droits à produire dans le secteur de la pêche ou de la chasse, ont vocation à prévenir des pénuries¹¹²⁴. Dans un sens comme dans l'autre, nous voyons que si cette fois-ci la motivation est économique, l'intérêt protégé n'est pas directement celui du détenteur des droits ou celui des personnes publiques qui disposent de la compétence pour octroyer ces droits.

D'ailleurs, toutes les études sur la question montrent bien que la qualification économique et juridique de ces quotas n'était pas évidente. Ainsi, leur valorisation et leur patrimonialisation interviennent toujours après coup, comme des effets des régimes d'autorisations, plus comme un dommage collatéral que comme le produit d'une véritable volonté. Il s'agit plutôt, alors, de réguler des équilibres macroéconomiques dans une branche d'activité. Ces droits profitent donc à un intérêt public collectif.

¹¹²⁴ G. PROUTIERE-MAULION, « Les droits à produire dans le secteur de la pêche », *RD rur.* 1994, n° 227, p. 480.

Les quotas de production de lait constituent un bon exemple de lutte contre la surproduction. La législation européenne sur les quotas laitiers naît, en 1984¹¹²⁵, d'une crise de surproduction. En effet, en 1983, l'Europe produit 104 millions de tonnes de lait et n'en consomme que 82. Cette situation provoque l'effondrement des prix du lait et du beurre et menace la survie d'un grand nombre d'éleveurs de vache laitière. Pour mettre un terme à cette crise, la Communauté économique européenne met en place un système de quotas. Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'organisme en charge de ces quotas, l'ONILAIT, soit en charge d'une mission d'intérêt général¹¹²⁶, qu'importe leur nature variable, publique ou privée. En effet, les offices d'intervention agricole dont il fait partie naissent dans les années 1930 « pour faire face aux crises de surproduction et remédier aux déséquilibres de ces marchés. »¹¹²⁷.

Les droits de pêches constituent un bon exemple de lutte contre la pénurie. Dès 1681, l'Ordonnance sur la Marine de Colbert reconnaît, à tous, la liberté de la pêche, donnant lieu, comme pour toute activité lucrative dont les coûts d'exploitation sont relativement faibles, à une surexploitation. Afin de permettre le renouvellement des stocks de poissons, les autorités publiques ont donc dû réglementer l'activité de pêche. Parmi ces réglementations, la politique commune de la pêche a été mise en œuvre par le Règlement (CEE) n° 170/83, du 25 janvier 1983, *instituant un régime communautaire de conservation et de gestion des ressources de pêche*. L'objectif affiché apparaît donc clairement dans le nom du règlement : la préservation des ressources halieutiques. Il est exprimé plus précisément dans le texte même que, « compte tenu de l'état de surexploitation des stocks des principales espèces, il importe pour la Communauté, dans l'intérêt tant des pêcheurs que des consommateurs, d'assurer, par une politique appropriée de protection des fonds de pêche, la conservation et la reconstitution des stocks »¹¹²⁸. À cette fin, il est donc convenu de mettre

¹¹²⁵ Règlement CEE (Conseil) n° 857/84, du 31 mars 1984, *JOCE* 1^{er} avril 1984, n° L 90, p. 13. V. également, A. BERNARD, « Les quotas laitiers, meubles ou immeubles ? », *RD rur.* 1987, n° 150, p. 49.

¹¹²⁶ J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, 2^e édition, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit Public », 2007, p. 422 et suiv, notamment pour une bibliographie, à la page 422.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 428.

¹¹²⁸ Règlement (CEE) n° 170/83, du 25 janvier 1983, *instituant un régime communautaire de conservation et de gestion des ressources de pêche*.

en place des limitations aux activités de pêche, notamment par la fixation d'un volume maximum de capture.

b. — Les conséquences économiques des actions juridiques d'altération des marchés d'autorisation administrative

359. — La nature juridique des régimes d'autorisation administrative, qui sont des régimes de restriction de libertés dans un but d'intérêt général n'ôte en rien leur nature économique de marché¹¹²⁹. Il existe de nombreux moyens de fixer en pratique la valeur d'un bien ou d'un service. L'un d'entre eux est le marché. Classiquement, « le « marché » doit s'entendre de toute situation où des personnes ayant des biens ou des services à offrir cherchent à se présenter devant les personnes intéressées à les obtenir, ou encore celle où plusieurs acheteurs potentiels cherchent à se présenter devant la ou les personnes ayant des biens ou des services à offrir, les deux phénomènes pouvant d'ailleurs se réaliser simultanément »¹¹³⁰. Selon cette définition, il sera possible de faire entrer les régimes d'autorisations administratives dans la catégorie des marchés dans la mesure où les détenteurs d'autorisations – l'offre – peuvent rencontrer les personnes disposées à acquérir ces autorisations – demande – et procéder, plus ou moins librement, à l'échange, au prix qu'ils déterminent seuls ou sous le contrôle, notamment, de l'administration. C'est donc essentiellement la valeur d'échange, et pas tant la valeur d'utilité, d'un bien, qui permet ou non la création et l'existence d'un marché.

Ainsi, chaque fois que la puissance publique modifie les règles d'un régime d'autorisation, elle intervient sur la structure d'un marché. En effet, une partie de la valeur économique des autorisations administratives est liée à leur rareté. « Il est facile de voir, selon Maurice Allais,

¹¹²⁹ V., principalement, J.-C. ROTOULLIÉ, *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement. L'exemple du système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre*, préf. M. LOMBARD et D. SIMON, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2017, t. 297.

¹¹³⁰ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE, A. PARENT, *Analyse économique du droit*, 3^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2021, p. 122. V. aussi B. GUERRIEN, O. GUN, *Dictionnaire d'analyse économique*, 4^e édition, Paris, La Découverte, coll. « Grands repères dictionnaires », 2012, p. 320 ; B. GUERRIEN, « Marché », in E. MALINVAUD (dir.), *Dictionnaire de l'Économie*, Paris, Encyclopaedia Universalis et Albin Michel, 2007, p. 842 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *APD*, t. 40, 1996, p. 287 : « le marché libéral – sur lequel s'échangent librement les biens et les services et grâce à la pression concurrentielle duquel s'ajustent l'offre et la demande pour l'établissement du prix de marché, lequel, compte tenu des coûts de production, tend toujours à rejoindre le prix naturel des objets de marché ».

que les conditions nécessaires et suffisantes de la valeur sont l'utilité, la rareté et l'échangeabilité »¹¹³¹. Ces trois conditions sont nécessaires, mais insuffisantes, prises isolément. Elles sont nécessaires et suffisantes, prises ensemble. Une chose est rare, au sens économique du terme, « si elle n'existe pas en quantité telle que chaque individu en trouve à sa portée à discrétion pour satisfaire jusqu'à satiété le besoin qu'il en a directement ou indirectement »¹¹³². Toute action ayant pour effet d'influer sur cette rareté influe également et directement sur la valeur du bien.

Or, de nombreux actes de puissance publique agissant sur un régime d'autorisation administrative, ont pour conséquence d'agir sur la présence, plus ou moins importante, des autorisations administratives en tant que bien pris isolément et, en l'absence d'évolution de la demande de ces autorisations, influer sur leur rareté et, en conséquence, leur valeur.

360. — La création ou la suppression d'un régime d'autorisation est, en soi, une action sur la rareté et, donc, la valeur, des droits publics subjectifs qui sont ainsi enserrés dans l'écrin formel du concept d'autorisation administrative. En effet, les autorisations administratives ne sont rien de plus que des droits publics subjectifs formalisés répondant à un régime juridique particulier. Mais les droits publics subjectifs, de façon générale, forment des marchés économiques.

Ces marchés, toutefois, lorsque les droits publics subjectifs sont soumis à un régime de liberté, sont difficilement appréhendable, dans la mesure où la valeur de ces droits est excessivement faible, par application du paradoxe du diamant et de l'eau. En effet, de la même manière qu'il ne se trouve personne pour souhaiter acheter de l'eau, lorsque celle-ci est abondante et satisfait aux nécessités de tous ceux qui en ont besoin, il n'existe guère de demande pour chercher à acquérir le droit de n'être « accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminé par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites »¹¹³³, lequel droit est confié, par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, à tout individu. Le marché est ici

¹¹³¹ ALLAIS (Maurice), *Traité d'économie pure*, 3^e édition, Paris, Éditions Clément Juglar, 1994, n° 242, p. 565.

¹¹³² *Ibid.*, p. 565.

¹¹³³ Article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

invisibilisé par l'abondance de l'offre, dont les conséquences sont l'absence de demande, donc de rareté, donc de valeur d'échange et, ce, en dépit de l'importance de la valeur utile de certains des droits publics subjectifs ainsi confiés¹¹³⁴.

À cet égard, donc, la création d'un régime d'autorisation a une influence significative sur la valeur des droits publics subjectifs qui en sont l'objet. À supposer que l'on s'exprime dans un paradigme libéral où, comme le rappelle dans ses conclusions Louis Corneille, sous l'arrêt *Baldy*, « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »¹¹³⁵, la création d'un régime d'autorisation constitue la suppression d'un régime de liberté pour un droit public subjectif donné, dès lors que le principe devient, pour ce droit, une interdiction pour tout individu. Le droit n'est plus confié qu'à un nombre réduit, généralement extrêmement réduit, de bénéficiaires.

Dans le monde économique, la création d'un régime d'autorisation s'assimile donc, dans un marché donné, à la suppression pure et simple de l'offre, par principe, et à son remplacement par une offre très réduite, qui, parce qu'elle modifie les rapports entre l'offre et la demande, influe directement sur la rareté de ces biens que sont les droits publics subjectifs. Lorsque le décalage demeure très réduit entre l'offre et la demande, soit que les bénéficiaires du régime d'autorisation soient très nombreux, mais le nombre d'autorisation également¹¹³⁶, soit que le nombre d'autorisation soit très faible, mais ceux qui peuvent y prétendre également¹¹³⁷, le marché n'est pas forcément plus visible, que dans le cadre d'un régime de liberté. En revanche, lorsque la demande excède largement l'offre, alors le marché apparaît.

¹¹³⁴ Pour le prendre qu'un seul exemple, mais le plus éloquent : l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que « Le droit à la vie est protégé par la loi ».

¹¹³⁵ L.-F. CORNEILLE, conclusions sous Cons. d'État, 10 août 1917, *Baldy*, req. n° 59 855, *Rec.*, p. 638.

¹¹³⁶ L'attestation de déplacement dérogatoire délivrée en application de l'article 3 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid 19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, était délivrée à qui la créait.

¹¹³⁷ Le permis de construire n'intéresse, finalement, que le propriétaire, unique, du terrain qui souhaite en bénéficier.

361. — De la même manière, lorsque la puissance publique supprime un régime d'autorisation en revenant à un régime de liberté, la valeur de l'autorisation liée à sa rareté disparaît complètement avec la disparition de l'autorisation. Une telle action équivaut, dès lors, à augmenter de manière considérable le nombre de concurrents potentiels au bénéfice de l'activité réglementée. Ce fût le cas avec le cas des charges d'avoués où le législateur a décidé de supprimer le monopole de la représentation devant les cours d'appel¹¹³⁸. Cette représentation est désormais assurée par n'importe quel avocat. Si la profession d'avocat est elle-même réglementée, il n'en demeure pas moins que l'activité des avoués, dès lors qu'ils ne disposent plus d'un monopole qui restreignaient considérablement l'offre sur le marché de la représentation devant les cours d'appel est moins lucrative qu'elle ne l'a été ; ce pourrait être le cas notamment pour la profession de taxis¹¹³⁹, même si à ce jour, les impératifs de protection du domaine public constituent toujours un obstacle fort à l'encontre d'une déréglementation totale de la profession.

362. — La création et la suppression d'un régime d'autorisation sont, certainement les actes de puissance publique qui influent le plus spectaculairement sur la valeur des droits publics subjectifs. Toutefois, de simples actions au sein d'un régime d'autorisation peuvent également avoir la même influence. Par exemple, l'administration peut augmenter ou diminuer le nombre d'autorisations au sein d'un même régime. Économiquement, il n'y a pas de différences de nature entre la création ou la suppression d'un régime d'autorisation et une action au sein de ce régime. Le marché économique, en réalité, préexiste aux régimes d'autorisation, qui ne sont que soumission à un nouveau régime juridique, de droits publics subjectifs qui existent déjà. Dans un cas comme dans l'autre, l'action de la puissance publique n'a de conséquence économique que pour autant qu'elle modifie le rapport entre l'offre et la demande, ce qui influe sur la rareté et donc sur la rareté de ces droits.

Dans un marché concurrentiel d'autorisations administratives, l'augmentation du nombre d'autorisations, à demande égale, revient à faire diminuer la valeur individuelle de chaque autorisation. Ainsi, pour reprendre l'exemple des autorisations de taxis, on estime

¹¹³⁸ Loi n° 2011-94, du 25 janvier 2011 *portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*.

¹¹³⁹ J. ATTALI (dir.), *Rapport pour la libération de la croissance française*, *op. cit.*, p. 155 et suiv.

qu'il pourrait être utile de les doubler à Paris. C'est toutefois la crainte d'un mouvement social qui empêche d'accomplir cet action, ce qui montre bien combien l'action administrative peut-être dépendante de considérations économiques. Dans le cas d'espèce des taxis, c'est une troisième manière d'influencer sur la valeur que la puissance publique a choisi : la création d'un régime parallèle portant sur la même activité. En effet, la loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur donne un cadre juridique précis aux « VTC », qui, dès lors qu'ils sont soumis à un régime beaucoup plus souple que les taxis, leur font directement concurrence.

363. — L'existence des marchés économiques que constituent les régimes d'autorisation administrative a longtemps été ignorée par l'administration, qui mettait en avant la prétendue neutralité économique de la puissance publique, laissant aux personnes privées le soin, le cas échéant, d'organiser les rapports financiers qui pouvaient découler de cette structure économique. Au-delà de la seule correction des effets négatifs que peuvent engendrer ces marchés économiques – l'influence que la modification d'un régime d'autorisation peut avoir sur la valeur économique des autorisations détenues individuellement peut entraîner des commotions politiques et sociales qui dissuadent les autorités, comme c'est le cas pour les licences de taxi – la prise de conscience de ces marchés peut constituer l'opportunité d'utiliser la technique du marché, dans tous ses aspects, à des fins d'intérêt général.

2. — L'utilisation de la valeur de l'activité normative des personnes publiques

364. — Dans *The Economics of Welfare*,¹¹⁴⁰ Arthur Pigou remet en cause l'idée, connue depuis Adam Smith, que si l'on laisse les acteurs économiques agir librement dans le cadre du marché, alors l'allocation des ressources tendra naturellement vers un optimum. Il explique au contraire qu'il existe un phénomène que l'on nomme externalité et que l'on peut définir comme la création, d'un effet accidentel procurant à quelqu'un, soit une utilité sans rétribution, soit une désutilité sans compensation.

¹¹⁴⁰ PIGOU (Arthur C.), *The Economics of Welfare*, Londres : MacMillan, 1920, 976 pages.

Ces externalités posent problème dans la mesure où un agent économique ne les prendra pas en compte dans son calcul économique, dès lors qu'il ne forme un bilan coût-avantage qu'à partir des coûts qu'il doit assumer lui-même, et qui ne prennent pas en compte les désutilités provoquées par l'externalité. Il propose, afin d'y remédier, de réintégrer, par la fiscalité, le coût social des externalités dans le coût privé de l'agent économique. L'auteur prend ici l'exemple des étincelles produites par un train et susceptibles de mettre le feu aux champs ou aux bois qu'il traverse. Il propose d'infliger, à la compagnie de chemin de fer, une taxe d'un montant égal au risque de dommages que les agriculteurs ou les propriétaires du bois pourraient endurer. Cette idée donnera naissance au principe pollueur-payeur¹¹⁴¹ et à ce que l'on a appelé les taxes pivougviennes, comme le projet de taxe carbone, qui n'a finalement pas abouti, en France¹¹⁴².

Cette idée d'un remède aux externalités par la seule fiscalité sera concurrencée, dans les années 1960, par Ronald Coase dans un article qui fera date, *The Problem of Social Cost*¹¹⁴³. D'abord, il souligne, la nature réciproque du problème. Contrairement à Arthur Pigou, qui considère que l'entreprise pollueuse cause un dommage que l'entreprise qui pollue ne s'accapare pas le bien « environnement », mais que l'entreprise et le voisinage font tous les deux une utilisation concurrente et incompatible de cette ressource. Ici, le pollueur n'est pas en tort, n'est pas celui qui cause le dommage, mais les deux parties sont dans une situation symétrique.

Ensuite, il estime que la réglementation ne permettra pas vraiment de résoudre le problème. La répartition des droits n'est qu'une contingence, au final, ce qui va compter, c'est l'utilisation la plus profitable. Qu'on soit dans le paiement d'une taxe ou une indemnisation pour responsabilité, l'entreprise polluante la paiera toutes les fois où elle peut

¹¹⁴¹ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 5^{ème} édition, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2021, pp. 151 et suiv. ; R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY, B. LORMETEAU, *Droit de l'environnement et du développement durable*, 11^{ème} édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2021, pp. 189 et suiv. ; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 8^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis droit public », 2019, pp. 100 et suiv. ; S. CAUDAL, *La fiscalité de l'environnement*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2014.

¹¹⁴² S. CAUDAL, *La fiscalité de l'environnement*, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁴³ R. H. COASE, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, p. 1 ; deux traductions en français existent notamment, R. H. COASE, « Le problème du coût social », trad. L. RAGNI et P.-M. ROMANI, *Revue française d'économie*, Vol. 7, 1992, n° 4, p. 153 et R. H. COASE, *Le coût du droit*, trad. Y.-M. MORISSETTE, Paris, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 2000, 119 pages.

se le permettre. *A contrario*, le voisinage ne pourra pas se permettre de le payer, parce que l'usage qu'elle fait de l'environnement – par exemple, de l'air pur – n'est pas suffisamment rentable. Le droit joue donc un rôle dans l'économie, puisqu'il est facteur de contingences et déforment la réalité économique des prix : il est facteur de coûts de transaction.

Deux types de coûts de transaction existent. D'une part, les coûts de transaction négligeable. Quand deux acteurs sont en conflits (exemple de la scierie et du médecin), peu importe qui est responsable, la solution qui sera retenue sera celle la moins chère (sous réserve d'un accord quand la solution la moins chère est sous le contrôle de l'acteur qui n'est pas responsable). Si le dommage causé au médecin est moins onéreux que les deux autres options, alors le responsable du dommage assumera la perte, sans qu'aucune autre solution ne soit utile. Si en plus, le responsable du trouble peut faire l'objet d'une injonction, alors il devra payer un surplus incitatif pour ne pas voir l'autre engager une action en injonction.

D'autre part, les coûts de transaction significatifs. Dans le cas où les frais de transaction seraient prohibitifs, chaque solution où il y aurait pu y avoir un accord, il n'y a pas d'accord à la place. La solution sera donc non optimale puisqu'à chaque fois, la personne responsable ne pourra choisir que la solution qui est sous son contrôle.

Ce changement de paradigme économique, appliqué à l'économie publique peut permettre de mobiliser les catégories du droit patrimonial – les droits publics subjectifs entendus comme étant des choses appropriables – en remplacement de régimes fondés sur la police, la fiscalité et la responsabilité du dommage. C'est ce qui existe déjà, notamment, dans le droit de l'environnement, s'agissant des quotas d'émission de gaz à effet de serre.

365. — Les recommandations du Groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat, créé en 1988 et qui confirme scientifiquement les risques sur l'environnement de l'accroissement des émissions de gaz à effet de serre, conduisent à la signature, par 154 États, à New York, le 9 mai 1992, de la *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, avec pour objectif de « stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du

système climatique »¹¹⁴⁴. Cette convention-cadre a permis l'établissement d'un protocole fixant des objectifs juridiquement contraignant de réduction des émissions de gaz à effet de serre, à l'occasion de la 3^{ème} Conférence des parties à la Convention, le 11 décembre 1997.

En droit interne, la lutte contre l'accroissement des émissions de gaz à effet de serre par la mise en œuvre d'un marché du quotas d'émission, créé par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, transposant la directive n° 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté. Les dispositions relatives à ce marché sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 229-5 à L. 229-19 du code de l'environnement.

Comme le relève Michel Prada, « le marché européen du carbone est un objet hybride, dans les faits, écartelé entre les termes de la double logique qui a présidé à sa création »¹¹⁴⁵ ; d'une part, une volonté d'intérêt général, qui est la réduction des émissions de gaz à effet de serre dans l'atmosphère et, d'autre part, l'optimisation économique de l'allocations de la ressource concernée – en l'occurrence, l'air – par l'instrument du marché. Cette dualité se retrouve dans la qualification de « marché réglementaire »¹¹⁴⁶. Le système est aujourd'hui « le modèle juridique le plus accompli, en droit positif, d'internalisation de « coûts » des pollutions occasionnées par l'activité économique par l'attribution d'une valeur »¹¹⁴⁷.

Du point de vue de l'autorisation, la nécessité de créer un marché est donc précisément passée par l'utilisation de techniques économiques destinées à accroître artificiellement la rareté et, donc la valeur, des autorisations. Ainsi, indique Thierry Revet, « le système repose sur une relative insuffisance des quotas par rapport aux quantités de gaz à effet de serre que les exploitants ont besoin d'émettre, surtout si l'on considère la courbe de développement exponentiel qui a jusqu'ici caractérisé les émissions. Le quota d'émission est conçu de telle

¹¹⁴⁴ Article 2 de la *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, du 9 mai 1992.

¹¹⁴⁵ M. PRADA, *La régulation des marchés du CO₂*, rapport de la mission confiée à Michel PRADA, Inspecteur général des finances honoraire, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, avril 2010, p. 15.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 151.

sorte que la demande d'acquisition soit d'emblée supérieure à l'offre, ce qui place le cours à un niveau encourageant immédiatement les cessions »¹¹⁴⁸. Ici, indique l'auteur, « le bien est désormais appréhendé avant tout comme valeur d'échange, sa valeur d'usage se réduisant souvent à n'être que le marchepied de la valeur d'échange »¹¹⁴⁹.

366. — Le système qui en ressort est donc un régime d'autorisation, dont la nature de marché économique n'est pas seulement accidentelle, mais volontaire. L'organisation d'une politique publique sous forme patrimoniale dispose donc d'un précédent.

§2. — La nature juridique des droits publics subjectifs

367. — L'analyse de la structure économique des autorisations administratives permet de toucher du doigt le problème de sa structure juridique. En effet, la patrimonialisation de ces actes, qui a vocation à assurer une répartition rationnelle de cette valeur, suppose que soit déterminée la nature juridique de l'objet qui la contient. La reconnaissance de la nature juridique de bien de l'autorisation administrative permettrait de résoudre certains des problèmes qui entachent ce phénomène de patrimonialisation. Rien n'empêche, en théorie, que les autorisations soient qualifiées de biens : ni leur origine administrative, ni leur caractère immatériel. Une question reste en suspens : celle de savoir, parmi les droits patrimoniaux, où se rangent les autorisations administratives.

Cette opération de classement des autorisations administratives n'est pas une fin en soi, elle n'a pas d'intérêt fondamental dans le cadre de cette étude. Mais elle est porteuse d'enjeux plus importants, en tant qu'elle va permettre de découvrir l'origine de la valeur économique des autorisations administratives. En effet, les actes administratifs peuvent être soit des droits réels, soit des droits personnels, au sein de la grande dichotomie des droits patrimoniaux. Considérons qu'elles sont des droits personnels et il faudra chercher dans l'État le débiteur d'une obligation de faire, de ne pas faire, de donner ou de prêter ; considérons qu'elles sont des droits réels et il faudra rechercher le bien à partir duquel ont été transférées les utilités dont l'autorisation permet la jouissance.

¹¹⁴⁸ T. REVET, « Les quotas de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille) », *D.* 2005, n° 37, p. 2632.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

Pour ce faire, nous étudierons deux grandes catégories d'actes administratifs créateurs de droits : d'une part, les autorisations administratives, qui nous serviront d'exemple de droit réel (A.) ; d'autre part, les concessions de service public, qui nous serviront d'exemple de droit personnel (B.).

A. — La nature patrimoniale des droits publics subjectifs réels

368. — La structure des droits que constituent l'autorisation administrative paraît claire : la personne, physique ou morale, titulaire du droit est le sujet actif ; l'Administration en est le sujet passif. La différence entre un droit personnel et un droit réel consiste en ce que le droit personnel oblige le débiteur du droit – autrement dit, l'Administration – à une action de faire, de donner ou de prêter, cependant que le droit réel l'oblige à rester passif lorsque le titulaire du droit s'accapare les utilités de la chose qui fait l'objet du droit. Ainsi, la question de savoir si les autorisations administratives sont des droits réels ou personnels revient à se poser la question de la nature de l'obligation qui incombe à l'Administration, sujet passif du droit. L'autorisation administrative, en ce qu'elle permet l'exercice d'une activité, est l'archétype, en droit public, du droit public subjectif de nature réelle. Certains auteurs ont soutenu qu'une conception de l'autorisation administrative comme droit personnel devait être retenue, mais il est plus juste de dire que nous sommes en présence de droits réels.

Certains auteurs considèrent que les autorisations administratives sont des droits personnels. Ils analysent les techniques de quotas et de *numerus clausus* comme la mutation des libertés publiques en « droits-créance ». Ainsi, pour le Thierry Revet, la liberté du commerce et de l'industrie devient, par ce biais « un droit au commerce et à l'industrie qui serait réservé à certains seulement »¹¹⁵⁰. De même, les Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet affirment que « les autorisations administratives peuvent s'analyser comme le résultat, caractéristique des droits incorporels, d'une activité juridique, en l'occurrence celle de l'État. Ce résultat créé au profit du bénéficiaire de l'autorisation une créance mettant à la charge de l'autorité émettrice l'obligation de souffrir l'exercice d'une activité »¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ T. REVET, « Les qualifications artisanales (Loi du 5 juillet 1996) au regard de la liberté du commerce et de l'industrie », *op. cit.*

¹¹⁵¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 97.

Mais une étude attentive de la structure de ces droits nous amène à considérer plutôt qu'il s'agit là de droits réels, plus que de droits personnels. Prenons deux exemples : les droits-contingentement et les autorisations temporaires d'occupation du domaine public.

1. — La nature réelle des droits contingentements

369. — Les droits-contingentements sont de deux sortes¹¹⁵². D'une part, les *numerus clausus*, d'autre part, les quotas.

La première technique, celle dite du *numerus clausus*, consiste à limiter le nombre d'agents autorisés à exercer une activité donnée en déterminant un nombre d'autorisations par avance. Il s'agit, à l'évidence de droits réels. Julien Laurent d'utilités. « met en évidence le fait que ces techniques supposent une concession Les techniques de *numerus clausus*, écrit-il, relèvent à l'évidence des droits-contingentement. Ils sont la possibilité d'accéder à une activité que s'est réservé par principe l'État lequel en concède les émoluments dans un même mouvement à certains tiers »¹¹⁵³. C'est le cas, pour exemple, des offices ministériels (notamment, les huissiers ou encore les notaires), des officines de pharmacie, des licences de taxis, ou des licences IV.

La seconde technique, celle dite du quota, consiste à limiter la production d'un bien en déterminant la quantité que les agents ont le droit de produire ou de commercialiser, par avance. Il peut s'agir de limiter la production elle-même (pour exemple, les quotas laitiers, de pêche, ou de chasse) ou les facteurs de production, notamment, par la technique du quota d'émission de CO₂, qui limite, non pas la production, mais la capacité à produire. De la même manière que les *numerus clausus*, « l'ensemble des techniques de quotas répond sans difficulté à ce schéma réel : l'État contrôle le marché de la production réglementée et permet

¹¹⁵² M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre Droit et économie », *RRJ* 2006, n° 4, Vol. 1, p. 1805, n° 41.

¹¹⁵³ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. REVET, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 537, 2012, n° 130, p. 105.

aux propriétaires des droits-contingemment de jouir des utilités de cette activité transformée en bien, précisément en produisant à l'intérieur de cette enclave de liberté »¹¹⁵⁴.

Dans un cas, comme dans l'autre, il semble donc que les droits-contingemment tirent leurs utilités de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, pour Marc Mignot, ce sont des « libertés quantifiées »¹¹⁵⁵ accordées à certaines personnes. Pour Julien Laurent, en revanche, « le véritable bien n'est pas une liberté qui serait octroyée mais, bien différemment, une concession sur l'activité désormais restreinte »¹¹⁵⁶, parce que « la liberté d'entreprendre n'est pas un bien en elle-même »¹¹⁵⁷. « Ce que la régulation du Prince contribue à faire, c'est créer artificiellement, par le jeu de la réglementation, une exclusivité sur une activité donnée et, par là-même, à la transformer objectivement en un bien qu'il commence par s'accaparer »¹¹⁵⁸.

Pourtant, Julien Laurent affirme que les libertés publiques, dont il admet qu'elles sont à l'origine des autorisations administratives, tout en leur déniaient la qualité de bien, sont des « biens-monopole ». En effet, il affirme, concernant les droits-contingemment, que « c'est à partir de cette situation de monopole, sur le modèle des privilèges royaux, que les autorités publiques consentent ensuite un accès aux utilités de ce bien-monopole, utilités qui consistent essentiellement à en jouir, c'est-à-dire matériellement d'exercer cette activité »¹¹⁵⁹. Que la nature des relations que l'Administration et le « bien-monopole » soit ambiguë, la question ne se pose pas. Que la question de savoir à quel moment les libertés publiques deviennent des biens – le sont-elles par essence ? Le deviennent-elles avant la constitution des autorisations administratives, lorsque l'État les proclame et s'en approprie le droit de les réguler ? Le deviennent-elles après le processus de contingemment ? –, il n'en reste pas

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 105.

¹¹⁵⁵ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre Droit et économie », *op. cit.*.

¹¹⁵⁶ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 102.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 104 : V. aussi « La teneur des droits-contingemment se fait jour : sur le modèle du droit réel, il s'agit pour la puissance publique (propriétaire du bien-monopole) de concéder aux *beati possidentes* un accès aux utilités de ce bien-monopole. La teneur de cette prestation est principalement négative : contrairement aux apparences, l'État souffre l'accès à l'activité qu'il entend restreindre ».

moins que l'autorité publique consent un accès à la jouissance des utilités de ces libertés et que toute chose dont l'utilité justifie l'appropriation est un bien.

2. — La nature réelle des autorisations d'occupation du domaine public

370. — Le même raisonnement peut être fait à propos de l'occupation du domaine public. Il est d'autant plus intéressant, que l'affirmation selon laquelle les autorisations d'occupation du domaine public sont des droits réels, peut être porteuse d'une confusion : celle de dire qu'ils constituent des droits réels sur les parcelles physiques du domaine public sur lesquelles elles portent. Elle est également l'occasion de montrer que les autorisations administratives ne sont que cet arbre qui cache la forêt des droits publics subjectifs. En effet, la doctrine ne s'est pas limitée à l'étude des autorisations d'occupation temporaire du domaine public, elle s'est également intéressée à l'occupation collective et non formalisée des dépendances du domaine public.

371. — Sur la nature du droit d'usage collectif du domaine public, deux conceptions d'affrontent. La première, tend à dire que ce droit d'usage collectif est un droit réel¹¹⁶⁰ ; une telle conception est fondée sur l'idée que l'usage se fait sur la matérialité de ces parcelles, sur le domaine public en tant que tel. La seconde, en revanche, considère qu'on ne saurait reconnaître une telle nature de droit réel aux dépendances du domaine public, puisque « le caractère *sui generis* des droits du public provient du fait qu'ils sont attachés à l'affectation et non à la chose elle-même, qui n'en est que le support matériel »¹¹⁶¹. Et cette affectation, comme le rappelle Maurice Hauriou, est une affectation à la liberté d'aller et venir. Pour lui, en effet,

¹¹⁶⁰ V. G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 365 et suiv. ; B. BOURDEAU, *Recherche sur la notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, Thèse de l'Université de Poitiers, 1980, p. 440 et suiv. ; C. LAVIALLE, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 469 ; O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, Thèse de l'université Aix-Marseille III, 1994, p. 380 et suiv.

¹¹⁶¹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 133 ; l'auteur cite, à cet égard, Marcel Waline, pour qui « si on voulait analyser profondément la notion de *jus utendi* sur le Domaine public, on s'apercevrait que ce droit « n'appartient » pas à un but, qui ne saurait être sujet de droit, mais à l'ensemble des individus qui poursuivent ce but, pour qui ce but est utile ou même nécessaire, pour qui l'affectation du bien domanial est par suite elle-même utile ou nécessaire. L'intérêt de ces individus au maintien de cette affectation est alors évident. Dans la mesure où cet intérêt est socialement protégé, c'est un véritable droit » (M. WALINE, *Les mutations domaniales*, Paris, Jouve, 1925, p. 136).

« Les utilisations individuelles du domaine public constituent la forme pratique de la liberté d'aller et de venir, car cette liberté n'est un droit que dans les *loca publica*, vu que l'on ne circule dans les propriétés privées que grâce à la tolérance du propriétaire »¹¹⁶². Norbert Foulquier note, également, que « finalement, si l'on écarte la liberté de culte au motif que les pratiquants doivent compter avec l'intercession du desservant, seule la liberté d'aller et venir correspond pleinement à l'affectation des dépendances domaniales affectées à l'usage direct du public »¹¹⁶³.

Ainsi, pour les tenants de cette deuxième position le droit des usagers sur le domaine public ne peut se concevoir en termes de droits patrimoniaux. En effet « ceux-ci se résument in fine en un droit à l'exercice de libertés publiques : liberté d'aller et venir, liberté de réunion, liberté de culte, etc. Le fait que le domaine public en constitue le support ne saurait tromper : l'exercice de libertés publiques ne peut en aucune manière se traduire en termes d'usus, c'est-à-dire d'utilités retirées d'un bien »¹¹⁶⁴. Pour Gaston Jèze, « ce prétendu droit ou pouvoir n'est pas autre chose que le pouvoir légal des individus de manifester leur libre activité (liberté de la personne, liberté du commerce et de l'industrie, etc.) sur les dépendances du domaine public : c'est le pouvoir de liberté individuelle sensu lato s'exerçant sur les choses publiques »¹¹⁶⁵.

372. — La question de la nature des utilités contenues dans une autorisation d'occupation du domaine public se doit d'être la même que celles des utilités contenues dans l'usage collectif de ces dépendances. C'est ce que l'on peut penser de cette idée que les redevances pour occupation domaniale trouvent leur fondement dans le principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, le principe de libre circulation de tous régit l'occupation des voies publiques.

¹¹⁶² M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e édition, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz 2002.

¹¹⁶³ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 322.

¹¹⁶⁴ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁶⁵ G. JÈZE, note sous Cons. d'État, 15 avril 1910, *Société des automobiles Brasier*, *RDP* 1910, p. 695.

Ainsi, dans la mesure où « l'utilisation privative d'un bien public donne à son bénéficiaire un avantage par rapport aux autres administrés ; en contrepartie, il doit à l'administration une somme qui, en quelque sorte, rétablit l'égalité »¹¹⁶⁶. *A contrario*, l'absence de redevance de la part de l'occupant qui fait un usage privatif du domaine public affecté à l'usage de tous constituerait « une violation manifeste du principe d'égalité qui veut que tous les citoyens supportent également toutes les charges publiques et jouissent également de tous les avantages collectifs. (...) La redevance qu'il versera aura donc sa cause juridique dans le profit que lui procure l'avantage exceptionnel qu'il retire de l'occupation à titre exclusif d'une portion du domaine »¹¹⁶⁷.

Comme nous l'avons vu, « la réalité des droits sur la chose d'autrui provient fondamentalement de ce qu'ils constituent un droit aux utilités d'une chose et non pas à un service rendu par une personne. La technique du droit réel repose sur un transfert d'utilité. Plutôt que de se réserver les utilités de sa chose, le propriétaire en concède le bénéfice à autrui »¹¹⁶⁸. Partant, si l'on considère que l'autorisation d'occupation du domaine public est un droit réel sur le domaine public et dans la mesure où l'usage du domaine public est lié à son affectation, c'est-à-dire le libre exercice des libertés publiques, alors il semble que les utilités contenues dans les autorisations d'occupation du domaine public sont de même nature et sont, donc, des droits de jouissance des libertés publiques.

373. — Ainsi, de la même manière que la liberté du commerce et de l'industrie est un bien pour qui veut jouir des utilités que procure l'exercice d'une activité économique, la liberté de réunion et la liberté d'aller et venir constituent des biens dont l'autorité publique peut concéder les utilités par le biais d'autorisations d'occupation temporaire. Ces deux séries de droits publics subjectifs ont pour point commun une nature réelle. Cette nature se manifeste par le fait que l'obligation de l'administration est une obligation de ne pas faire. Lorsque l'administration concède un de ces droits subjectifs, que ça soit de manière générale – comme la déclaration de la liberté d'aller et venir ou celle de la liberté du commerce et de l'industrie – ou de manière plus particulière – lorsqu'après avoir interdit un segment de cette liberté

¹¹⁶⁶ P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », *RFDA* 2009, p. 229.

¹¹⁶⁷ P. ROQUES, « La redevance due pour utilisation privative des voies publiques », *RDP* 1934, p. 36.

¹¹⁶⁸ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 456-457.

d'aller et venir ou du commerce et de l'industrie, ou d'une autre liberté, la personne publique contingente et permet l'exercice à un nombre défini de personnes –, sa seule obligation est de laisser les individus bénéficiaire de ce droit de jouir des utilités que leur offre cette sphère d'autonomie particulière.

Ces droits se distinguent d'autres droits qui font naître, dans le patrimoine de la personne qui en est à l'origine, une obligation de faire ou de donner. Ces droits publics subjectifs prennent alors une dimension personnelle.

B. — La nature patrimoniale des droits publics subjectifs personnels

374. — La structure des droits publics subjectifs personnels devrait s'ordonner de la sorte : comme pour les droits réels, la personne, physique ou morale, titulaire du droit est le sujet actif et l'Administration en est le sujet passif. À la différence du droit réel, le droit personnel consiste en ce que le débiteur du droit – autrement dit, l'Administration – soit obligée à l'accomplissement d'une action de faire, de donner ou de prester. Ainsi, les droits publics subjectifs personnels se découvrent, comme les droits réels, eu égard à la nature de l'obligation qui incombe à l'Administration, sujet passif du droit.

375. — S'agissant, d'un droit dont le corollaire est une obligation de donner, le droit au logement est proclamé par l'article 1^{er} de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux obligations des locataires et des bailleurs, dite « loi Quilliot » qui dispose que « le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent ». À ce stade, le droit ainsi proclamé n'est que déclaratif et ne s'accompagne d'aucun dispositif particulier, visant à le rendre effectif. L'article 1^{er} de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, dite « loi Besson » vient renforcer ce droit en affirmant que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation. / Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, dans les conditions fixées par la présente loi, pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir (...) ». Mais cette loi a eu surtout pour objet de créer un plan départemental d'action pour le logement et l'hébergement des personnes défavorisées, ainsi qu'un fonds départemental de solidarité. Ce droit, s'il existe

formellement, ne s'exerce guère et aucune obligation n'est mise à la charge de la personne publique.

C'est la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable, dite « loi DALO », qui crée un article L. 300-1 du code de la construction et de l'habitation qui dispose que « le droit à un logement décent et indépendant (...) est garanti par l'État à toute personne, qui résidant sur le territoire français de façon régulière (...) n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir ». Cette fois-ci, le droit est supposé « garanti » par le fait qu'il s'exerce effectivement « par un recours amiable puis, le cas échéant, par un recours contentieux »¹¹⁶⁹. Concrètement, les bénéficiaires de ce droit peuvent, lorsqu'ils n'ont reçu aucune proposition adaptée en réponse à une demande de logement, saisir une commission de médiation, créée dans chaque département auprès du préfet. Cette commission désigne au préfet les personnes qui sont prioritaires à l'attribution d'un logement et se prononce sur l'urgence à reloger ces personnes¹¹⁷⁰. Si les personnes, ainsi déclarées prioritaires ne sont pas relogées dans un délai de trois à six mois – selon les départements –, alors elles peuvent introduire un recours contentieux devant le tribunal administratif¹¹⁷¹. Le juge peut, le cas échéant, ordonner le logement ou relogement du bénéficiaire de ce droit, sous astreinte, dont le produit est versé au fonds national d'accompagnement vers et dans le logement¹¹⁷².

Le dispositif, ainsi décrit, consacre donc un droit public subjectif personnel : un droit concédé à un individu, qui fait naître dans le patrimoine de l'administration, une obligation de donner, en l'occurrence un logement social, obligation résoluble en argent, bien que les sommes ne bénéficient pas directement à l'individu bénéficiaire du droit.

376. — S'agissant d'un droit dont le corollaire est une obligation de faire, le droit à la mobilité est décrit, à l'article L. 1111-1 du code des transports, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, comme « le droit qu'a toute personne, y compris celle dont la mobilité est réduite ou souffrant d'un handicap, de

¹¹⁶⁹ Article L. 300-1, alinéa 2, du code de la construction et de l'habitation.

¹¹⁷⁰ Article L. 441-2-3, II, du code de la construction et de l'habitation.

¹¹⁷¹ Article L. 441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitation.

¹¹⁷² Article L. 441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitation.

se déplacer et la liberté d'en choisir les moyens, y compris ceux faisant appel à la mobilité active, ainsi que la faculté qui lui est reconnue d'exécuter elle-même le transport de ses biens ou de le confier à l'organisme ou à l'entreprise de son choix ». Pour que ce droit puisse s'analyser comme un droit public subjectif, il faut qu'il fasse naître, dans le patrimoine de la personne publique, des obligations.

En l'occurrence, et s'agissant du droit à la mobilité, il fait naître deux séries d'obligations dans le patrimoine de la personne publique. La première est une obligation de ne pas faire et, à ce titre, a la structure d'un droit réel : il s'agit de la liberté d'aller et venir, principe à valeur constitutionnel consacré dans la décision du Conseil constitutionnel¹¹⁷³ n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant des voies nationales ou départementales. Mais, la seconde consiste en une série d'obligations de faire, à savoir, la création d'infrastructures et de services de transport. En effet, l'article L. 1221-1 du code des transports dispose que « l'institution et l'organisation des services publics de transport réguliers et à la demande sont confiées, dans les limites de leurs compétences, à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements en tant qu'autorités organisatrices ». Ces autorités organisatrices de la mobilité sont essentiellement les intercommunalités¹¹⁷⁴ et les régions¹¹⁷⁵, lesquelles sont, notamment, autorités organisatrices compétentes pour l'organisation des services de transport ferroviaire de voyageurs d'intérêt général¹¹⁷⁶, compétence ferroviaire qu'elles partagent, notamment, avec l'État, autorité organisatrice compétente pour l'organisation des services de transport ferroviaire de voyageurs d'intérêt national, comme les services de trains à grande vitesse.

Ces compétences attribuées par la loi à l'État, aux régions et aux intercommunalités sont, principalement des facultés d'intervention. L'absence d'organisation de services de transport

¹¹⁷³ Cons. const., décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant des voies nationales ou départementales

¹¹⁷⁴ Article L. 1231-1 du code des transports.

¹¹⁷⁵ Article L. 1231-3 du code des transports.

¹¹⁷⁶ Article L. 2121-3 du code des transports.

publics de personnes, réguliers ou à la demande¹¹⁷⁷ constitue un exercice de cette compétence, même si certains éléments doivent obligatoirement être mis en œuvre par les autorités organisatrices de la mobilité¹¹⁷⁸. Mais d'autres droits donnent à l'État des obligations très substantielles. L'article L. 111-2 du code de l'éducation dispose que « tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation ». Ce droit donne lieu à la scolarisation obligatoire, qui l'instruction étant « obligatoire pour chaque enfant dès l'âge de trois ans et jusqu'à l'âge de seize ans. »¹¹⁷⁹. Cette obligation ne pèse pas seulement sur l'État, dès lors que « l'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix. »¹¹⁸⁰. Toutefois, le service public de l'enseignement demeure le principal mode de réalisation de ce droit, et a vocation à le demeurer¹¹⁸¹.

377. — S'agissant, enfin, d'un droit dont le corrolaire est une obligation de payer, il en existe de nombreuses. Le droit au logement que nous avons mentionné plus tôt donne droit à des aides versées en espèces : les aides personnelles au logement mentionnées aux articles L. 811-1 à L. 863-5 du code de la construction et de l'habitation.

Section n° 2. — La liberté juridique : objet des pouvoirs exercés sur les choses de l'ordre de la souveraineté

378. — L'étude de la structure juridique des droits publics subjectifs des particuliers, qu'ils soient formalisés – par exemple, sous la forme d'autorisations administratives –, ou non – par exemple, lorsqu'une norme, constitutionnelle ou législative, pose le principe général d'un droit –, est identiques aux droits privés subjectifs. À ce titre donc, autant qu'ils en sont l'objet, ils sont le produit du commerce juridique des personnes qui en sont les créateurs.

¹¹⁷⁷ L'article L. 1231-1-1 du code des transports liste les différents éléments de la compétence d'organisation des mobilités, services réguliers et à la demande de transport public de personnes, services de transport scolaire, services relatifs aux mobilités actives et aux usages partagés des véhicules terrestres à moteur.

¹¹⁷⁸ Les services de transport scolaire, définis aux articles L. 3111-7 à L. 3111-10 du code des transports, notamment, ne sont pas facultatifs

¹¹⁷⁹ Article L. 131-1 du code de l'éducation.

¹¹⁸⁰ Article L. 131-2 du code de l'éducation.

¹¹⁸¹ Les conditions permettant l'instruction en famille ont encore été renforcées récemment, par l'article 49 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

Pour révéler la partie submergée de l'iceberg, il convient désormais de pousser plus loin l'analogie avec le droit des biens, dès lors que l'identité de structure entre droit public subjectifs et des particuliers et droits patrimoniaux amène à penser la création des premiers en termes d'exclusivité et de disposition, comme cela est le cas pour les seconds. En effet, dans le droit des biens, le pouvoir de disposer constitue, à côté de la jouissance des utilités de la chose que lui confère l'exclusivité, l'autre prérogative fondamentale du rapport de propriété. Prérogative strictement juridique, « la disposition, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, est le pouvoir de vouloir mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire »¹¹⁸². Par la disposition, le propriétaire peut, notamment, engager tout ou partie de son patrimoine, par « la création des droits incorporels [, laquelle] s'analyse elle-même comme une manifestation du pouvoir de disposer »¹¹⁸³. Ainsi en est-il de l'acte constitutif d'un droit réel, par lequel le propriétaire engage sa chose. Ainsi en est-il de l'acte constitutif d'un droit personnel, par lequel le propriétaire engage l'intégralité de son patrimoine. « Il résulte de ce qui précède, concluent-ils, que tout acte juridique est un acte de propriété et que le pouvoir de disposer est l'instrument du commerce juridique »¹¹⁸⁴.

379. — L'ambition est ici, en conséquence, de proposer une explication à la manière dont sont créés les droits publics subjectifs, explication qui soit compatible avec une analyse de ces droits fondée sur le fonds commun du droit des biens. Deux catégories de droits publics subjectifs ont été identifiées, par analogie avec les droits privés subjectifs. Il y a, d'une part, les droits-liberté, qui sont ceux qui génèrent une obligation négative – de ne pas faire – dans le patrimoine de leurs débiteurs, la rapprochant ainsi du droit réel, et, d'autre part, les droits-créance, qui sont ceux qui génèrent une obligation positive – de faire ou de donner – dans le patrimoine de leurs débiteurs, la rapprochant ainsi du droit personnel.

De ces deux catégories, nous nous concentrerons sur la première à l'occasion de cette section. En effet, les droits-créance, par analogie avec les droits personnels, résultent de

¹¹⁸² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 335.

¹¹⁸³ *Ibid.*, p. 336.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 336.

l'engagement de celui qui le crée, et ce mécanisme ne sera étudié que plus tard¹¹⁸⁵. Seuls les droits-liberté, par analogie avec le droit réel autre que le droit de propriété, peuvent être considérés comme des droits « sur la chose d'autrui » et, donc, supposer l'existence d'une chose externe à ces droits, qui sont l'objet du pouvoir de disposition de celui qui les crée.

C'est cette chose externe qu'il convient de révéler. Objet du droit-liberté, on l'appelle liberté, ou sphère d'autonomie, ou libre détermination. En tant que chose de l'ordre de la souveraineté sur laquelle il est possible de constituer des droits, elle est rattaché à une personne par un rapport d'exclusivité (§1.), qui confère à son titulaire la possibilité d'en disposer (§2.).

§1. — L'exclusivité des choses de l'ordre de la souveraineté

380. — L'analyse des droits-liberté comme des droits portant sur la chose d'autrui suppose d'abord de convaincre de l'existence de ces choses et d'en déterminer la substance (A.), afin de pouvoir en identifier les détenteurs (B.).

A. — *L'objet du rapport d'exclusivité avec les choses de l'ordre de la souveraineté*

381. — La reconnaissance progressive de droits aux individus (1.) appelle à se poser la question de leur substance juridique (2.).

1. — L'existence des choses de l'ordre de la souveraineté

382. — L'étude de la structure des droits publics subjectifs permet de proposer un troisième temps dans l'évolution de l'analyse juridique de la notion de liberté publique.

Le premier temps consiste en la reconnaissance progressive de droits aux individus. Comme le fait remarquer Philippe Braud, « jusqu'à 1940 surtout, on parle de droits individuels, libertés individuelles, droits publics individuels, droits de l'homme »¹¹⁸⁶. L'évolution des libertés publiques, dans tous les manuels, mêmes les plus actuels, suit le

¹¹⁸⁵ Cf. supra, Partie n° 2, Titre n° 2, Chapitre n° 2, Section n° 1.

¹¹⁸⁶ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, préf. G. DUPUIS, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1968, t. 76, p. 12.

même schéma et aboutit à une conception de la liberté, au sens juridique du terme, qui est fondée sur l'héritage libéral classique. La longue période qui va de l'Antiquité jusqu'à la Renaissance et, plus encore, à la Révolution française, est considérée comme « une interminable gestation »¹¹⁸⁷, dont les régimes successifs constituent des « sources d'inspiration »¹¹⁸⁸. L'Antiquité y est surtout regardée comme le moment de la liberté-participation¹¹⁸⁹ et l'ère Chrétienne, comme ayant permis la valorisation de l'individu, prémisses nécessaires à ce que leur soit formellement reconnu des droits. Mais c'est surtout aux théoriciens du Contrat social et, particulièrement, à John Locke, que l'on fait remonter l'influence intellectuelle la plus directe de la reconnaissance des droits aux individus qui marqueront les grandes déclarations révolutionnaires¹¹⁹⁰. La Déclaration des droits de 1789 constitue la traduction juridique de cette pensée nouvelle. Les libertés publiques s'y analysent « en des droits subjectifs que les particuliers peuvent faire valoir contre l'État et qui ne sont que la transposition sur le plan juridique de leurs droits naturels d'homme et de citoyen »¹¹⁹¹. C'est également comme ça que s'analysent les droits de deuxième et de troisième génération.

Le deuxième temps va plus loin et consiste en la reconnaissance, corrélative à la consécration de droits pour l'individu, d'obligations pour l'État. Elle naît chez Léon Duguit, notamment, lorsqu'il affirme « que l'État a des devoirs envers les individus, que son action est limitée positivement et négativement par le droit, c'est-à-dire qu'il y a des choses qu'il ne peut pas faire et des choses qu'il est obligé de faire »¹¹⁹². Cette analyse est reprise et enrichie par Philippe Braud, dans sa thèse sur *La notion de liberté publique en droit français*, qui développe toute une analyse des libertés publiques fondée sur la notion d'obligation et non

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ S. HENETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 5^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 2022, p. 43.

¹¹⁸⁹ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 15. La liberté-participation, par opposition à la liberté-autonomie, renvoie, à la liberté des Anciens de Benjamin Constant (*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819).

¹¹⁹⁰ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, pp. 24-25 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit des libertés fondamentales*, 8^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2021, pp. 19 et suiv. ; S. HENETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 46-47 ; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 9^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 2021, p. 22.

¹¹⁹¹ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁹² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Paris, E. de Boccard, 1925, t. 5, p. 1.

sur celle de droit. « Au lieu de dire seulement que les libertés publiques sont des prérogatives reconnues aux individus, écrit-il, on peut rendre compte, de façon plus complète, de la même réalité en affirmant que ce sont des obligations juridiques à la charge de l'État, dont les bénéficiaires sont les particuliers ressortissants de cet État »¹¹⁹³.

Cette évolution ressemble, dans un autre domaine, à celle qu'a vécue la notion de droit réel. Le droit réel est, dans la doctrine classique, un rapport immédiat entre le titulaire du droit réel et la chose sur laquelle il dispose d'un droit, de propriété, d'usufruit, etc. Les personalistes, à partir de Maurice Planiol, en développant l'idée d'obligation passive universelle, sont venus mettre en évidence le côté externe de ce droit, son caractère obligationnel, à l'image du droit personnel. Ces deux éléments n'étaient pas non plus exclusifs l'un de l'autre et la doctrine, particulièrement Louis Rigaud, est parvenue à une synthèse. Une synthèse qui, toutefois, s'est avérée intenable et a formé le lit d'une nouvelle doctrine, les néopersonnalistes, qui, à partir de Samuel Ginossar et plus encore avec Frédéric Zenati-Castaing, sont venus dépasser ce cadre d'analyse pour en former un nouveau. À cette image, le troisième temps que nous nous apprêtons à proposer vise à mettre en évidence les difficultés intellectuelles que pose cette conception des libertés publiques et de proposer un nouveau cadre d'analyse.

383. — L'alliance de ces deux analyses, révèle la nature patrimoniale des libertés publiques, qui ont la même structure que les droits patrimoniaux, dont la théorie a été développée par la doctrine de droit civil et dont la tentative de reprise, par la doctrine de droit administratif, a échoué. Nous avons vu que les autorisations administratives sont assez parfaitement assimilables à des droits réels, dès lors qu'ils supposent de l'administration, une obligation de ne pas faire, de s'abstenir de troubler d'exercice paisible, par le détenteur de l'autorisation, des droits acquis par ce titre. De même, les droits-créance et les services publics sont assez parfaitement assimilables à des droits personnels, dès lors qu'ils supposent de l'administration, une obligation positive, de faire – pour les services publics de prestation de service, comme l'éducation nationale, par exemple – ou de donner – pour les services publics de prestations sociales, comme les caisses d'allocations familiales, par exemple –, au bénéfice

¹¹⁹³ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 13.

du destinataire de ce service. Nous voyons là qu'il existe une différence de nature, entre deux séries d'activités de l'administration, celles pour lesquelles l'administration doit s'abstenir d'intervenir et celle pour lesquelles elle doit activement produire, biens et services.

Les auteurs partisans d'une analyse des libertés publiques par le côté de l'obligation ont d'ailleurs bien noté cette distinction. Selon Léon Duguit, aux libertés publiques, au sens classique du terme, qui consistent essentiellement en des obligations négatives – c'est-à-dire, l'obligation faite à l'État, de respecter la liberté individuelle –, s'ajoutent de nouvelles obligations, positives celles-ci, qui font qu'il se trouve progressivement obligé « non seulement de ne pas toucher à la liberté, mais encore d'agir positivement pour que chacun puisse exercer sa liberté »¹¹⁹⁴. Pour Philippe Braud, l'affirmation d'une définition des libertés publiques par le contenu de l'obligation, à savoir une obligation négative, « constitue le pivot d'une définition fondée non plus sur le droit individuel mais sur le devoir de l'État »¹¹⁹⁵ et permet de les distinguer d'autres obligations de l'État, les droits civiques et les droits économiques et sociaux, dont le contenu de l'obligation est positif : « l'obligation positive d'organiser la participation du Peuple à la chose publique »¹¹⁹⁶ pour les premiers, l'accomplissement de prestations positives pour les seconds. Cette analyse n'est pas exclusive, mais complémentaire de la précédente.

Il semble, toutefois que cette distinction est plus fondamentale que ce que ces auteurs laissent à penser. En effet, la structure du droit réel, qui se caractérise par l'obligation de ne pas faire, suppose, contrairement à la structure du droit personnel, l'existence d'une chose, objet du droit. Autrement dit, le droit personnel, met en relation deux personnes et rien de plus : l'objet du droit personnel, l'obligation personnelle est la prestation rendue par la personne débitrice de ce droit. En revanche, le droit réel, qui met en relation deux personnes, a pour objet une chose, dont la personne créancière du droit peut jouir et dont la personne débitrice du droit à l'obligation de souffrir la jouissance. De sorte qu'il faut, en bonne

¹¹⁹⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁹⁵ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 128.

rigueur, qu'il existe un élément supplémentaire qu'il convient de découvrir dans le cadre des libertés dites « négatives ».

384. — Le droit réel – autre que le droit de propriété – est un droit sur la chose d'autrui. Il en résulte, que les droits et libertés se traduisant par une obligation de ne pas faire pour l'État, sont en réalité des droits sur une chose. Cette idée est déjà apparue sous la plume d'auteurs. C'est le cas, notamment, de Julien Laurent, qui exprime cette idée pour la rejeter. Lorsqu'il s'interroge sur la nature juridique des droits-contingentement – les quotas et le *numerus clausus* –, l'auteur met en évidence leur nature de droit réel.

En droit civil, les droits patrimoniaux – les droits réels et les droits personnels – sont distincts des droits intellectuels – les œuvres de l'esprit – en tant que les premiers sont le produit d'une activité juridique, tandis que les seconds sont les produits d'une activité créatrice. L'auteur classe donc les droits-contingentements parmi cette première catégorie, ces derniers n'ayant rien en commun avec une œuvre d'art. « Ces biens, écrit-il, ne sont pas créés par leur titulaire mais sont concédés au moyen d'un acte unilatéral émanant de l'autorité régulatrice (en principe l'État). Dès lors, les droits-contingentement ne naissent pas d'une activité créatrice quelconque de leur titulaire, mais sont le pur produit de l'activité juridique de la puissance publique et, plus précisément, de son commerce juridique avec les *beati possidentes* »¹¹⁹⁷. Toutefois, s'interrogeant sur la nature juridique du « bien-monopole », qui est serait à l'origine des droits-contingentement, l'auteur se contente d'affirmer que « si les droits-contingentement procèdent effectivement d'une limitation à la liberté d'entreprendre, ils n'en sont pas pour autant des émanations ou des « démembrements », tout simplement parce que la liberté d'entreprendre n'est pas un bien en elle-même »¹¹⁹⁸.

Du point de vue du droit des biens de l'ordre de la propriété, cette affirmation est incontestable. Ni la liberté d'entreprendre, ni aucune autre liberté au sens où on l'entend classiquement, n'est un bien au sens où elle n'est pas soumise au régime du droit de propriété, tel qu'il résulte du code civil. Mais ce droit de propriété n'est qu'un régime juridique, une manifestation parmi tant d'autre des formes fondamentales du fonds commun du droit des

¹¹⁹⁷ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

biens et il en existe d'autre. Et celui que nous souhaitons mettre à jour, c'est le régime du droit des choses de l'ordre de la souveraineté, au sein duquel la liberté peut être considérée comme une forme de chose, dont la disposition permet la création de ces droits sur la chose d'autrui d'un genre particulier : les droits réels publics subjectifs.

2. — La substance des choses de l'ordre de la souveraineté

385. — Se poser la question de la substance des choses de l'ordre de la souveraineté revient à définir ce qu'est la liberté. Deux obstacles se dressent, d'emblée.

Le premier est que la définition de la liberté peut être rendue malaisée par une certaine polysémie. En effet, aux « libertés publiques, ont succédées les « libertés fondamentales » et les « droits fondamentaux ». Patrick Wachsmann ne fait guère de différences. « Le recours à la notion de libertés fondamentales entend essentiellement traduire la place croissante qu'occupe, dans la définition des libertés publiques, la jurisprudence constitutionnelle »¹¹⁹⁹. Il en irait de même pour les « droits de l'homme », qui « renvoient soit à une philosophie des libertés publiques » (celle du droit naturel moderne, de Locke et des rédacteurs de la Déclaration des droits de 1789), « soit au droit international »¹²⁰⁰. De façon générale, les auteurs de manuels relatifs au droit des libertés s'accordent à dire qu'un mot peut être pris pour un autre, en dépit des préférences personnelles.

Le second obstacle est plus conséquent, comme l'ont affirmé certains auteurs, « le nombre considérable de publications en matière de « droits de l'homme » ou de « droits fondamentaux » ou de « droits » des individus ne doit pas masquer le fait qu'il existe encore assez peu de travaux en matière de théorie des DF au sens où nous l'entendons ici, la plupart des ouvrages relevant de la philosophie politique, de la théologie, de la sociologie politique ou de la doctrine des DF de tel système national ou international »¹²⁰¹. En effet, comme le rappelle Patrick Wachsmann, « le mot liberté donne lieu à des emplois si abusifs et

¹¹⁹⁹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 4.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁰¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, et al., *Droit des libertés fondamentales*, 7^e édition, *op. cit.*, p. 67.

dépourvus de rigueur qu'un retour aux classiques s'impose »¹²⁰². Il renvoie à Voltaire, pour qui « la liberté est uniquement le pouvoir d'agir » et à Lalande, pour qui « les mots libre ou liberté marquent simplement l'absence d'une contrainte sociale s'imposant à l'individu »¹²⁰³. À l'image de la souveraineté de l'État chez Bodin, la liberté de l'individu semblerait avoir deux aspects : un aspect interne, en tant qu'elle est pouvoir d'agir ; et un aspect externe, en tant qu'elle est indépendance de ce pouvoir, vis-à-vis de l'extérieur, c'est-à-dire, le pouvoir de la société.

Il s'agit, pour Philippe Braud, du « respect d'une libre conduite des particuliers »¹²⁰⁴. C'est donc la sphère d'autonomie des individus, qui constitue l'essence des choses de l'ordre de la souveraineté ; en un mot, la liberté. Nous reprenons sa définition de la liberté, pour sa clarté : « la liberté, écrit-il, est l'état de celui qui fait ce qu'il veut et non ce que veut un autre que lui. Elle est l'absence de contrainte étrangères »¹²⁰⁵.

386. — La liberté, au sens juridique le plus strict, n'est pas une notion fondamentale du droit, au sens où nous l'avons définie dans le premier titre de cette seconde partie. En effet, nous stipulions qu'il existe trois notions fondamentales – que sont, la personne, sujet de droit, la chose, objet de droit, et le rapport juridique, technique de rattachement des choses aux personnes – et que ces notions abstraites s'incarnent dans le droit positif, par des agencements particuliers qui forment des régimes juridiques. Dans ce cadre d'analyse, la liberté – au sens juridique du terme – n'est que l'élément d'un régime juridique, que nous proposons de désigner sous le terme « droit des choses de l'ordre de la souveraineté ». Or, la liberté n'a pas de régime unique. C'est pourquoi, tous les auteurs présentant les libertés publiques le font à l'aide d'une classification.

¹²⁰² P. WACHSMANN, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 1. Pour Gilles Lebreton, elle est « l'une des plus floues qu'utilise le droit français » (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8^e édition, Paris, Sirey, coll. « Université », 2009, p. 10).

¹²⁰³ P. WACHSMANN, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 1.

¹²⁰⁴ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français, op. cit.*, p. 155.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 165. V., également « les libertés publiques sont les pouvoirs d'autodétermination qui visent à assurer l'autonomie de la personne humaine, sont reconnus par des normes à valeur au moins législatives, et bénéficient d'un régime juridique de protection renforcée même à l'égard des pouvoirs publics » (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme, op. cit.*, p. 15).

C'est le cas des auteurs classiques. Maurice Hauriou, par exemple, classait les libertés en fonction de leur contenu, en trois catégories. D'abord, les libertés du groupe *status libertatis*, les « vieilles libertés fondamentales de l'ordre individualiste »¹²⁰⁶, en substance, la liberté individuelle, les libertés de la famille, le droit de propriété et la liberté contractuelle. Ensuite, les droits créateurs d'institutions sociales, c'est-à-dire les libertés d'entreprendre, des syndicats, des associations, congrégations et fondations¹²⁰⁷. Léon Duguit les classait en fonction de la nature de l'obligation qu'elle génère pour l'État¹²⁰⁸.

La substance des choses de l'ordre de la souveraineté est l'objet du droit public subjectif dont l'obligation est une abstention, c'est-à-dire une obligation de ne pas faire. Parce que cette obligation est une abstention, alors, l'objet du droit est une action. Si l'on devait s'intéresser à l'un de ces droits en particuliers, une liberté, comme celle d'aller et de venir, ou de s'exprimer, le droit d'exercer une activité professionnelle déterminée, comme celle de chauffeur-taxi, alors, il faudrait entrer dans le détail de ce que recouvre cette « action ». Mais puisque, tous ces droits et libertés, à partir du moment où elles ont pour corolaire une obligation de ne pas faire, entrent dans la même catégorie, il convient de trouver un point commun, et ce point commun, c'est très simplement l'action, où ce que l'on appelle l'autonomie individuelle¹²⁰⁹.

Comme l'écrit, Gilles Lebreton, ontologiquement, la liberté est « un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel »¹²¹⁰. Il distingue ainsi les droits des libertés, en indiquant que les libertés sont des pouvoirs d'autodétermination, « c'est-à-dire des pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même »¹²¹¹. Les droits, en revanche, peuvent représenter des pouvoirs que l'on exerce sur

¹²⁰⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Paris, Sirey, 1930, p. 651.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, p. 653.

¹²⁰⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, *op. cit.*, p. 3. Pour une synthèse des classifications classiques.

¹²⁰⁹ V. not., L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, et al., *Droit des libertés fondamentales*, 7^e édition, *op. cit.*, p. 50 : « Par liberté, et sans entrer dans des considérations philosophiques, on souhaite mettre en lumière avant tout une faculté d'agir et une sphère d'autonomie, ce qui semble orienter prioritairement sur certains droits de l'Homme ».

¹²¹⁰ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 11.

¹²¹¹ *Ibid.*

quelqu'un d'autre, « le pouvoir d'exiger d'autrui un comportement positif »¹²¹². C'est bien là, la distinction que nous formulons entre droits-liberté et droits-créance.

« L'individu, écrit Philippe Braud, est un être dont le dynamisme se manifeste de façons fort différentes et met en jeu des facultés diverses »¹²¹³. Et l'auteur, s'essayant à synthétiser ce que peut recouvrir cette autonomie individuelle, la subdivise en trois catégories. La première, pour ne détailler qu'elle, est constituée par l'autonomie physique de la personne, qui s'analyse comme « la libre disposition par un individu de son corps (...) la liberté physique, matérielle, du corps »¹²¹⁴. « Chacun peut, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, en principe, retirer de son corps toutes les utilités concevables »¹²¹⁵, qu'il s'agisse « des activités d'entretien et de reproduction, notamment l'alimentation et la sexualité »¹²¹⁶, retirer les fruits de son corps, que leur utilité soit nutritionnelle, comme le lait maternel, ou médicale « s'agissant des organes, des cellules, des tissus, du sang, du plasma, du sperme, des ovules »¹²¹⁷ et même, en abuser – au sens juridique du terme – par l'automutilation, ou, dans les cas les plus tragiques, en se donnant la mort.

L'on voit qu'il est possible de rentrer très en détail, dans le contenu des facultés qu'il est possible de mettre en œuvre, à la vérité, de la même manière que pour l'extraction des utilités de la chose en droit civil des biens, ces facultés sont illimitées ; elles ne sont bornées que par l'imagination des hommes et la manière, dont le droit positif les segmentent et leur applique des régimes juridiques divers.

B. — Les sujets du rapport d'exclusivité avec les choses de l'ordre de la souveraineté

387. — S'agissant de la titularité des droits-liberté, deux conceptions s'affrontent

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français, op. cit.*, p. 155.

¹²¹⁴ *Ibid.*, p. 159.

¹²¹⁵ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, coll. « Droits fondamentaux », 2006, p. 248.

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ *Ibid.*

La première, inspirée du jusnaturalisme, les présente comme des droits de l'individu. On parle de « droits de l'Homme », de « liberté individuelle », pour évoquer cette idée que l'individu est libre, presque par nature, et que, pour préserver cette liberté, l'État la règlemente. Issue de la pensée libérale classique, cette manière d'envisager la liberté est toute entière résumée dans la célèbre affirmation du commissaire du gouvernement Corneille, qui rappelait que « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »¹²¹⁸. L'individu possède en propre ses droits et l'État n'intervient, dans un second temps que pour les régler, dans la limite de ce qui est nécessaire pour que les citoyens en conservent le plus de substance.

La seconde, aux accents plus positivistes, consiste à les présenter comme des normes d'habilitation. Les individus ne sont pas naturellement libres, ils le sont parce que des actes juridiques, notamment la Constitution – qui contiennent, pour nombre d'entre-elles des déclarations de droits – ou la loi, leur confèrent ces droits. L'individu, n'est plus ici le titulaire *in fine* de ses droits, il les tient d'un autre, qui fixe seul le principe et la limite du contenu de ces droits et de leur exercice.

388. — La conception patrimoniale des droits-liberté que nous proposons n'ignore pas la première conception, mais s'inscrit résolument dans la seconde.

Elle n'ignore pas la première, elle la renvoie simplement, en dehors de la matière juridique, dans le champ des valeurs. En effet, affirmer que le rôle de l'individu est d'être libre et celui de l'État d'organiser cette liberté, notamment en la règlementant, permet de promouvoir une organisation du droit plutôt qu'une autre. Mais, un système juridique pourrait tout aussi bien mettre en œuvre des valeurs où la servitude est la règle et la libre détermination individuelle, l'exception ; tout en définissant cette exception de manière extrêmement large. Le régime juridique d'exception mis en œuvre pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 – et avant lui, nombre d'états d'exception – nous montre qu'une telle inversion des valeurs est possible, lorsqu'elle est socialement acceptée,

¹²¹⁸ L.-F. CORNEILLE, conclusions sous Cons. d'État, 10 août 1917, *Baldy, op. cit.*

même dans les États les plus libéraux. Lors du temps nécessaire, les sociétés aux valeurs libérales savent réduire au minimum, tout ou partie des libertés individuelles.

L'analyse proposée s'inscrit résolument dans la seconde, car en assimilant les droits-liberté de l'individu à une catégorie de droit réel, c'est-à-dire un droit sur la chose d'autrui, elle fait du particulier un simple concessionnaire de l'objet de ce droit, à savoir, la liberté (1.). Cet « autrui », qui est donc le véritable titulaire de la liberté en tant que chose, c'est celui qui peut décider ou non, de lui consentir un tel droit, c'est-à-dire le Souverain, agissant par ses organes constitués (2.).

1. — L'individu, concessionnaire des choses de l'ordre de la souveraineté

389. — L'individu, titulaire d'un droit-liberté public subjectif ne dispose que d'un droit sur la chose d'autrui.

En effet, pour considérer que la liberté, en tant que chose, c'est-à-dire, en tant qu'objet du droit public subjectif, est rattachée à l'individu par un rapport d'exclusivité, il faudrait considérer que ce dernier peut disposer des prérogatives dont dispose le titulaire d'une chose sur la liberté-elle-même. Il s'agit, d'une part, tout en maintenant ce rapport d'exclusivité, de créer des droits au profit d'une ou plusieurs autres personnes, c'est-à-dire, la possibilité de créer un droit sur la chose d'autrui. Il s'agit, d'autre part, de la possibilité de s'en défaire juridiquement, en rompant le rapport d'exclusivité, soit purement et simplement – c'est-à-dire en faisant de la chose un *res nullius* – soit en en créant un au profit d'une autre personne, en somme, en le cédant. Or, l'individu n'exerce sur ses droits, ni l'une, ni l'autre de ces prérogatives.

En effet, d'une part, l'individu ne peut pas constituer de nouveaux droits publics subjectifs dont l'obligation est une abstention : ni à son profit, ni au profit d'un autre individu. Ainsi, et aussi évident que cela puisse paraître, l'individu ne peut pas s'octroyer le bénéfice d'une liberté qui ne lui a pas été confiée par le droit positif. Ainsi, par exemple, il ne peut s'octroyer l'autorisation d'exercer librement la profession de médecin, sans satisfaire aux dispositions du droit positif des articles L. 4131-1 et suivants, du code de la santé publique. Il ne peut pas non plus octroyer cette autorisation à une autre personne, ce que le

véritable titulaire d'une liberté serait en mesure de faire. L'argument peut être présenté de manière plus simple : la Constitution disposant que « La loi fixe les règles concernant : (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »¹²¹⁹, l'individu, s'il était titulaire des libertés publiques, devrait pouvoir, soit promulguer de telles lois, soit être en mesure de modifier l'article 34 de la Constitution. Ce qui n'est, cela va sans dire, pas possible.

De la même manière, d'autre part, l'individu ne peut pas se défaire de la liberté. Ni de la sienne, d'une part, puisque s'il peut renoncer à exercer l'usage d'un droit-liberté, il ne peut, ni s'en défaire en la confiant à un autre, ce qui reviendrait à se réduire en esclavage. Ni de celle des autres, d'autre part, et évidemment, puisqu'il ne peut ne pas réduire quelqu'un en esclavage.

390. — L'individu ne peut pas revendiquer la titularité de l'objet de cette liberté, mais seulement du droit de percevoir les utilités de cette liberté, dans les conditions déterminées par celui qui lui a consenti ce droit. En revanche, cette affirmation n'est pas incompatible avec le phénomène de patrimonialisation des autorisations administratives. En effet, cela ne signifie pas qu'il n'existe aucun rapport d'exclusivité à son égard. En effet, et d'autre part, le titulaire d'un droit-liberté peut revendiquer l'exclusivité de ce droit ; il peut, dans certains cas, en disposer.

À cet égard, la possibilité pour le détenteur d'une licence de taxi de céder cette fraction de droit-liberté à un autre individu, qui lui n'en dispose pas, ne fait pas obstacle à cette idée. En réalité, du fait, d'une part, que l'individu ne peut procéder à cette cession que dans les conditions qui lui ont été dictées par le droit positif, sous le contrôle de l'administration, qui peut, pour certains motifs refuser, et, d'autre part, que le législateur peut, pour le cessionnaire aussi bien que pour le cédant, disposer de ce droit, en en modifiant les conditions de titularité ou d'exercice. Dès, lors, il semble que la cession d'autorisations administratives se rapproche plus, de ce point de vue et pour faire une analogie foncière, d'une cession de bail, par exemple, que d'une cession de propriété.

¹²¹⁹ Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

L'absence de véritable titularité des droits par les individus révèle, en négatif, le véritable détenteur des choses de l'ordre de la souveraineté : le Souverain, qui s'exprime par ses organes constitués, l'État.

2. — L'État, titulaire des choses de l'ordre de la souveraineté

391. — Si l'individu n'est pas titulaire de sa propre sphère d'autonomie, dès lors qu'il n'est pas en mesure de disposer des choses de l'ordre de la souveraineté, ce n'est pas le cas de l'État, qui est à l'origine des droits que l'individu exerce sur les libertés. Toutefois, il n'est pas lui-même titulaire de ses libertés, étant lui-même limité dans son activité normative. Il n'est qu'une sorte de fiduciaire des choses de l'ordre de la souveraineté (a.) agissant au nom et pour le compte du peuple souverain, titulaire ultime de la liberté (b.).

a. — *L'État, fiduciaire des choses de l'ordre de la souveraineté*

392. — L'analyse des droits individuels en termes de droits sur la chose d'autrui, de concessions sur la liberté, suppose l'existence d'un autrui, d'un concédant, qui les lui octroie de tels droits, en en déterminant le principe de la titularité et les conditions de l'exercice, furent-elles extrêmement libérales. En effet, même si le droit est le plus absolu, et ne connaît aucune limite évidente, cela ne signifie pas que l'individu est le titulaire originel de ce droit, mais, potentiellement, que le concédant en a décidé ainsi, par son arbitraire ou par la contrainte, qui peut être juridique – comme c'est le cas du législateur, contraint par le pouvoir constituant – ou extra-juridique – pour des raisons politiques, par exemple.

Pour découvrir cet autrui, cependant, mieux vaut se concentrer sur les limites d'un droit. Par exemple, les individus sont titulaires de la liberté de manifester ses opinions religieuses. L'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose ainsi que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». L'article 1^{er} de la célèbre loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, dispose ainsi que : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public. » Toutefois, l'exercice de cette liberté n'est pas sans limites. Par exemple, l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation dispose que « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves

manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ». Cette interdiction n'est pas, à l'évidence, la conséquence logique de la liberté religieuse. En effet, avant qu'elle ne soit introduite par la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, il était loisible à tout titulaire de la liberté religieuse, de manifester ostensiblement sa appartenance religieuse par le port d'un signe ou d'une tenue, sur le fondement d'un avis du Conseil d'État, en date du 27 novembre 1989, qui affirmait que cette pratique était compatible avec le principe de laïcité.

Si l'individu ne peut pas modifier les conditions d'exercice de ses libertés, ce n'est donc pas que personne ne peut le faire. Le pouvoir législatif, par la loi, le pouvoir exécutif, national ou local, par le pouvoir réglementaire, peut agir sur le régime d'une liberté. Cette idée qui existe de longue date dans notre conception des droits, puisque la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen renvoie régulièrement à la loi pour régler les droits et libertés. Particulièrement, dans les articles 4, 5 et 6, qui nous montrent « que les Constituants font confiance à la raison du législateur pour concrétiser les impératifs de la Loi naturelle pour le pays »¹²²⁰. Elle existe dans notre droit positif, notamment à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui indique, entre autres choses, que « La loi fixe les règles concernant : (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

393. — Ainsi, si l'individu ne peut pas modifier les conditions, mais l'État peut le faire. Est-ce à dire que l'État est le titulaire des choses de l'ordre de la souveraineté ? Pas tout à fait, dès lors que l'État – et ses organes – est lui-même contraint dans l'exercice des pouvoirs qu'il exerce sur les choses de l'ordre de la souveraineté, par la Constitution et le pouvoir Constituant.

b. — Le Souverain, titulaire des choses de l'ordre de la souveraineté

394. — L'individu n'est pas titulaire de ses droits-liberté, parce qu'il les tient, sur le fondement de normes d'habilitation, édictées par autrui. Cet autrui doit être, donc, par définition, la personne qui ne tient ses droits-liberté de personne et qui, au contraire peut les octroyer, les réglementer et les reprendre à sa guise. C'est le souverain, qui dispose de

¹²²⁰ S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1988, p. 369.

l'exclusivité de la possibilité de créer le droit, qui est cet autrui. En effet, « l'acte de souveraineté, écrit Olivier Beaud, signifie d'abord l'existence du monopole étatique du droit positif »¹²²¹.

Ce monopole sur la production normative, consomme, il nous semble, le caractère exclusif des choses de l'ordre de la souveraineté au profit du souverain. En effet, cette exclusivité suppose que la personne puisse interdire à quiconque d'autre d'agir, juridiquement ou même matériellement, sur sa chose. À l'instar du pouvoir des choses de l'ordre de la propriété, qui « fait qu'un bien se trouve sous le pouvoir d'une personne déterminée et échappe au pouvoir de toute autre personne »¹²²². Le niveau des choses de l'ordre de la souveraineté se situe dans un niveau supérieur, qui le distingue des choses de l'ordre de la propriété, à savoir que l'exclusivité des choses de l'ordre de la souveraineté n'est pas lui-même organisé par le droit. Le souverain, contrairement au propriétaire, ne tire son exclusivité de personne, son exclusivité est donc, d'une forme plus pure, si l'on peut dire. Lorsque Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet écrivent que « la recherche du contenu de la propriété est délicate, voire contre-nature, car ce droit est essentiellement illimité »¹²²³ ils savent certainement combien leur tâche est proche des juristes de droit constitutionnel qui souhaitent définir la souveraineté.

395. — L'acte de souveraineté, tel qu'il est défini par Olivier Beaud, présente ainsi, tous les aspects de l'exclusivité que nous souhaitons. Acte juridique, il « n'acquiert son statut de principe d'unité étatique que grâce à des caractères qui lui sont propres »¹²²⁴ : l'inabrogeabilité et l'incontestabilité.

Particulièrement, s'agissant de l'inabrogeabilité, d'une part, la circonstance que l'acte de souveraineté soit unabrogeable entraîne deux conséquences, qui sont « qu'il ne peut être abrogé par un tiers, par une personne autre que son auteur. En revanche, cet acte a la particularité de pouvoir abroger tous les autres actes juridiques, ou encore dans une version atténuée, une autorité étatique sera chargée d'annuler tout acte contraire ou non compatible

¹²²¹ O. BEAUD, « La notion d'État », *Archives de la philosophie du droit*, 1990, t. 35, p. 119.

¹²²² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 314.

¹²²³ *Ibid.*, p. 313.

¹²²⁴ O. BEAUD, « La notion d'État », *op. cit.*

avec la norme suprême ». C'est la son caractère le plus significatif et il s'applique aussi bien aux individus qu'à l'État lui-même, puisque si l'individu n'a pas le pouvoir de changer la répartition des droits et liberté, l'État, lui-même ne peut le faire que dans le respect du droit qui s'impose à lui. Il n'y a, à cet égard, et du point de vue de la technique juridique, pas plus de différence entre les pouvoirs constitués et les individus qu'entre un concessionnaire et une sous-concessionnaire, un locataire et un sous-locataire. Ultimement, le souverain est souverain parce qu'il est le seul qui peut disposer d'une chose – en l'occurrence, la liberté – sans que quique ce soit d'autre n'ait posé de critères ou de conditions, de forme ou de fond, au préalable.

§2. — La disposition des choses de l'ordre de la souveraineté

396. — Une fois établi le rapport d'exclusivité entre le souverain – par le biais des pouvoirs constitués – et les choses de l'ordre de la souveraineté, il est possible de décrire les prérogatives juridiques qui lui permettent de mettre ces choses dans une situation juridique nouvelle, c'est-à-dire, d'en disposer (A.) et voir, à quels pouvoirs ils correspondent, dans notre système juridique actuel (B.).

A. — *La définition du pouvoir de disposition des choses de l'ordre de la souveraineté*

397. — Une fois n'est pas coutume, nous nous inspirons du pouvoir de disposition des choses de l'ordre de la propriété, travaillé par les auteurs du droit civil, pour tenter de l'extrapoler aux choses de l'ordre de la souveraineté. Le droit de disposer de la chose dont on est propriétaire est une prérogative bien connue des auteurs du droit civil des biens. Il constitue la face interne du droit de propriété, dont la face externe est le rapport d'exclusivité, cette aptitude d'exclure tout autre de la jouissance des utilités délivrées par la chose. Pour Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, « la disposition est le pouvoir de vouloir mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire »¹²²⁵.

Ce pouvoir se traduit par deux principales prérogatives.

¹²²⁵ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 337.

398. — La première prérogative est le pouvoir de renoncer complètement à son rapport d'exclusivité vis-à-vis de la chose. Cela peut se faire, d'une part, par l'abandon, qui consiste à renoncer à son droit sur la chose sans qu'aucun autre droit ne soit constitué. La chose devient alors *res derelictae*, une chose sans maître¹²²⁶. Cela peut se faire, d'autre part, par l'aliénation, qui, comme l'abandon, consiste à renoncer à son droit sur la chose, mais, contrairement à ce dernier, donne lieu « à la constitution simultanée d'un nouveau droit de propriété en la personne d'un tiers ». ¹²²⁷ Cette prérogative n'est pas à confondre avec l'*abusus*, qui est un émolument du rapport d'exclusivité et qui permet au propriétaire de consommer la substance de la chose, au point parfois, qu'elle disparaisse et donc que le rapport de propriété s'éteigne avec. L'on dispose d'une pomme, lorsqu'on la vend et on en abuse, quand on la mange.

Dans le cadre des choses de l'ordre de la souveraineté, le renoncement complet au rapport d'exclusivité paraît impossible, en première analyse. En effet, la souveraineté ne se décide pas, elle se constate, elle est le pouvoir de celui qui n'est soumis à aucun autre pouvoir. Renoncer aux choses de l'ordre de la souveraineté, c'est donc renoncer à la souveraineté elle-même. Or, il nous semble qu'il est possible, au moins en théorie, de produire une analyse de la souveraineté en termes de droits subjectifs, jusque dans le pouvoir de disposition. En somme, nous proposons ici une analyse patrimoniale des transferts de souveraineté.

Le transfert de souveraineté peut être total ou partiel.

Le transfert est total lorsque le souverain renonce purement et simplement à l'intégralité des choses de l'ordre de la souveraineté, au profit d'une personne, sans qu'il ne lui soit possible de les récupérer, cette nouvelle personne n'étant, du fait de sa souveraineté, soumise à aucun pouvoir. Tel fut le cas, lorsque le Louis XVI du transmettre la souveraineté qu'il détenait des aspects constitutionnels de la monarchie absolue de droit divin à la Nation, dans la cadre de la Constitution du 3 septembre 1791, qui dispose, dans son Titre III, que

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 335.

¹²²⁷ *Ibid.*, p. 336.

la souveraineté « appartient à la Nation »¹²²⁸, « de qui seule émanent tous les Pouvoirs »¹²²⁹. Le Roi, n'est plus ici qu'un corps constitué, représentant de la Nation, au nom et pour le compte duquel il exerce le pouvoir exécutif par délégation¹²³⁰.

Le transfert peut être partiel, lorsque le souverain ne renonce qu'à une partie de ses prérogatives, comme ça peut être le cas, en cas de cession d'un territoire, par exemple, les traités et convention de vente, en date du 30 avril 1803, aux termes desquels Napoléon Bonaparte cède la Louisiane aux États-Unis d'Amérique du Nord.

399. — Sans qu'il soit besoin de revenir plus en détail sur cet aspect, la seconde prérogative est le pouvoir de constituer des droits incorporels sur la chose : soit des droits réels, lorsqu'il engage la chose ; soit des droits personnels, lorsqu'il engage tout son patrimoine. En effet, la constitution de droits personnels s'apparente à l'exercice d'un pouvoir de disposition, puisque l'on réalise la prestation que l'on doit à l'aide des biens que l'on a. « S'engager soi-même, écrivent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, c'est donc aussi disposer, c'est disposer de ses biens, de son patrimoine »¹²³¹.

B. — L'application aux pouvoirs juridiques sur les choses de l'ordre de la souveraineté

400. — L'individu ne peut ni s'octroyer de nouvelles libertés, ni s'en défaire, ni en octroyer ou en ôter à une autre personne. Il s'en déduit, puisqu'il ne dispose que d'un pouvoir limité sur sa liberté, que l'individu n'est pas titulaire de ces droits et libertés qui figurent dans son patrimoine, mais simplement de concessions, en somme, de droits sur la chose d'autrui. Si je désirais céder une partie de mon corps à titre onéreux, j'en serais empêché, le troisième alinéa de l'article 16-1 du code civil disposant que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »¹²³² (sous réserve des dispositions des articles L. 1211-1 et suivants du code de la santé publique).

¹²²⁸ Article 1 du Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791.

¹²²⁹ Article 2 du Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791.

¹²³⁰ Article 4 du Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Le Gouvernement est monarchique : le Pouvoir exécutif est délégué au roi, pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après ».

¹²³¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 336.

¹²³² Sous réserve des dispositions des articles L. 1211-1 et suivants du code de la santé publique.

Dans une lecture strictement civiliste, il convient de lire cette situation juridique comme le fait que le corps humain, ses éléments et ses produits sont hors du champ du droit des biens. Mais dans la perspective ici proposée, où chaque pouvoir et chaque chose ont la même structure et où il existe une personne, le souverain, qui dispose de l'exclusivité et de la disposition de toutes les choses, nous pouvons juste en déduire que, puisque l'individu n'a pas la libre disposition de son corps, c'est qu'une autre personne doit l'avoir. Cette personne, c'est bien évidemment celle qui a pu exclure le corps humain de la libre disposition. Le pouvoir législatif, a disposé du corps humain, par la loi, qui est donc, un pouvoir de disposition. Ce pouvoir législatif étant lui-même contraint juridiquement, dans l'adoption des lois, c'est qu'il n'est pas lui-même, le titulaire originaire de la liberté dont il dispose. Il n'est qu'un concessionnaire agissant dans les limites que lui pose le Constituant.

Le Constituant n'étant contraint par personne, il dispose du pouvoir de disposition originaire sur les choses de l'ordre de la souveraineté (1.). Tous les autres pouvoirs ne sont que des dérivations de ce pouvoir constituant (2.).

1. — Le pouvoir constituant, pouvoir de disposition originaire sur les choses de l'ordre de la souveraineté

401. — Pour Philippe Braud, seul le pouvoir Constituant peut produire des droits-liberté. « Si les organes de l'État peuvent définir des libertés publiques, écrit-il, le Gouvernement par le règlement, le Parlement par la loi – il ne s'agit que de pseudo-libertés, les droits des particuliers correspondant seulement à des obligations pseudo-étatiques »¹²³³. Si la loi et le règlement pouvaient s'analyser comme des pouvoirs de disposition sur les choses de l'ordre de la souveraineté, il ne saurait s'agir d'un pouvoir « originaire », dès lors qu'ils sont pris sur le fondement d'un autre pouvoir.

En effet, d'une part et s'agissant du règlement, deux arguments, proposés par Philippe Braud, s'opposent à ce qu'il soit érigé en source de libertés publiques, même s'ils ne sont pas convaincants de notre point de vue.

¹²³³ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, op. cit., p. 275.

Le premier concerne les règlements dont la compétence n'est pas nationale, car « les règlements qui émanent d'une autorité locale, écrit-il, ne créent des droits qu'envers une fraction de la collectivité nationale », ce qui s'oppose au principe d'égalité des droits. « Surtout, poursuit-il, il est impossible de concevoir, par définition, qu'une autorité locale ou spéciale puisse engager l'État tout entier »¹²³⁴.

Le second concerne les règlements dont la compétence est nationale, c'est-à-dire, ceux émanant du Président de la République et du Premier ministre. Pour l'auteur, d'une part, l'engagement de l'administration ne saurait être opposable au parlement. D'autre part, le régime juridique du règlement fait obstacle à ce qu'il soit considéré comme générant d'une obligation. L'argument en est que le pouvoir réglementaire s'accompagne d'un pouvoir d'abrogation. Or, « si l'autorité qui édicte la norme est toujours libre de s'en débarrasser, cela ruine l'idée même d'obligation à sa charge »¹²³⁵. Il rejette également l'engagement unilatéral réglementaire au nom de la mutabilité du service public.

Cet argument ne saurait convaincre, dès lors que la qualification d'un droit ne saurait dépendre de sa stabilité. Le fait que l'administration puisse se soustraire à l'obligation, qu'elle a générée elle-même, en abrogeant l'acte source du droit qui en est le corrolaire est sans influence sur la nature de droit subjectif qu'il constitue. En effet, si le règlement n'est pas un pouvoir originaire sur les choses de l'ordre de la souveraineté, il n'en demeure pas moins un pouvoir, là encore, nous y reviendrons.

402. — D'autre part et s'agissant de la loi, son exclusion comme pouvoir originaire sur les choses de l'ordre de la souveraineté est moins évidente, dès lors que le dogme de la souveraineté parlementaire a longtemps mis cette norme au cœur de la réglementation des droits-liberté.

À cet égard, nul besoin d'entrer en détail sur la conception rousseauiste de la loi reprise par les législateurs révolutionnaires, puis de la Troisième République, laquelle porte au

¹²³⁴ *Ibid.*

¹²³⁵ *Ibid.*

pinacle ce mode de création des libertés, et existe toujours dans la doctrine moderne, chez Georges Burdeau ou Jean Rivero, au moment où écrit Philippe Braud.

Toutefois, deux arguments viennent dénier au législateur ce pouvoir originaire sur les droits-liberté. Du point de vue des idées, d'une part, les droits individuels sont vus comme inaliénables et sacrés. Dans la pensée libérale, qui a fondé nos principales déclarations de droit, ils émanent de l'individu et ne sauraient être limité par le législateur. La création d'un pouvoir supérieur au principe majoritaire, le pouvoir constituant, est une solution apportée par le constitutionnalisme moderne. Dans le droit positif, d'autre part, et en conséquence, l'ordre constitutionnel instauré par la Constitution de la Cinquième République, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, ne permet plus la souveraineté parlementaire en toute hypothèse.

403. — C'est donc le pouvoir constituant qui devient le pouvoir de créer et régler les libertés.

« Le pouvoir constituant est juridiquement le pouvoir d'adoption des règles constitutionnelles écrites »¹²³⁶. Qu'importe celui qui prépare et rédige ces règles, le pouvoir constituant est celui qui est adopté. Qu'il s'agisse d'un homme, d'une assemblée souveraine ou du peuple, qui s'exprime par référendum, c'est « à lui et à lui seul, en tant qu'auteur juridique de la Constitution, que doit être attribuée la qualité de pouvoir constituant »¹²³⁷.

« Le pouvoir constituant originaire est, par définition, souverain, c'est-à-dire qu'il n'est assujéti à aucune limitation juridique »¹²³⁸. La question de savoir si le pouvoir constituant que l'on dit « dérivé », c'est-à-dire le pouvoir de révision constitutionnelle, est de même nature, pose question en doctrine. En effet, celui est supposé assujéti à des règles de procédure et/ou de fond. En ce sens, il est supposé être limité et donc n'être pas tout à fait un pouvoir constituant, tant qu'un pouvoir constitué. Toutefois, si personne ne se déclare

¹²³⁶ M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 12^e édition, Paris, Sirey, 2020, p. 285.

¹²³⁷ *Ibid.*, pp. 285-286.

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 286.

compétent pour contrôler son action, alors il se peut qu'il soit de même nature que le pouvoir constituant originaire. C'est en tous cas ce qu'a décidé, implicitement, le Conseil constitutionnel, en refusant de reconnaître sa compétence pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi de révision de la Constitution du 4 octobre 1958 adoptée aux termes de la procédure de son article 89¹²³⁹.

Pour certains auteurs, le pouvoir constituant originaire n'est pas une notion juridique. « Si l'on établit une Constitution en rupture avec celle qui existe jusqu'alors, écrivent-ils, on n'exerce pas un droit, on institue un nouveau système juridique »¹²⁴⁰. Pour ces auteurs, il n'est pas tout à fait exact de dire que ce pouvoir est juridiquement illimité, la notion même de limitation juridique n'a pas de sens, dès lors que « l'établissement d'une Constitution ne relève pas du droit, il fonde le droit »¹²⁴¹.

2. — Les pouvoirs constitués, pouvoirs de disposition dérivés sur les choses de l'ordre de la souveraineté

404. — La doctrine, lorsqu'elle expose le droit positif relatif à la réglementation des activités individuelles, part du principe, puisque nous sommes dans un pays libéral, et selon la célèbre phrase du commissaire du gouvernement Louis Corneille, sous l'arrêt *Baldy*, que « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »¹²⁴². L'analyse de l'activité normative de l'État à partir du fonds commun du droit des biens invite à renverser ce principe. En partant du principe que les libertés sont, originairement, rattachés par un lien d'exclusivité à l'État et que les individus ne sont en réalité que des concessionnaires de ces libertés, nous renversons l'ordre temporel de la réglementation des droits-liberté : l'individu n'est pas titulaire de droits absolus et illimités, dont l'exercice est ensuite encadré, plus ou moins fortement, par le pouvoir de l'État, c'est l'État, qui est le titulaire absolu de droits dont il confère plus ou moins d'utilité aux individus.

¹²³⁹ Cons. const., décision n° 2003-469 du 26 mars 2003.

¹²⁴⁰ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, 23^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 2021, pp. 120-121.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 121.

¹²⁴² L.-F. CORNEILLE, conclusions sous Cons. d'État, 10 août 1917, *Baldy*, *op. cit.*

L'exclusivité supposant un lien de rattachement des libertés, en tant que choses de l'ordre de la souveraineté, à l'État, en tant que personne, le principe, pour l'individu est l'interdiction d'agir librement. Philippe Braud, ne le dit pas autrement, lorsqu'il écrit que « toute proclamation d'une liberté publique s'analyse d'ailleurs comme la négation d'une interdiction totale »¹²⁴³. À cet égard, l'idée que les individus sont, par principe libres, sous réserves d'exceptions, est un effet d'optique qui résulte du fait que les libertés sont concédées de manière généralement larges, tant dans leur champ d'application personnel, que matériel.

La conséquence en est qu'il n'y a pas de différence de nature, entre une liberté généralement proclamée, comme le droit à la mobilité, présenté dans le code des transports, ou une liberté contingentée, comme la fraction de la liberté du commerce et de l'industrie que constitue l'activité de taxi, soumise à licence. La seule différence est l'impersonnalité de la mesure, mais fondamentalement, il s'agit de mettre un terme à une interdiction de principe, par la proclamation d'une liberté, au bénéfice d'un nombre plus ou moins large et plus ou moins négativement défini.

405. — Les limites au pouvoir normatif de l'État ne sont donc, en réalité, qu'une question de hiérarchie des normes.

Ainsi, d'une part, si la jurisprudence administrative prohibe les interdictions générales et absolues, soulignant « l'incompatibilité entre liberté et interdiction totale lorsqu'une telle mesure était prise par une autorité administrative », il ne s'agit pas tant, d'un point de vue strictement normatif, d'interdire à l'autorité administrative de limiter la liberté mais d'empêcher cette autorité de contredire une norme supérieure, édictée par le législateur ou le constituant, et de se conformer à ce qui dit l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales.

D'autre part, et de même, s'agissant du législateur, « il n'a pas le droit d'interdire une liberté proclamée par un texte constitutionnel, à peine de sortir des limites de sa compétence

¹²⁴³ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 92.

et d'édicter un texte inconstitutionnel »¹²⁴⁴. Il ne peut l'aménager que parce que le texte constitutionnel prévoit l'intervention du législateur.

Conclusion du Chapitre n° 1

406. — De manière ordonnée, et sans heurter d'autres présentations de la matière juridique du droit public, il apparaît d'organiser les droits publics subjectifs, à partir des notions épurées du fonds commun du droit des biens. Au sommet, la Nation, principe souverain de notre ordre juridique est titulaire de toutes les choses de l'ordre de la souveraineté, c'est-à-dire, de la liberté, entendue dans son sens le plus large, rattachée à elle par un lien d'exclusivité, qui lui permet d'en disposer à l'aide de pouvoirs juridiques. Pour ce faire, l'État, entendu au sens large comme tous les organes constitués de l'Administration, dispose, à la manière d'un fiduciaire, de cette liberté, qu'il segmente et sur laquelle il constitue des droits publics subjectifs au profit des individus, furent-ils des organes constitués de cet État.

Cette organisation permet de présenter d'une manière « patrimonialisée », mais épurée de tout ce que le droit civil des biens peut avoir de limites techniques et de préjugés moraux, l'organisation des droits publics subjectifs de sorte à avoir une grille d'analyse qui soit du même ordre que le droit administratif des biens. L'idée est de permettre de connecter ces deux ordres juridiques – ordre de la souveraineté et ordre de la propriété – ce qu'il convient désormais de faire.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 93.

CHAPITRE N° 2. — LES BIENS PUBLICS DE L'ORDRE DE LA PROPRIÉTÉ

407. — Les biens de l'ordre de la propriété sont, par définition et en négatif, les biens qui ne relèvent pas de l'ordre de la souveraineté. Il s'agit de toutes les choses qui, susceptibles d'être soumis à un pouvoir juridique par une personne, ne sont pas des libertés, des droits-liberté issu de la disposition des libertés ou des droits-créance issu de l'engagement unilatéral de l'administration. En somme, il s'agit de ce qu'on qualifie de biens, au sens le plus classique du droit des biens. Dès lors, il devient clair qu'une présentation des biens publics de l'ordre de la propriété, c'est-à-dire des biens publics au sens où on l'entend classiquement, existe déjà.

« Le droit de propriété, écrit Arthur Desjardins, (...) et les actes de la vie civile qui naissent à sa suite sont des accidents dans la vie de l'État : l'État n'existe pas pour être propriétaire »¹²⁴⁵. Si l'État, ou de façon plus générale les personnes publiques, ont des biens, c'est qu'ils en ont besoin et s'ils en ont besoin, c'est pour satisfaire les obligations dont ils sont, volontairement ou non, les débiteurs. « Aux prérogatives des particuliers, opposables à la puissance publique, correspondent, nécessairement, des obligations corrélatives de celle-ci »¹²⁴⁶. Cette idée est bien représentée par la notion classique de patrimoine, qui est l'ensemble des droits et obligations rattachées à une personne, les unes compensant les autres.

Ces deux notions, d'obligation et de bien, vont structurer le propos qui suit, afin de permettre de faire le lien entre les choses de l'ordre de la souveraineté et celles de l'ordre de la propriété. Les obligations de l'ordre de la souveraineté en effet, qui sont le produit inévitable de la disposition des choses publiques et de l'engagement unilatéral de l'administration (**Section n° 1**), requièrent de l'administration des moyens, notamment les biens de l'ordre de la propriété, qui sont instruments nécessaires à leur satisfaction (**Section n° 2**).

¹²⁴⁵ A. DESJARDINS, *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, préf. A. BATBIE, Paris, Durand, 1862, p. VI.

¹²⁴⁶ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 45.

Section n° 1. — Les obligations publiques : produit inévitable de la disposition des choses publiques et de l'engagement unilatéral de l'administration

408. — Afin de faire le lien technique entre le phénomène de patrimonialisation des droits publics subjectifs et le droit administratif des biens, la notion d'obligation publique paraît constituer un chaînon manquant. En effet, lorsqu'une personne publique dispose d'une chose de l'ordre de la souveraineté en proclamant une liberté, ou qu'elle proclame un droit-créance, elle constitue, dans le chef des individus, un droit. Ce droit ayant la structure d'un droit subjectif, il génère, corrélativement, dans le chef de la personne à l'origine de ce droit, une obligation.

Ainsi que le résume Philippe Braud : « aux prérogatives des particuliers, opposables à la puissance publique, correspondent, nécessairement, des obligations corrélatives de celle-ci »¹²⁴⁷. Or, pour la satisfaction de ces obligations, les personnes publiques ont besoin de moyens. C'est là, d'ailleurs, le seul intérêt, pour ces dernières, de disposer de ressources financières, de personnels, mais également de biens. Les biens des personnes publiques, comme ceux de toute structure finalisée et spécialisée, ont pour seule fonction de satisfaire aux obligations dont ils sont, volontairement ou non, les débiteurs.

En conséquence de quoi, il semble que l'élaboration d'une théorie générale des obligations est nécessaire à l'élaboration d'un système permettant de saisir entièrement l'activité patrimoniale des personnes publiques. La nécessité ou l'existence d'une théorie générale des obligations est très largement discutée par la doctrine. Cette « étrange lacune de la doctrine du droit administratif »¹²⁴⁸ avait, dans un premier temps, été rejetée, dans un contexte où le droit administratif cherchait à s'émanciper du droit civil, qui en avait fait le fondement de son système descriptif. Aujourd'hui que les fondements du droit administratif sont plus assurés et que les personnes publiques agissent, de plus en plus, à la manière des personnes privées, l'idée refait surface, comme en témoigne, tout récemment, la publication, par Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard, d'un manuel de « droit administratif des obligations »¹²⁴⁹.

¹²⁴⁷ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, op. cit., p. 45.

¹²⁴⁸ M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 631.

¹²⁴⁹ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Paris, Sirey, coll. « Université », 2018.

Nous souhaitons donc nous saisir de cette idée, pour tenter de convaincre le lecteur de l'intérêt d'actualiser les réflexions sur cette théorie (§1.) et construire une notion opérationnelle d'obligation publique, qui paraît manquer, sinon au droit administratif, au moins au système ici proposé (§2.).

§1. — Actualisation de la théorie générale des obligations en droit administratif

409. — Faisant suite à un désintérêt, sinon à un rejet initial de la part de la doctrine, une part sans cesse croissante d'auteurs de droit administratif relève la pertinence d'une utilisation de la notion d'obligation, éventuellement dans le cadre d'une théorie générale des obligations, en droit administratif¹²⁵⁰ et tente de jeter sur les fonts baptismaux, une théorie générale des obligations en droit administratif. L'idée de faire de l'obligation le chaînon manquant, le lien entre les choses de l'ordre de la souveraineté et les choses de l'ordre de la propriété en droit administratif, s'inscrit pleinement dans ce mouvement (A.).

Toutefois, il semble, que la théorie générale des obligations en droit administratif qui s'annonce ne permettra pas de réaliser cet objectif. En effet, l'analyse que les auteurs de droit administratif font de l'obligation est, une fois n'est pas coutume, empruntée au droit civil : il s'agit donc d'une analyse réaliste, qui se concentre sur l'obligation personnelle et rejette l'obligation réelle. À cela s'ajoute que dans leur appréhension de la notion d'obligation, plus encore que pour la notion de bien, les auteurs craignent son application à des situations qui risquent de faire glisser la puissance publique dans le commerce juridique. Aussi rejettent-ils généralement l'utilisation de la notion d'obligation pour le paiement de l'impôt ou pour le droit de vote, par exemple. Étendre la théorie générale des obligations en droit administratif, non seulement aux obligations réelles, mais aussi aux obligations issues d'actes de puissance publique, paraît satisfaire à nos objectifs et paver la voie à la création d'une notion

¹²⁵⁰ Outre le manuel de Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard (J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, 2018, citons principalement Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 613 ; F. MODERNE, « Recherches sur l'obligation *in solidum* dans la jurisprudence administrative », *EDCE*, 1973 ; *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey, 1995 ; et R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, préf. Y. GAUDEMET, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2004, t. 241.

particulière d'obligation opérant ce lien entre les choses de l'ordre de la souveraineté et les choses de l'ordre de la propriété en droit administratif. (B.).

A. — Exposé de la progression de la théorie générale des obligations en droit administratif

410. — Norbert Foulquier montre combien la théorie des droits publics subjectifs souffre de son adossement aux notions civilistes. « En effet, écrit-il, bien que les publicistes fussent attachés à l'autonomie du droit administratif et soucieux de concevoir des outils conceptuels affranchis de la dogmatique civiliste, ils ne surent, ni certains ne voulurent, se déprendre des présupposés privatistes concernant les obligations »¹²⁵¹. L'auteur reproche ainsi à la doctrine de droit administratif de s'être trop assis sur les conceptions civilistes.

Pour les auteurs suivant les conceptions classiques du droit des biens, cette approche restrictive est identifiée par Norbert Foulquier comme une cause de l'échec de la théorie des droits publics subjectifs¹²⁵². L'auteur montre bien comment les principaux auteurs de l'époque, Léon Michoud, Maurice Hauriou, Léon Duguit, Gaston Jèze, Henri Berthélémy, Marcel Waline ou encore André de Laubadère reprennent la définition classique du droit personnel¹²⁵³.

Pour les auteurs suivant les conceptions personalistes du droit des biens, leur influence fut trop mince. En effet, « certains civilistes avaient, dès le XIX^e siècle, abandonné cette analyse et reconnu que tous les droits personnels et réels sont des rapports entre personnes. L'individualisation préalable des acteurs de cette relation, condition qui empêchait les publicistes d'admettre que des *vincula juris* pouvaient naître d'actes généraux et impersonnels disparaissait. C'est cette conception que certains auteurs, comme Carré de Malberg et Bonnard, mirent à profit. Mais les œuvres, pourtant en adéquation avec la

¹²⁵¹ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle, op. cit.*, p. 205.

¹²⁵² *Ibid.*, p. 205, note n° 139 : « si la conception restrictive du rapport de droit fut l'une des causes de l'échec de la réception, en France, de la notion de droit public subjectif, ce ne fut pas tant à cause des théories allemandes que des positions doctrinales françaises ».

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 209.

jurisprudence du début du XX^e siècle, furent certainement trop tardives pour défaire les habitudes »¹²⁵⁴.

Ce fonds historique, qui explique le rejet initial d'une théorie générale des obligations en droit administratif (1.) semble être peu à peu défait par une partie de la doctrine de droit public, qui tente de la construire (2.).

1. — Le rejet initial d'une théorie générale des obligations en droit administratif

411. — Tous les auteurs qui se sont penchés sur la question le remarquent : le droit administratif semble rétif à la notion d'obligation et, en conséquence, à l'élaboration d'une théorie générale des obligations¹²⁵⁵.

412. — L'argument fondamental des partisans du rejet d'une théorie générale des obligations en droit administratif est l'autonomie du droit administratif. Cette autonomie est avant tout technique : le droit administratif se crée sur le rejet de l'application du code civil aux relations entre l'administration et les individus. Le Tribunal des Conflits a en effet décidé, dans la décision *Blanco*, que « la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particuliers à particulier », que l'État « a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »¹²⁵⁶. Rozen Noguellou affirme ainsi que « la jurisprudence administrative a affirmé son autonomie par une opposition quasi-dogmatique au droit civil, ce qui a nécessairement eu pour effet d'écarter les règles et théories dégagées par les privatistes »¹²⁵⁷. Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard en concluent que « la cause serait entendue, ce n'est pas l'obligation

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 210.

¹²⁵⁵ V., principalement, J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *APD* 2000, t. 44, p. 179 ; R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD* 2000, t. 44, p. 43 ; Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », *op. cit.*, p. 613 ; M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.* ; P. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, 2^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2020, pp. 23-24.

¹²⁵⁶ Trib. Confl., 8 février 1873, *Blanco*, req. n° 00012.

¹²⁵⁷ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 3.

civile qui peut régir une telle matière. L'État ne saurait être créancier comme n'importe qui »¹²⁵⁸.

L'argument perdure. En effet, on pourrait lui opposer que cette phase d'autonomisation, qui a pu justifier, un temps, que le droit administratif rejette en bloc les constructions du droit civil, est achevée, est daté et que le droit administratif est aujourd'hui fondé sur des bases suffisamment sûres pour que l'on puisse, dans le droit civil, séparer le bon grain de l'ivraie. Cependant, l'on se verra rétorquer qu'un phénomène de banalisation du droit administratif n'est pas à exclure et qu'une telle attitude serait, comme l'indiquent Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard, « un signe de plus de l'affadissement voire du délitement du droit administratif, encore une fois ramené dans le giron du droit privé, mesuré à son aune et cette fois au moyen de la plus emblématique de ses constructions intellectuelles, la théorie des obligations »¹²⁵⁹. Ces auteurs ne sont pas d'accord avec l'argument de la « civilisation » du droit administratif¹²⁶⁰, qui ne nous satisfait guère non plus.

En effet, en nous concentrant sur les deux branches du droit – droit civil et droit administratif, droit privé et droit public – l'on manque de perspective et il convient d'élargir le cadre de vue, afin de prendre conscience que ces deux branches viennent d'un tronc commun, un droit commun, réservoir de notions fondamentales que l'un et l'autre de ces droits peuvent employer à loisir. Plutôt que d'analyser l'utilisation de la notion d'obligation – et, par extension, l'élaboration d'une théorie générale des obligations en droit administratif – comme une adoption en droit administratif de théories dégagées par le droit civil, analysons-la comme une construction indépendante, sans hésiter à emprunter au droit civil, qui a déjà largement travaillé à l'ouvrage, les conclusions qu'il a pu en tirer ; mais, sans se sentir lié, ni par les techniques, ni par les significations qu'ils leur donnent.

¹²⁵⁸ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 8-9.

¹²⁶⁰ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, p. 6, cité par Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », *op. cit.*, p. 622.

Roland Drago l'affirme ainsi, lorsqu'il écrit s'agissant de l'obligation, du contrat et de la responsabilité, que ces notions, en droit civil et en droit administratif « n'ont pu que se fonder sur des bases identiques et avoir les mêmes sources philosophiques. Il ne s'agirait pas seulement d'un phénomène de « réception » au sens où l'on parle de l'influence d'un système sur un autre mais de fondements du droit »¹²⁶¹. Le contrat est, pour Léon Duguit, « une catégorie unique, commune au droit privé et au droit public »¹²⁶², et de même André de Laubadère souligne que « les deux éléments fondamentaux de tout contrat sont présents dans le contrat administratif : il est un accord de volonté, générateur de situations juridiques subjectives »¹²⁶³.

Comme le dit Yves Gaudemet, donc « C'est l'assemblage qui parfois diffère et les tempéraments ou aménagements qui peuvent être apportés à certains principes. La formation commune à la théorie générale des obligations éclaire et inspire les publicistes comme les privatistes ; et c'est bien ainsi historiquement d'ailleurs que les choses se sont faites pour les auteurs comme pour les membres du Conseil d'État. Les matériaux sont de même nature, même si parfois les pièces de l'immeuble sont distribuées différemment »¹²⁶⁴.

413. — La raison qui empêche une utilisation de la notion d'obligation en droit administratif est avant tout technique : ce droit, fondé sur est fondé sur l'acte unilatéral, ce qui exclue l'engagement et donc, l'obligation. Cet aspect du droit administratif, fondé sur l'exercice par l'État de la souveraineté, résiste à la notion d'obligation à deux titres.

414. — Le premier est que l'État ne pourrait pas être le sujet passif, le débiteur, dans le cadre d'un rapport obligataire. En effet, souverain, l'État est « voué à l'action unilatérale et tout contrat ne pourrait que le conduire à abandonner une partie de sa souveraineté »¹²⁶⁵, sauf à considérer, comme l'indique Jacques Chevallier, que l'État « ne saurait se trouver placé

¹²⁶¹ R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *op. cit.*, p. 44.

¹²⁶² Cité par Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », *in Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet*, *op. cit.*, p. 625

¹²⁶³ *Ibid.*, p. 625

¹²⁶⁴ Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », *op. cit.*, p. 625.

¹²⁶⁵ R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *op. cit.*, p. 45.

dans un rapport d'obligation que dans la mesure où il l'a expressément voulu et accepté, par le jeu de sa volonté souveraine »¹²⁶⁶, et, en conséquence, à se payer de mots. Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard écrivent ainsi que « évoquer un lien obligatoire dans lequel l'État serait présent ne pouvait que renvoyer à une situation singulière dans laquelle, tout à la fois, l'État n'est obligé que s'il le veut, cette situation étant toujours réversible à son gré et toujours inégalitaire »¹²⁶⁷.

Cette analyse a pour pendant, de l'autre côté du rapport obligataire, à avoir empêché l'élaboration d'une véritable théorie des droits publics subjectifs des administrés : un individu qui disposerait d'un droit sur la puissance publique générerait corrélativement une obligation de l'administration, qui est inacceptable. En effet, comme le rappellent Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard, « Qui dit « obligation » dit « droit subjectif » et il ne saurait exister de droit subjectif administratifs ou, pour le dire autrement, ne saurait être construit un droit de l'intérêt général à partir de droits subjectifs que détiendraient les individus, éventuellement à l'encontre de la puissance publique »¹²⁶⁸. L'absence de ces droits publics subjectifs des administrés entraîne corrélativement, l'absence d'obligations publiques.

Cette analyse est remise en question par la reconnaissance de la personnalité morale de l'État, sous l'impulsion doctrinale de Maurice Hauriou et de Léon Michoud. « L'État, écrit Jacques Chevallier, se trouve comme toute autre personne juridique titulaire d'un ensemble de droits subjectifs, mais aussi sujet d'obligations, dont la liste ne diffère plus fondamentalement de celle qu'on trouve en droit privé. La théorie de la personnalité morale conduit ainsi irrésistiblement à une relecture subjectiviste du droit public »¹²⁶⁹. Cette personnification ouvrait des perspectives nouvelles, propre à permettre au droit administratif d'accueillir la notion d'obligation et, éventuellement, une théorie générale des obligations. Mais tel ne fût pas le cas.

¹²⁶⁶ J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*, p. 179.

¹²⁶⁷ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 12.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁶⁹ J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*, p. 179.

Léon Duguit et Roger Bonnard rejettent ce subjectivisme au nom du droit objectif. Comme le rappelle Benoît Plessix, « l'objectivisme du droit français conduit à faire de la liste des obligations lato sensu, au sens des devoirs légaux, au sens des normes de conduite s'imposant à l'Administration, vis-à-vis desquels l'administré n'est pas, on le sait, un débiteur, mais un citoyen ou un usager placé dans une certaine situation juridique légale et réglementaire, ce qui confère au gestionnaire un certain nombre de devoirs légaux dans le fonctionnement des services publics »¹²⁷⁰. Aussi, « le subjectivisme auquel paraissait conduire irrésistiblement la théorie de la personnalité morale a été contrebalancé par la persistance de la primauté du point de vue objectiviste, concevant l'État comme un produit des déterminations de l'ordre juridique »¹²⁷¹.

Toutefois, Jacques Chevallier note que l'on aboutit à un mouvement de rééquilibrage, qui plonge toujours plus l'État dans le commerce juridique, l'éloignant des « vieux fantômes de la souveraineté illimitée et de la transcendance absolue de la puissance publique »¹²⁷². Et selon l'auteur, ce rééquilibrage est opéré par la notion de service public. « Avec le service public, écrit l'auteur, la charge de l'obligation se trouve en effet déplacée des administrés vers l'État : alors que l'État était érigée en instance supérieure, dotée d'une puissance inconditionnée et irrésistible, il est désormais placé dans un statut de subordination, assujéti au droit et mis au service des citoyens »¹²⁷³. Cette refondation du droit administratif autour de la notion de service public rend donc plus acceptable, intellectuellement, l'idée que l'administration soit débitrice de l'administré, qui devient corrélativement le créancier de l'État, dans un rapport fondé sur une obligation juridique.

415. — Le second est que l'État ne pourrait pas être le sujet actif, le créancier, dans le cadre d'un rapport obligataire ; ou plutôt, que la situation de l'administré, tenu de se conformer à une norme établie par l'administration, ne saurait être considérée comme obligé, au sens d'une théorie générale des obligations. L'idée réside essentiellement dans l'idée que le droit

¹²⁷⁰ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 3^e édition, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2020, p. 998.

¹²⁷¹ J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*, p. 179.

¹²⁷² G. VEDEL, cité par J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*, p. 179.

¹²⁷³ J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*, p. 179.

administratif s'est fondé sur l'acte administratif unilatéral, lequel ne saurait être constitutif d'obligations.

Pour les auteurs de droit administratif, l'obligation, telle qu'ils l'analysent découle d'un acte volontaire : l'engagement. Ainsi, se fondant sur une analyse des dispositions du code civil, Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard écrivent-ils : « tant qu'il n'existe pas d'engagement, il n'y a aucune obligation et, inversement, dès l'engagement pris ou donné l'obligation existe dans sa plénitude. Engagement et obligation sont, sans paradoxe ni contradiction, à la fois successifs et concomitants, nécessairement liés de façon indissoluble, à la limite purement et simplement interchangeable »¹²⁷⁴. Il en découle nécessairement, donc, une distinction entre obligation et comportement obligatoire. « On dira que l'obligation scolaire, celles de se faire vacciner ou de payer des impôts sont bien des situations où un comportement est obligé de la part de l'intéressé, en aucun cas cependant il ne peut être le résultat d'un engagement individuel, volontaire ou involontaire »¹²⁷⁵. Les auteurs prennent l'exemple de l'application de la répétition de l'indu en droit fiscal, qui s'effectue « selon des modalités propres à la matière fiscale car la répétition ne peut concerner qu'une obligation au sens normal du mot et non un comportement obligatoire¹²⁷⁶, sauf si celui qui paye est tiers au redevable¹²⁷⁷.

Les auteurs vont jusqu'à affirmer que cette situation est vraie, « même de l'obligation quasi-délictuelle où l'engagement réside précisément dans une abstention de comportement normal ou dans l'adoption d'un comportement anormal »¹²⁷⁸. Les auteurs relèvent encore que « le droit civil est fondé sur l'égalité civile »¹²⁷⁹, cependant que l'administration définit seule l'intérêt général dont elle a la charge. « Les obligations relevant du droit administratif,

¹²⁷⁴ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, op. cit., p. 10.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹²⁷⁶ CAA Marseille, 9 janvier 2007, *SA du port de plaisance « Les marines de Cogolin »*, req. n° 04MA01797 ; CAA Bordeaux, 3 juillet 2008, *SARL Parinet*, req. n° 06BX01175 ; CAA Lyon 29 décembre 2011, *SAS Bonmeterie cévenole*, req. n° 06LY00176.

¹²⁷⁷ CAA Marseille, 27 mars 2012, *GIE Auchan*, req. n° 10MA01687.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, p. 11.

écrivent-ils, si « obligations » il y a, ne naîtraient donc que de la seule volonté de l'Administration et, partant, il découlerait des conditions mêmes de leur apparition que celles-ci ne sauraient être des « obligations » au sens du Code civil, supposé être le modèle et le standard de ce qu'il faut entendre par le mot et par la notion d'« obligations »¹²⁸⁰. Les auteurs relèvent encore, à l'instar de Jacques Chevallier¹²⁸¹, que la raison profonde est liée à la souveraineté de l'État, qui s'oppose à la notion même d'obligation.

416. — À partir de la fin du XIX^{ème} siècle, toutefois, la reconnaissance de la personnalité morale des personnes publiques, parmi lesquelles se trouve l'État, va permettre de faire d'eux de véritables sujets de droit et en conséquence, de rendre, sinon possible, au moins pensable, une relation d'obligation les impliquant¹²⁸².

2. — L'acceptation actuelle d'une théorie générale des obligations en droit administratif

417. — Dans tous les cas, il est vrai que la marche de l'administration vers la négociation, qui, comme le rappelle Yves Gaudemet, « accepte de s'obliger, donc de se lier pour l'avenir, parce qu'elle y voit, à tort ou à raison, un élément de sa crédibilité et donc de l'efficacité de son action »¹²⁸³ a pu avoir un rôle. L'obligation constitue un lien de confiance aujourd'hui nécessaire pour une administration autrefois commandante, ce d'autant, lorsque la sécurité juridique s'y adjoint et force à son respect. Cette sécurité juridique pénètre largement le droit français, notamment grâce aux objectifs de non-discrimination adoptée en droit français par le truchement des systèmes conventionnels, comme le droit de l'Union européenne ou la Convention européenne des droits de l'Homme.

418. — Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard s'inscrivent en faux contre l'impossibilité de créer une théorie générale des obligations en droit administratif. Ainsi, ils s'insurgent contre le « mythe juridique » selon lequel « autant il est concevable de bâtir le droit civil sur une « théorie générale » des obligations, autant la chose serait impossible en droit

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹²⁸¹ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public, *op. cit.*, p. 179.

¹²⁸² J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 12.

¹²⁸³ Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », *op. cit.*, p. 623.

administratif »¹²⁸⁴. Ils ont été les plus loin dans la tentative de création d'une théorie générale des obligations en droit administratif, parce qu'une telle théorie suppose l'existence de droit des individus sur la puissance publique et, corrélativement, d'obligations de la puissance publique envers les individus.

Les auteurs rappellent qu'une telle tentative a pourtant déjà existé, fondée sur une théorie des droits publics subjectifs des administrés¹²⁸⁵ jugée « très intéressante mais minoritaires »¹²⁸⁶. Aussi, l'objet de leur ouvrage est-il, de leur propre aveu, « la reconstruction d'une partie du droit administratif sur la base des droits subjectifs des administrés »¹²⁸⁷. Au-delà de la révélation d'une notion d'obligation en droit administratif, qui relève, selon les auteurs, d'une évidence, ces derniers souhaitent montrer qu'il est possible « de bâtir – ou de rebâtir – le droit administratif, au moins dans les matières du contrat, du quasi-contrat et de la responsabilité, sur les droits publics subjectifs des uns et des autres, à l'instar de ce qui se fait en droit civil »¹²⁸⁸. Pour établir leur théorie, les auteurs rejettent d'abord une alternative impossible. Ils refusent, non seulement de considérer que l'obligation administrative est différente de l'obligation civile, mais également qu'il n'existe pas d'obligation en droit administratif, cette notion étant propre au droit civil¹²⁸⁹. Ils plaident alors pour une « rupture raisonnable »¹²⁹⁰.

¹²⁸⁴ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 5.

¹²⁸⁵ J. BARTHÉLÉMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1899 ; L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine », *Rev. gén. d'adm.* 1911, p. 274 ; R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés » *RDP* 1932, p. 694, *Précis de droit administratif*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1943, p. 73, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle, op. cit.*, AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, 2011.

¹²⁸⁶ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 5.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 15.

B. — Proposition d'extension de la théorie générale des obligations en droit administratif

419. — La théorie générale des obligations qui s'annonce, fût-ce pour demeurer « encore longtemps dans la clandestinité où elle est restée jusqu'à présent et où elle a tout intérêt à rester »¹²⁹¹, paraît inapte à satisfaire à l'objectif que nous souhaitons lui assigner, à deux égards.

Le premier est que les auteurs partisans d'une théorie générale des obligations, en se concentrant sur les seules obligations personnelles et en rejetant les obligations réelles en dehors de leur champ d'analyse, souscrivent à une conception réaliste de la notion d'obligation. Or, il semble que certains biens publics répondent à des obligations de ne pas faire de l'administration, en somme, des obligations réelles. L'expulsion en dehors du champ des obligations de ces obligations réelles ne permet pas de saisir l'entière du système patrimonial public, de sorte qu'il nous paraît nécessaire de proposer une analyse néopersonnaliste de la théorie générale des obligations en droit administratif (1.).

Le second est que les auteurs partisans d'une théorie générale des obligations, en se concentrant sur les obligations « au sens strict » et en rejetant les obligations « au sens large »¹²⁹², souscrivent à une conception de la notion d'obligation fondée sur le seul droit civil. Or, le droit administratif dépasse ces questions et doit inclure la souveraineté, de sorte qu'il paraît nécessaire de proposer une analyse de la théorie générale des obligations en droit administratif qui inclue les actes unilatéraux (2.).

1. — Extension de la théorie générale des obligations aux obligations réelles

420. — Qu'ils en soient les partisans ou les opposants, tous les auteurs de droit administratif paraissent avoir une analyse classique de la notion d'obligation et de la théorie générale des obligations. Cette analyse consiste à considérer que l'obligation se résume à l'obligation personnelle, qui n'est que le pendant du droit personnel. L'obligation réelle, qui est le pendant du droit réel, ne relève pas du droit des obligations, mais du droit patrimonial. La

¹²⁹¹ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 280.

¹²⁹² Sur la distinction, not. J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*, p. 179 ; et J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, pp. 34-35.

différence principale en est que, dans l'analyse classique, le droit réel n'est pas un rapport entre deux individus, mais un rapport immédiat entre une personne et une chose.

Aussi, si obligation réelle il y a, elle n'est pas due par une personne, mais par une chose ; dit autrement, il n'existe pas de sujet passif, de débiteur, qui soit une personne, dans la structure du droit réel tel qu'il est décrit par les tenants de l'analyse réaliste du droit patrimonial. Cette analyse, ainsi qu'elle est reprise par les auteurs de droit administratif, est donc partielle du point de vue de notre travail, qui consiste à faire de la notion d'obligation le chaînon manquant entre deux théories qui concernent les choses : le phénomène de patrimonialisation des autorisations administrative et le droit administratif des biens.

421. — Schématiquement, le droit civil et le droit administratif présentent de la même manière, la répartition des droits patrimoniaux dans deux disciplines juridiques. D'un côté, les droits personnels relèvent du droit des contrats, pour le droit civil, et du droit des contrats publics, ou administratifs, pour le droit administratif. De l'autre, les droits réels relèvent du droit des biens ou patrimonial, pour le droit civil et du droit administratif ou public des biens, pour le droit administratif. En droit civil, le droit des contrats s'appelle aussi « droit des obligations », il y est entendu que l'obligation, c'est l'obligation personnelle. Cette manière d'appréhender l'obligation, en excluant l'obligation réelle – renvoyée au droit des biens –, quand son existence n'est pas complètement niée, est reprise par le droit administratif. La raison principale en est, que les auteurs de droit administratif, lorsqu'ils s'intéressent au sujet, partent généralement du postulat qu'une théorie générale des obligations en droit administratif part de son avatar en droit civil et non pas du fond commun des notions fondamentales du droit.

La plupart des auteurs reprennent sans le discuter, le logiciel civiliste de l'obligation. C'est le cas pour Yves Gaudemet, qui cite explicitement la définition d'Eugène Gaudemet, qui définit l'obligation comme le droit personnel, c'est-à-dire « le droit d'exiger d'une personne déterminée une prestation, un fait ou une abstention »¹²⁹³. Pour cet auteur, la source de

¹²⁹³ Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », *op. cit.*, p. 614. L'auteur cite également la définition de Gérard Cornu, qui définit l'obligation comme « un lien de droit

l'obligation, comme en droit civil, est « le contrat, le comportement délictueux, (...) la promesse et la faute »¹²⁹⁴. Si l'auteur craint de voir un champs du droit administratif se « civiliser », c'est celui des contrats et de la responsabilité, non pas celui des biens¹²⁹⁵. Roland Drago, également, ne l'analyse que pour ce qu'il s'agit des contrats et quasi-contrats, ainsi que de la responsabilité¹²⁹⁶. Seul auteur à évoquer la subjectivisation du droit administratif sous l'angle du droit des biens et du droit des contrats, Jacques Chevallier les distingue pourtant soigneusement. Pour lui, de même que la théorie de la personnalité morale permet que se développe l'idée d'un droit de propriété des personnes publiques sur ses biens, « de même, la personnalité morale permet de donner un soubassement solide au développement des pratiques contractuelles et de construire une véritable théorie du contrat administratif »¹²⁹⁷.

Rozen Noguellou va plus loin, elle rejette explicitement d'autres conceptions du droit civil. L'auteure comprend l'intérêt de la notion d'obligation en droit administratif. En effet, « inconnue du droit administratif, écrit-elle, la notion d'obligation paraît pourtant pouvoir y être utilement utilisée pour caractériser certains rapports de droits »¹²⁹⁸. Le titre consacré à la définition de cette notion s'intitule « transposition de la notion civiliste d'obligation en droit administratif »¹²⁹⁹, l'on s'attend à ce que l'auteure reprenne la définition civiliste. Rozen Noguellou définit ainsi la notion d'obligation avec Gérard Cornu, pour qui il s'agit, « en un sens technique, [de la] face passive du droit personnel (ou droit de créance) ; [le] lien de droit (*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenus d'une prestation envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers »¹³⁰⁰, dont elle estime

(*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes – le ou les débiteurs – sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique ; Association Henri Capitant*, 13^e édition, Paris, PUF, coll. « Quadrige », V^o Obligation).

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *op. cit.*, p. 43.

¹²⁹⁷ J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*, p. 179.

¹²⁹⁸ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

¹³⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, cité par R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 5.

que la définition est reprise en cœur par la doctrine juridique¹³⁰¹. L'auteur a pourtant bien conscience qu'il ne s'agit là que de la doctrine privatiste « classique »¹³⁰², qui est celle que nous appelons « réaliste ». En effet, la définition, selon l'auteur, ne concerne que les droits de créance, puisque la dimension personnelle du rapport obligataire, selon elle, aboutit à ce que « l'obligation s'oppose donc, par nature, aux droits réels, qui constituent des rapports de droit entre une personne et une chose »¹³⁰³. Elle évoque, en note, la théorie de l'obligation passive universelle de Marcel Planiol, qui définit le droit réel comme une forme de droit personnel qui établit un rapport entre une personne qui en est le sujet actif et toutes les autres personnes définies négativement comme sujet passif. L'auteur relève, toutefois, que « cette théorie, qui assimile droit réel et droit personnel a été vivement critiquée »¹³⁰⁴ pour exclure, de ce seul trait de plume, toute la doctrine personnaliste et néopersonnaliste.

422. — On le voit donc, qu'ils soient ou non favorables à une théorie générale des obligations en droit administratif, les auteurs qui se penchent sur la question n'analysent, en définitive, qu'une conception réaliste, de la notion d'obligation. En réalité, une analyse néopersonnaliste de la théorie générale des obligations en droit administratif encourerait les mêmes critiques qu'une analyse réaliste. Mais ayant pris parti pour doubler les outils d'analyse traditionnels du droit administratif d'une grille subjectiviste, elle nous paraît plus performante pour les raisons suivantes.

2. — Extension de la théorie générale des obligations aux obligations « au sens large »

423. — Tous les auteurs de droit administratifs distinguent ce qu'ils appellent les obligations « au sens large » et les obligations « au sens strict »¹³⁰⁵. Cette distinction est reprise, notamment de la définition que donne l'Association Henri Capitant de la notion d'obligation, qui distingue l'obligation « en un sens général, synonyme de devoir (résultant

¹³⁰¹ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 6, notes n°s 20, 21, 22, 23 et 24.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 7.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 6.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 6, note n° 26.

¹³⁰⁵ J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.* ; Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », *op. cit.* ; J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, pp. 34-35.

en général de la loi) » et l'obligation « en un sens technique, face passive du droit personnel (ou droit de créance) ; lien de droit (*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers »¹³⁰⁶. Dans la notion d'obligation « au sens large », les auteurs placent, outre les « comportements obligatoires qui ne pèsent que sur l'Administration ou ses agents », les « comportements obligatoires qui ne pèsent que sur les administrés en tant que citoyens (vote, charges publiques de jurés ou de membres de bureaux de vote, etc.) soit en tant qu'individus (paiement des impôts, respect du Code de la route, application des lois de police, etc.) ». Plus généralement, il s'agit du simple devoir de se conformer au droit, dans une approche kelsenienne du droit¹³⁰⁷, l'obligation étant, dans cette acception « indissociable de l'idée de norme, en tant qu'expression de la puissance de contrainte qui lui est attachée, traduction de sa « force obligatoire » »¹³⁰⁸.

L'argument qui justifie cette réduction est l'absence de consentement. « Les obligations relevant du droit administratif, si « obligations » il y a, naîtraient donc de la seule volonté de l'Administration et, partant, il découlerait des conditions même de leur apparition que celles-ci ne sauraient être des « obligations » au sens du Code civil »¹³⁰⁹.

424. — Concernant l'acte réglementaire, les auteurs évoquent l'argument du lien personnel, estimant qu'« il faut qu'existe un lien individualisé pour que celui-ci puisse être qualifié de lien d'obligation. Cette première exigence permet, selon eux, de refuser à l'acte réglementaire le caractère de source d'un lien d'obligation. L'acte administratif réglementaire crée des comportements obligatoires, ou, plus exactement, emporte une certaine obligation de comportement, et il établit aussi un lien.

¹³⁰⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, cité par R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁰⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 157 et suiv ; *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1996, pp. 175 et suiv., cités par J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *op. cit.*.

¹³⁰⁸ J. CHEVALLIER, « L'obligations en droit public », *op. cit.*.

¹³⁰⁹ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, p. 11.

Toutefois, ce lien n'est pas individualisé, d'une part, car il existe trop de « débiteurs » institués potentiellement ou réellement comme tels par chaque acte réglementaire, d'autre part, car ces « débiteurs », en raison de ce qui fait l'essence même de l'acte réglementaire, sont définis abstraitement ; ils ne sont donc pas connus avant que l'application du règlement ne les révèle comme « débiteurs »¹³¹⁰. Cet argument ne saurait convaincre. En effet, le fait que les débiteurs soient définis abstraitement existe ailleurs, comme en témoigne la transposition de l'obligation passive universelle par Bonnard. Dans un rapport réel, de personne à personne, les auteurs de droit civil ont convenu que le droit réel ne générerait pas de rapport direct entre son titulaire et la chose, puisque les choses ne peuvent être sujet de droit, mais entre le titulaire et toutes les autres personnes, obligées de le laisser jouir paisiblement de sa chose. Ces « autres » sont définis de manière abstraite, sans que cela fasse obstacle à la qualification d'obligation du lien ainsi généré.

Ce lien n'est pas individualisé, d'autre part, selon les auteurs, parce qu'il est difficile d'identifier le créancier : « On est ainsi amené à définir ce « créancier » comme l'État en tant que garant de l'intérêt général, ou la collectivité dans son ensemble, et le caractère vague de telles définitions ne peut que laisser insatisfait »¹³¹¹. Toutefois, cet argument n'est plus recevable, dès lors que peut être identifié, à partir de la hiérarchie des normes, les différents acteurs des droits publics subjectifs. Il est donc possible d'identifier, *a minima*, le créancier, comme celui qui a créé le droit public subjectif.

425. — Concernant l'acte individuel, Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard nient également la qualité d'obligation aux devoirs qui découlent d'un acte individuel. L'argument en est que si ces actes permettent bien, contrairement aux actes réglementaires, une individualisation du rapport de droit entre l'Administration et l'administré, elle ne fait pas naître de droit au profit de ce dernier. Il n'y a, selon eux, pas de rencontre des volontés, même lorsque le droit est consécutif d'une demande de l'administré, comme c'est le cas pour l'agrément, par exemple. Par ailleurs, le principe d'un « droit » de l'administré est

¹³¹⁰ *Ibid.*, pp. 23-24 ; V. également, R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 9 et suiv.

¹³¹¹ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 10.

généralement limité par la précarité de ce dernier, comme c'est le cas, notamment, pour les permissions de voirie¹³¹². Cet argument ne saurait toutefois convaincre, dès lors que tous les droits – et, donc, les obligations qui en résultent – sont, d'une certaine manière précaire. Même le droit de propriété, présenté comme absolu et perpétuel, et dont personne ne nie plus qu'il génère des obligations, est soumis, par exemple, aux dispositions relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Rozen Noguellou écrit également que « contrairement aux hypothèses envisagées précédemment de relations contractuelles, quasi-contractuelles ou de mise en jeu de la responsabilité administrative, l'administration ne se trouve jamais liée par un rapport personnel avec un administré »¹³¹³. Elle prend l'exemple du permis de construire, qui est attaché à la chose et non pas à la personne¹³¹⁴, ce qui s'entend, car les choses ne peuvent être sujet de droit. Mais en dernière analyse, une personne est propriétaire de la chose. C'est le propriétaire, qui serait donc titulaire d'un droit, droit qu'il peut céder en cédant la chose. La confusion, ici, résulte de l'emploi d'un exemple de droit réel pour qualifier une situation personnelle.

426. — Concernant l'engagement unilatéral¹³¹⁵, cette théorie est développée par Raymond Saleilles et Maurice Hauriou et consacre « la possibilité pour une personne de se constituer débitrice par la seule force de sa volonté, l'intervention d'un créancier n'étant pas requise pour donner force obligatoire à l'engagement »¹³¹⁶. Maurice Hauriou la trouve notamment dans l'arrêt *Terrier*¹³¹⁷. Pour Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard, ce n'est pas possible sur le fondement du consensualisme : « on ne peut être créancier par sa propre volonté sinon

¹³¹² J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, op. cit., pp. 24-25.

¹³¹³ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, op. cit., p. 11.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹³¹⁵ R. WORMS, *De la volonté unilatérale comme source d'obligations*, Paris, A. Girard, 1891 ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, LGDJ, 1929 ; M. HAURIOU, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français » *RTD Civ.* 1903, p. 543. V. L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, pp. 156 et 158.

¹³¹⁶ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, op. cit., p. 26 ; R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, op. cit., p. 13.

¹³¹⁷ Cons. d'État, 6 février 1903, *Terrier*, *Rec.*, p. 94, concl. J. ROMIEU.

on obligerait quelqu'un à être débiteur sans son consentement »¹³¹⁸. Rozen Noguellou dit également que « que l'administration décide d'imposer une obligation à un tiers ou de lui reconnaître des droits, la simple manifestation de sa volonté suffit, si les règles de forme ont bien été respectées, pour « obliger » les administrés. On sort donc du schéma obligatoire pour entrer dans l'unilatéralisme propre aux relations de droit administratif »¹³¹⁹. L'argument est, en effet, très lié au fait que la puissance publique est exorbitante du droit commun. À cet égard, il est avancé que la possibilité pour l'Administration de générer des obligations chez les administrés constitue « une prérogative de puissance publique qui ne peut être comprise ni de près ni de loin par le recours au droit civil »¹³²⁰.

L'argument du consensualisme n'est pas non plus recevable. En effet, si l'on s'en tient à la stricte structure d'un droit, il suffit qu'il y ait deux personnes au moins, dont l'une est le débiteur de l'autre, ainsi qu'un objet. La manière dont est formé ce droit n'influe pas sur la nature juridique du droit, mais sur la forme, en l'occurrence, ses conditions de formation. Aussi rien n'interdit à l'État de se constituer débiteur, c'est d'ailleurs ce qu'il fait toutes les fois où il reconnaît un droit ou une liberté dans le chef des particuliers, qui deviennent ses créanciers. De la même manière, et c'est là un particularisme de la puissance publique, l'État peut se constituer créancier. Les créances fiscales en sont un exemple reconnu, de même que l'est le pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif, qui permet à l'administration, au nom de l'intérêt général, d'altérer les droits et obligations d'un contrat. Il n'est pas d'obstacle technique – sûrement en est-il de moraux, qui, dans une société libérale, font qu'il est souhaitable que les débiteurs d'obligations consentent à l'être – à ce que l'engagement unilatéral puisse qualifier les droits. Le rejet de cette idée résulte, en réalité, de l'adossement des obligations en droit public aux obligations en droit civil.

427. — Il résulte de ce qui précède qu'il n'existe pas d'argument convaincant s'opposant à ce que soit reconnue la qualification d'obligation aux obligations « au sens large ». Cette qualification, qui n'est pas en soi nocive, participe de l'élaboration d'un système de droits

¹³¹⁸ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 26.

¹³¹⁹ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif, op. cit.*, p. 13.

¹³²⁰ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 26.

subjectifs qui englobe la totalité des éléments de l'ordre de la souveraineté et de l'ordre de la propriété, de sorte à créer un système cohérent.

§2. — Organisation de la théorie générale des obligations en droit administratif

428. — Après avoir étendu aux droits publics subjectifs, le concept d'obligation, remarquons que les distinctions entre les différentes catégories d'obligations sont transposables à la puissance publique. La distinction entre les obligations réelles et personnelles (A.) de même qu'entre les obligations principales et accessoires (B.), existe dans l'ordre de la souveraineté.

A. — Obligations réelles et obligations personnelles

429. — Les choses de l'ordre de la souveraineté peuvent être divisées en deux catégories. D'une part, les droits-liberté, qui sont des droits concédés par le souverain, résultant de la disposition de la substance qui constitue ces choses, à savoir la liberté, entendu très largement comme la possibilité pour une personne de faire ce qu'elle désire faire, sans qu'une personne extérieure à elle ne lui indique ce qu'elle a l'obligation de faire ou ce qu'elle a interdiction de faire. D'autre part, les droits-créance, qui sont des droits concédés par le souverain, résultant de l'engagement unilatéral de ce dernier. Il résulte de cette dualité de droits publics subjectifs, une dualité de d'obligations. En effet, dans la structure des droits subjectifs, qu'ils soient publics ou privés, chaque droit fait face à une obligation. Et cette obligation peut être une obligation de faire ou de ne pas faire.

En droit civil des biens, cette distinction entre les obligations de ne pas faire et de faire est au fondement de la *summa divisio* entre les droits réels et les droits personnels. Les droits réels ont pour objet une chose, mais demeurent une relation entre personnes. Le créancier du droit dispose de la faculté d'extraire, à son profit, les utilités, quelles qu'elles soient, de la chose, quelle qu'elle soit. Les débiteurs, négativement définis comme toutes les autres personnes qui ne sont pas le créancier de ce droit – c'est là le principe de l'obligation passive universelle – doivent aux créancier la jouissance paisible de son droit. Il s'agit donc bien, d'une obligation de ne pas faire. En revanche, dans le cadre d'un droit personnel, l'objet du droit n'est plus, une chose, mais une prestation, fournie par le débiteur de l'obligation liée à ce droit. Ce débiteur, contrairement au droit réel, est positivement désigné, comme celui

qui doit – ou ceux qui doivent – fournir cette prestation. Il s’agit donc d’une obligation de faire. La présence, ou non, d’une chose dont on pourrait extraire les utilités est fondamental dans la qualification de ce droit et, donc de l’obligation qui en résulte.

Cette analyse est transposable aux choses de l’ordre de la souveraineté.

430. — En effet, d’une part, la liberté s’analysant comme une chose, les droits-liberté, constitués comme des démembrements de cette chose, sont assimilables à des droits réels. L’obligation qui lui fait face, est ainsi nécessairement une obligation de ne pas faire. Les pouvoirs publics à l’origine de la constitution d’un droit public subjectif de type « droit-liberté » sur la liberté, considérée comme chose originaire de l’ordre de la souveraineté, sont astreint à une obligation de ne pas faire, c’est-à-dire, de ne pas troubler l’exercice, par la personne bénéficiaire de ce droit, du fragment de liberté qui lui est ainsi concédé. Comme le rappelle Philippe Braud, cette abstention peut être qualifiée juridiquement comme une incompétence. Pour l’auteur, « Si la compétence est bien le pouvoir d’action conféré par l’ordre juridique, l’incompétence s’analyse en un devoir d’abstention, également imposé par le droit positif. Le maire peut édicter une mesure de police pour sa commune ; il ne doit pas réglementer pour la commune voisine »¹³²¹. L’incompétence peut être abolue ou simplement partielle.

Ainsi, si l’on prend l’exemple de la liberté du commerce et de l’industrie, l’on se rend compte que l’on a pu, à une époque où le libéralisme prônait un État minimal, interdire la plupart des incursions des personnes publiques dans la sphère industrielle et commerciale. Les services publics ayant ce caractère étaient peu nombreux et ne se sont développés qu’avec l’État Providence, à la fin de la première moitié du XX^{ème} siècle, avec le socialisme municipal et les nationalisations. Ainsi, d’une incompétence très générale, l’on passe à une incompétence limitée. Dans un cas comme dans l’autre, l’obligation faite aux personnes publiques et de s’abstenir de faire concurrence au secteur privé.

431. — D’autre part, et contrairement aux droits-liberté, les droits-créance ne sont pas le produit, de la disposition d’une chose. Ils sont le produit de l’engagement unilatéral de leur

¹³²¹ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 90.

auteur qui octroie un droit à une autre personne. L'obligation qui en résulte est nécessairement une obligation de faire. En effet, une obligation de ne pas faire nécessite que le droit ait pour objet une chose, pour que le débiteur de l'obligation puisse s'abstenir d'en tirer les utilités. Un droit-créance suppose donc, assez intuitivement, une obligation d'agir, ou de donner. Le droit à l'instruction, le droit au travail, le droit à la santé, sont des droits qui supposent que le débiteur de cette obligation mette en œuvre les infrastructures et les services nécessaires à la réalisation des obligations qu'il contient. Au contraire des droits-liberté, donc, les droits-créance vont supposer juridiquement, que les personnes publiques qui ont ces obligations disposent de compétences, confiées par l'ordre juridique, afin de pouvoir intervenir juridiquement, ainsi que des attributions, pour pouvoir intervenir matériellement.

432. — Entendue ainsi, la distinction entre obligations publiques réelles et obligations publiques personnelles permet d'apporter une classification technique des droits et libertés, fondée sur le contenu de l'obligation. Elle fonde clairement la distinction entre les « droits de » et les « droits à », contrairement à d'autres catégories intellectuelles, comme peuvent l'être les « droits économiques et sociaux » ou les « libertés publiques », qui charrient, bien souvent, un imaginaire moral qui fait obstacle à une parfaite rationalisation.

B. — Obligations principales et obligations accessoires

433. — Si à tout droit correspond une obligation, il se peut qu'un droit aboutisse à la création de plusieurs obligations. En droit civil, par exemple, la location s'assimile normalement à un droit réel, c'est-à-dire que le service est rendu par le bien et que l'obligation du propriétaire réside dans le fait de laisser le locataire « jouir paisiblement » de la chose. Toutefois, d'autres obligations découlent de ce droit, comme l'article 1719 du code civil en dispose. Notamment, le propriétaire se doit « d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ». Il s'agit bien d'une obligation de faire. Pour autant, cette obligation vient-elle remettre en cause la nature réelle du droit consenti au locataire ? Pas nécessairement et c'est là que la distinction entre obligations principales et accessoires permet une meilleure compréhension des choses et de déterminer, parmi le réseau d'obligations que peut générer un droit public subjectif, le principal de l'accessoire.

434. — Philippe Braud définit la liberté publique comme étant le droit qui génère, pour l'État, une obligation négative. Il s'agit, pour cet auteur, de l'aspect fondamental de ce droit. Lorsque le constituant, le législateur ou le pouvoir réglementaire dispose d'une chose de l'ordre de la souveraineté, en créant une liberté – générale ou contingentée –, il s'astreint à ne pas perturber le libre exercice de cette liberté par les personnes qui en bénéficient : en somme, une obligation négative. Or, « autour de ce noyau irréductible, gravitent d'autres éléments satellites qui pourraient masquer cette réalité fondamentale. Ce sont les obligations « secondes » par opposition à l'obligation dite « principale »¹³²². Pour l'auteur, les obligations secondes – que nous désignons sur le vocable d'obligation accessoire – « présentent une double caractéristique. Elles sont dérivées de l'obligation principale, s'y rattachent par un lien nécessaire de même nature que la relation entre cause et conséquence. En effet, elles constituent des compléments indissociables de l'engagement initial sans lequel celui-ci finirait par être vidé de sa signification »¹³²³. L'obligation accessoire à une obligation principale de ne pas faire peut elle-même être une obligation, soit de ne pas faire, soit de faire.

Philippe Braud présente un exemple d'obligation accessoire de ne pas faire à une obligation principale de ne pas faire avec de la liberté de conscience. Cette liberté proclamée à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, qui dispose que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi » suppose que l'État respecte les opinions de tous ordres. Il s'agit là d'une obligation de ne pas faire de l'État, qui doit s'abstenir de matérialiser des discriminations fondées sur les opinions. Accessoirement, dit Philippe Braud, l'État doit s'abstenir de toute une série d'action qui permettent d'entraver ou portent en elle la potentialité de l'entrave de cette liberté. C'est le cas, pour l'exemple de la liberté de conscience, de l'interdiction pour l'administration – ou, dit autrement, de l'obligation de s'abstenir – de constituer des fiches qui recenseraient les opinions religieuses des agents publics ou, comme le rappelle le grand arrêt de la jurisprudence administrative

¹³²² P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, op. cit., p. 113.

¹³²³ *Ibid.*, p. 113.

*Barel*¹³²⁴, de refuser la candidature d'un individu sur le fondement de ses opinions politiques¹³²⁵.

Un exemple d'obligation accessoire de faire à une obligation principale de ne pas faire peut nous être donné par la liberté de la presse qui suppose pour l'État, à titre principal, de ne pas empêcher les organismes de presse de s'exprimer, mais induit, à titre accessoire, la mise en place d'un service postal offrant des facilités financières à ladite presse. Les liens entre la liberté de la presse et le service postal sont manifestes. Comme le rappelle Morgane Le Jan, « derrière la simple activité consistant en la collecte, l'acheminement et la distribution de courrier, se cache la liberté fondamentale de correspondre, de communiquer et de penser ainsi que la liberté de la presse »¹³²⁶. En effet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel interprète la liberté d'expression comme impliquant la liberté de l'accès aux services de communication¹³²⁷. C'est cette liberté qui est invoquée par les auteurs de la saisine du conseil constitutionnel contre ce qui deviendra la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, lesquels arguaient, contre sa transformation en société anonyme « que le service public La Poste concoure à l'exercice même de cette liberté fondamentale », comme le rappelle d'ailleurs l'article 2 de cette loi qui inscrit parmi les missions de La Poste « le transport et la distribution de la presse dans le cadre du régime spécifique prévu par le code des postes et des communications électroniques ». Les pouvoirs publics « pourraient ruiner la presse financièrement faible en imposant les tarifs postaux ordinaires. Il faut donc considérer que le régime auquel nous sommes accoutumés fait à la presse une situation privilégiée, tant pour l'affranchissement que pour le tarif des télégrammes de presse »¹³²⁸.

¹³²⁴ Cons. d'État, 25 mai 1954, *Barel*.

¹³²⁵ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 115.

¹³²⁶ M. LE JAN, *Le service public postal face au droit de l'Union européenne : histoire d'un compromis*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 2016, p. 121.

¹³²⁷ Cons. const., décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, §12, qui dispose, à propos de l'internet « qu'en l'état actuel des moyens de communication, et eu égard au développement généralisé de services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ».

¹³²⁸ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1972, p. 253.

435. — Ce qui est vrai pour les droits issus de la disposition des choses de l'ordre de la souveraineté, les libertés, ne l'est d'ailleurs pas moins pour les droits issus de l'établissement d'un droit-créance, qui consistent en une obligation de faire, qui peut être assortie d'obligations accessoires, « secondes ». Il peut s'agir d'obligations de faire, comme c'est le cas pour les services de transport scolaire. En effet, les obligations de l'État en matière d'enseignement découlent de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ». Il y a donc bien un droit-créance, qui génère l'obligation de faire, en l'occurrence, de mettre en place un système d'instruction publique. Accessoirement, les personnes publiques fournissent les moyens d'acheminer les élèves aux établissements scolaires. Les articles L. 213-11 et suivants du code de l'éducation et les articles L. 3111-7 et suivants du code des transports confient à la région, « la responsabilité de l'organisation et du fonctionnement de ces transports ».

Section n° 2. — Les biens publics de l'ordre de la propriété : instruments nécessaires à la satisfaction des obligations publiques

436. — La création de droits dans le patrimoine des particuliers entraîne la création d'obligations dans celui des personnes publiques. Philippe Braud le résume ainsi, « aux prérogatives des particuliers, opposables à la puissance publique, correspondent, nécessairement, des obligations corrélatives de celle-ci »¹³²⁹. Il s'agit désormais d'en tirer la conséquence que la création de ces obligations crée la nécessité de disposer de moyens, matériels, financiers et humains, pour y satisfaire. Pour anodine que paraisse cette affirmation, elle marque une différence de nature, entre les personnes privées, particulièrement les personnes physiques, et les personnes morales, particulièrement les personnes publiques. En effet, cependant que les individus s'assignent eux-mêmes les buts qu'ils entendent poursuivre, les personnes morales, parmi lesquelles les personnes publiques, sont finalisées. Cette distinction se traduit dans la distinction classique entre la compétence et la capacité, « la notion de compétence recouvrant des pouvoirs qui font l'objet d'une attribution en vue d'une fin donnée et la notion de capacité des pouvoirs inhérents à la personnalité et indéterminés, c'est-à-dire des droits subjectifs »¹³³⁰.

Cette distinction rejaillit directement sur le principe et l'exercice du droit de propriété. Contrairement aux individus, pour qui « le droit de propriété apparaît comme un espace de liberté subjective (...) »¹³³¹, le droit de propriété des personnes publiques est directement lié aux activités qu'il mène. Il existe pour accomplir les missions qui lui sont assignées. L'affectation est la notion fondamentale qui témoigne de cette adhésion des moyens aux fins du droit administratif. À cet égard, les distinctions qui existent, notamment celle entre les biens affectés au domaine public ou au domaine privé, ne sont guère déterminantes : « S'ils se répartissent en deux catégories, celle du domaine public et celle du domaine privé, rappelle René Chapus, [les biens publics] ont une fonction commune, qui est de permettre aux personnes publiques (...) de s'acquitter des missions de tous ordres qui leur incombent »¹³³².

¹³²⁹ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, *op. cit.*, p. 45.

¹³³⁰ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 189.

¹³³¹ *Ibid.*, p. 186.

¹³³² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 2, 15^e édition, *op. cit.*, p. 363.

Parallèlement et sans préjudice de la présentation classique du droit administratif des biens, dont il nous semble qu'elle témoigne, non seulement aux préjugés du droit civil des biens, mais également aux préjugés du droit administratif, présentons une présentation strictement patrimoniale et neutre de la notion de bien, en droit public, comme étant affecté à la réalisation d'une obligation (§1.). Connecter ainsi la notion de bien avec celle d'obligation permet d'ouvrir de nouvelles perspectives de présentation des biens publics, à l'aide de notions qui ont souvent été difficiles à transposer en droit administratif, comme celles de patrimoine et de fonds administratifs (§2.).

§1. — La définition des biens publics de l'ordre de la propriété

437. — Une notion matérielle de la notion de bien, en droit public permet de la définir comme une chose – c'est-à-dire tout ce qui n'est pas une personne ou un rapport juridique – soumise à un pouvoir juridique particulier, qu'est le droit de propriété public, doté d'un régime juridique particulier. Il s'agit ici de proposer une organisation des éléments du droit public, qui fasse le lien entre les choses de l'ordre de la souveraineté et celles de la propriété, pour montrer à quel point la puissance publique et le droit administratif des biens sont liés.

A. — Promotion d'une notion fonctionnelle du bien, par rapport à celle d'obligation

438. — Les obligations publiques peuvent être analysées sous le double prisme, d'une part, de la distinction entre obligation négative et obligation positive et, d'autre part, de la distinction entre obligation principale et obligation accessoire.

L'idée que les biens ont vocation à satisfaire à des obligations exige, par définition, que ces obligations soient positives. En effet, on n'imagine pas qu'il faille des moyens, financiers, matériels ou humains, pour satisfaire à une obligation négative, qui s'analysent en une abstention. Est-ce à dire, si l'on reprend la distinction entre droits-liberté – qui génère des obligations négatives – et droits-créance – qui génèrent des obligations positives – de l'ordre de la souveraineté, que seuls ces derniers comptent parmi les obligations nécessitant pour leur réalisation, un patrimoine ? En première analyse, l'on pourra affirmer, il est vrai, que l'obligation, pour l'État, de respecter la liberté d'aller et de venir d'un individu, son libre établissement professionnel, ou son droit de propriété, qui sont des droits-liberté, ne requièrent pas de moyens. Il lui suffit de laisser l'individu aller et venir, s'établir

professionnellement, user et abuser de ses biens. À l'inverse, l'obligation, pour l'État, de mettre en œuvre le droit à la santé, ou le droit à l'éducation, qui sont des droits-créance, suppose qu'il acquière tout un ensemble de biens, recrutent divers personnels, disposent de capacités financières, de nature à mettre en œuvre les prestations que requièrent de tels droits.

Cette clef d'analyse n'est pas si évidente, toutefois.

En effet, les obligations, qu'elles soient négatives ou positives, peuvent s'accompagner d'obligations accessoires, qui peuvent elles-mêmes être négatives ou positives, indépendamment de la nature de l'obligation principale. Ainsi, il se peut qu'une obligation principale négative soit accompagnée d'une obligation accessoire positive. Par exemple, la liberté d'aller et venir, qui consiste en une obligation principale négative de s'abstenir d'entraver le libre cheminement des personnes et des biens, s'accompagne de l'obligation de mettre en œuvre un système de routes qui constitue l'assiette physique de l'exercice de cette liberté. De la même manière, la liberté de la presse suppose que les conditions soient réunies pour disposer d'une presse plurale et indépendante.

En conséquence, les biens des personnes publiques ont vocation à satisfaire deux catégories d'obligations, les obligations positives accessoires à des obligations principales, qui peuvent notamment être des obligations négatives, lesquelles résultent de droits-liberté et des obligations positives principales, lesquelles résultent de droits-créance.

439. — La satisfaction des obligations positives accessoires à des obligations principales, notamment négatives, se manifeste de deux manières. Les droits-liberté peuvent être constitués selon deux modes principaux : ils peuvent être contingentés, c'est-à-dire qu'une liberté est interdite par principe et que, par exception, certains individus ou catégories d'individus peuvent l'exercer ; ils peuvent être généraux, c'est-à-dire qu'une liberté est proclamée par principe et peut-être interdite, par exception.

S'agissant, dans un premier lieu, des droits-libertés contingentés, elle se manifeste notamment par la nécessité, soit de se déclarer, soit de réclamer et d'obtenir une autorisation pour exercer son droit. À cette fin, l'Administration doit mettre en place une série d'actions

matérielles destinées à assurer la réalité de ce contingentement. Dans le cas d'un régime, de déclaration, écrit Philippe Braud, « encore faut-il qu'aient été prévus le lieu où celle-ci doit être faite, le registre qui apportera la preuve de sa matérialité, etc. »¹³³³. Dans le cas d'un régime d'autorisation il s'agit, de la même manière, de prévoir, matériellement, les moyens, matériels, financiers et humains, affectés à l'instruction des demandes, qui peuvent parfois nécessiter, comme c'est le cas pour certains activités économiques, une formation, un examen et une certification spécifiques qui peuvent, le cas échéant, être accompli directement par l'Administration ou, sous son contrôle, par une autre personne¹³³⁴.

S'agissant, dans un second lieu, des libertés-droit généralement proclamés, ils peuvent nécessiter, pour leur exercice, non seulement l'abstention de l'État qui les proclame, mais également, la mise en œuvre de prestations positives.

La liberté des cultes constitue une illustration. Cette liberté figure aujourd'hui dans le bloc de constitutionnalité, comme faisant partie de la liberté de conscience, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen disposant que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses (...) ». Elle est réglementée par la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, qui dispose, en son article premier, que « la République assure la liberté de conscience » et « garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Il s'agit donc, assez clairement, d'une obligation principale négative, de ne pas faire obstacle à l'exercice, par les individus, de cette sphère d'autonomie.

Toutefois, cette obligation est accompagnée d'obligations positives qui sont explicitement décrits comme devant satisfaire l'exercice de ce droit-liberté. La plus significative est que les personnes publiques, qui se sont vues confier la propriété des édifices servant à l'exercice du culte, « pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation » de ces édifices¹³³⁵. Le régime de l'exercice des cultes dans le cadre d'autres activités prises en charge

¹³³³ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français, op. cit.*, p. 116.

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 116.

¹³³⁵ Article 13 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

par des personnes publiques nécessite également certaines prestations matérielles. C'est ainsi que « le Ministre de l'Éducation nationale est légalement tenu de créer un service d'aumônerie dans les établissements d'enseignement où il est établi que cette institution est nécessaire au libre exercice de leur culte par les élèves »¹³³⁶. De la même manière, s'agissant des hôpitaux, « les autorités préposées à la gestion de ces établissements sont tenus, non seulement de ne pas mettre obstacle à l'exercice de leur culte par les malades ou les vieillards pensionnaires desdits établissements, mais encore de prendre les mesures indispensables pour permettre à ceux-ci de vaquer, dans l'enceinte même de ces établissements, aux pratiques de leur culte »¹³³⁷.

B. — Promotion d'une notion générique d'obligation, vis-à-vis de notions connexes

440. — Le choix d'une définition fonctionnelle de la notion de bien public fondée sur l'affectation de ces biens aux obligations des personnes publiques paraît exclure d'autres définitions, elles aussi fonctionnelles, qui seraient fondées sur d'autres notions que celle d'obligation. En effet, il est commun de dire que les personnes et les biens publics sont finalisés.

L'affectation à l'intérêt général est la définition fonctionnelle la plus large de la notion de bien public. En effet, dès lors qu'elle tient à la nature publique des personnes, elle les englobe tous. « La poursuite de l'intérêt général, écrit Hervé Moysan, apparaît comme une constante dans l'activité des personnes publiques, attachée à leur qualité même et, en conséquence, indifférente à l'appartenance des dépendances aux domaines public ou privé »¹³³⁸. Cette affectation à l'intérêt général, qui concerne donc tous les biens des personnes publiques, en fait « le plus petit dénominateur commun du régime de la propriété publique »¹³³⁹. À cet égard, la distinction entre les activités de l'administration, selon qu'elles satisferaient un intérêt général ou non et, par extension, la distinction entre les biens entre ceux d'entre eux qui seraient affectés à des missions d'intérêt général ou non est largement contestée en

¹³³⁶ Cons. d'État, 28 janvier 1955, *Association professionnelle des aumôniers de l'enseignement public*, Rec. p. 51.

¹³³⁷ Cons. d'État, 28 janvier 1955, *Aubrun et Villechenoux*, Rec., p. 50.

¹³³⁸ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, op. cit., pp. 194-195.

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 196.

doctrine. La distinction bien connue, qu'opère, notamment, René Chapus entre les activités dites « de plus grand service » et celles dites « de plus grand profit »¹³⁴⁰, aboutit à nuancer l'idée de personnes publiques agissant en dehors de l'intérêt général, au point de dire, avec Jean Rivero, qu'il « n'existe pas [...] d'intérêt privé de l'administration »¹³⁴¹. En conséquence, il n'existerait pas, non plus, de biens qui ne seraient pas affectés à l'intérêt général. Reprenant, en somme, la distinction de René Chapus, Philippe Godfrin et Michel Degoffe peuvent ainsi écrire que « le domaine privé participe, lui aussi, à la satisfaction de l'intérêt général, soit en constituant le siège d'activités administratives telles que le reboisement ou la protection du gibier, soit en procurant des ressources qui sont confondues au sein du budget avec toutes les autres recettes de l'État »¹³⁴².

L'affectation au service public est plus restreinte, et ne concerne qu'une fraction des biens eux-mêmes affectés au domaine public des personnes publiques. Sans préjudice de ce que représente classiquement la notion de service public pour le droit administratif, celui-ci dispose, à l'instar de toute activité juridiquement qualifiée, d'une structure patrimoniale. Cette structure n'est pas tellement évoquée par la doctrine, qui se concentre sur les aspects d'une activité qui permette de la qualifier de service public, c'est-à-dire, qui permettent de la rendre justiciable du juge administratif, qui lui appliquera le *corpus* juridique du droit administratif. En effet, « une activité constitue un service public, aux termes de la définition canonique de René Chapus, quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public »¹³⁴³. Ces deux éléments qu'il convient de prendre en considération de façon égale, sont donc le rattachement organique et le but poursuivi. « Toutes autres données, écrit-il, ou considérations sont indifférentes »¹³⁴⁴ et, notamment, donc, la nature de ce que peut être une activité. Aussi, lorsqu'il s'agit d'analyser les aspects substantiels de la notion de service public, la doctrine de droit administratif s'intéresse exclusivement aux aspects fonctionnels, c'est-à-dire, aux objectifs, d'intérêt général ou non,

¹³⁴⁰ R. CHAPUS, « Service public et puissance publique », *RDP* 1968, p. 235.

¹³⁴¹ J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDP* 1954, p. 283.

¹³⁴² P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, 13^e édition, Paris, Sirey, coll. « Université », 2020, p. 8. Ils reprennent, en ce sens, l'analyse de Jean-Marie Auby (J.-M. AUBY, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *op. cit.*).

¹³⁴³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e édition, *op. cit.*, p. 579.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, p. 579.

que poursuit une activité. Les aspects matériels, c'est-à-dire, ce qui peut être défini comme étant un service, ne pose, de ce point de vue, aucune difficulté quant à la qualification, publique ou privée, de celui-ci.

441. — Certains auteurs trouveraient l'entreprise critiquable, voire dangereuse. C'est le cas, notamment, de Benoît Plessix, qui estime que « Le danger, c'est qu'une théorie purement organisatrice et simplement différemment descriptive des règles du droit administratif occulte le véritable esprit de certaines institutions capitales du droit administratif moderne »¹³⁴⁵. Ainsi en est-il, toujours selon l'auteur, du « rôle central du procédé exorbitant de l'acte administratif unilatéral, autour duquel notre droit administratif s'est historiquement structuré »¹³⁴⁶, ainsi que « le caractère instrumental du contrat administratif »¹³⁴⁷ modalité particulière de l'action administrative avant d'être une simple structure juridique. Plus tard, il confirmera cette idée, estimant que « le droit public cherche avant tout des bornes à l'arbitraire administratif et non à comprendre ce qui fait naître une obligation de somme d'argent entre un créancier et un débiteur »¹³⁴⁸.

Il est vrai que la notion de service public n'est pas simplement juridique et technique. Nul besoin de rappeler très longuement ici, ce que cette notion charrie de valeurs morales, et de mythologie du droit administratif. Jacques Chevallier écrit ainsi que « le service public est un mythe légitimant : il sculpte l'image d'un État généreux, bienveillant, uniquement préoccupé du bien-être de ses sujets ; et la gestion publique apparaît tout entière inspirée par le souci de satisfaire le mieux possible les aspirations du public »¹³⁴⁹. Comme le rappelait encore récemment Geneviève Koubi, « Le service public est une composante de la mémoire collective, un objet de ralliement de la conscience sociale, un facteur onirique d'unification populaire. Son exposition semble donc déjà imprégnée d'idéologie »¹³⁵⁰.

¹³⁴⁵ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 280.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, p. 280.

¹³⁴⁷ *Ibid.*, p. 280.

¹³⁴⁸ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 998.

¹³⁴⁹ J. CHEVALLIER, *Le service public*, 2^e édition, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1991, p. 3.

¹³⁵⁰ G. KOUBI, « L'idéologie du service public », in AFDA, *Le service public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 42.

Toutefois, ce n'est qu'au prix du dépassement de ces craintes et à l'établissement d'une théorie des obligations en droit administratif véritablement descriptive et indépendante des autres présentations de ces disciplines ayant actuellement cours, que l'on parviendra à faire le lien entre les choses de l'ordre de la souveraineté et celles de la propriété.

§2. — L'organisation des biens publics de l'ordre de la propriété

442. — Obligations publiques issues de la disposition des choses de l'ordre de la souveraineté, biens publics affectés à la satisfaction de ces obligations, personnes publiques chargées de remplir ces missions diverses : l'articulation de ces différentes notions nécessite un espace qui les rassemble toutes. En droit civil, cet espace est constitué par la notion de patrimoine. La transposition de cette notion au droit administratif est encore vue aujourd'hui comme « le chaînon manquant d'une théorie générale des droits subjectifs des personnes publiques »¹³⁵¹ dès lors qu'il s'agit, pour Philippe Yolka, « d'une clef de voûte, du pivot entre le droit des personnes, le droit des biens et le droit des obligations »¹³⁵².

Il nous semble toutefois que cette notion de patrimoine, eu égard à ses liens très profonds avec la théorie classique du droit des biens, est constitutive des mêmes limites (A.), ce qui nous conduit à préférer une autre notion, récemment proposée par la doctrine et qui semble constituer un réceptacle plus pertinent aux objectifs que nous poursuivons : celle de fonds administratif (B.).

A. — *Les limitations de la notion de patrimoine administratif*

443. — En première analyse, la notion de patrimoine administratif pourrait remplir la fonction recherchée, sinon opérationnellement, au moins scientifiquement. Conçu comme une notion permettant de décrire le plus complètement la juridique d'une personne, elle nous permet d'avoir une vue d'ensemble des moyens dont dispose une personne publique, mais également les charges qui pèsent sur elle : elle donne une image des aspects techniques de la mission qui lui incombe. Toutefois, parce qu'elle est arrimée aux conceptions classiques

¹³⁵¹ P. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », in AFDA, *La personnalité publique*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2007, p. 46.

¹³⁵² *Ibid.*, p. 46.

du droit civil des biens, elle comporte toutes les limitations que nous avons déjà pu décrire à maintes reprises, qu'elles soient d'ordre technique ou moral.

444. — La notion moderne de patrimoine¹³⁵³, comme nombre des notions du droit des biens, est le produit de la doctrine de droit civil du XIX^{ème} siècle, sous la plume de Charles Aubry et de Charles-Frédéric Rau, reprenant les enseignements de Karl Salomo Zachariae¹³⁵⁴. Elle se définit classiquement, en droit civil, comme « l'ensemble des biens et des obligations envisagés comme formant une universalité de droit »¹³⁵⁵. Cet ensemble appartient à une personne, dès lors que « tout patrimoine suppose nécessairement, à sa tête, une personne, un sujet de droit, qui en est le titulaire : pas de patrimoine sans personne »¹³⁵⁶.

La première fonction de la notion de patrimoine est de décrire, la situation juridique complète d'une personne. En effet, elle fait le lien entre les biens et les obligations. Elle crée l'unité entre la personne titulaire de biens et de celle apte à engager ces mêmes biens. C'est ainsi, résume Mickaël Xifaras, que cette notion « apparaît dans la science du droit civil au point où le splendide isolement du sujet de la maîtrise souveraine rencontre le sujet contractant des dettes. Cette notion est en effet la base d'où émergent les deux troncs du droit des biens, la propriété et l'obligation »¹³⁵⁷.

Cette première fonction est la plus aisément transposable en droit administratif. En effet, les obstacles à cette transposition les plus aisés à lever concernent cette fonction de la notion de patrimoine. Il s'agit, rappelle Norbert Foulquier, d'une part, de « la tardiveté de la reconnaissance de la personnalité morale de droit public de l'État et des autres

¹³⁵³ Il ne s'agit pas, à l'évidence, de la notion de patrimoine national définie à l'article L. 1 du code du patrimoine, comme « l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique » (G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, 13^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007, p. 7 ; « À propos de l'adoption du Code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », *D.* 2005, chron., p. 1452 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 15^e édition, *op. cit.*, p. 5).

¹³⁵⁴ L'histoire de cette notion remonte, à l'instar de toutes les autres, au droit romain. Pour une présentation historique de la notion de patrimoine, V. M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 202 et suiv.

¹³⁵⁵ G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, 13^e édition, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁵⁷ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 205.

administrations »¹³⁵⁸. Or, cette reconnaissance est parfaitement réalisée, aujourd'hui. La personnalité morale permet aujourd'hui de rattacher, à des personnes publiques, non seulement des biens, mais également des obligations. Il s'agit, d'autre part, de la distinction, au sein de la masse des biens des personnes publiques, entre ceux affectés du domaine public et ceux affectés au domaine privé, relevant de deux régimes distincts. Mais, rappelle l'auteur, « la coexistence des deux régimes, de droit privé et de droit public, des biens de l'administration ne provoque pas une scission entre les deux catégories de biens, rangés dans le domaine privé et le domaine public »¹³⁵⁹. Cette fonction de la notion de patrimoine est donc transposable. Elle est même suggérée par une certaine partie de la doctrine, à l'instar de Philippe Yolka, qui appelle de ses vœux à systématiser « ce grand droit des patrimoines publics », qui « existe à l'état latent »¹³⁶⁰.

La seconde fonction de la notion de patrimoine est de constituer « le siège du droit de gage général des créanciers chirographaires, assis sur la totalité des biens »¹³⁶¹. C'est sur cette masse de biens, exprimée en valeur pécuniaire, que le créancier pourra poursuivre l'exécution forcée de sa créance.

Or, comme le rappelle la doctrine, cette fonction n'est pas compatible avec le régime des biens publics et, particulièrement, la règle de l'insaisissabilité, rappelée à l'article L. 2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques¹³⁶². Bien que cette réalité soit à nuancer, dans un sens, comme dans l'autre, puisque non seulement le droit de gage général des créanciers en droit privé, mais également la règle de l'insaisissabilité des biens publics subsistent, l'un comme l'autre, un certain nombre de tempéraments, il n'en demeure pas moins, comme le rappelle Philippe Yolka, que « la question ne se pose tout simplement pas dans les mêmes termes pour les personnes privées et pour les personnes publiques », qu'ainsi, la transposition de la notion de patrimoine, à cette fin, aboutit à une dénaturation de la notion civiliste.

¹³⁵⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹³⁶⁰ P. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », *op. cit.*, p. 48.

¹³⁶¹ *Ibid.*, p. 45.

¹³⁶² « Les biens des personnes publiques (...) sont insaisissables ».

445. — Les limites de la notion de patrimoine, en droit administratif, sont de deux ordres. Le premier est technique, le second est moral.

Sur le plan de la stricte technique, la notion de patrimoine administratif, parce qu'elle découle de la notion de patrimoine issue du droit civil, porte en elle toutes les limites techniques que nous avons analysées, qui ont trait à son adossement aux conceptions classiques du droit civil des biens. Ainsi, ne font partie du patrimoine que les éléments d'actifs qui sont considérés comme étant des biens au sens du droit des biens, rattachés à la personne par un rapport d'appropriation. De ce point de vue, il n'existe pas d'échappatoire.

D'une part, et s'agissant de l'actif du patrimoine, que l'on se range du côté des auteurs réalistes, qu'ils aient repris ou non à leur compte les opinions personnalistes, ou que l'on se range de celui des auteurs néopersonnalistes, le compte n'y est pas. En effet, à supposer que l'on ait une vision maximaliste de la notion de bien, celle développée par les auteurs néopersonnalistes et qui inclut de nombreux droits incorporels, comme les œuvres de l'esprit, les droits de créance et les droits réels sur la chose d'autrui, l'on se trouve toujours contraints par le régime de la propriété privée. Il manque, non seulement certains actifs comptables, qui ont poussé la doctrine de droit civil à s'interroger sur l'existence, à côté de la propriété juridique, à des mécanismes de propriété économique¹³⁶³. Mais il manque aussi, et surtout, toutes les choses de l'ordre de la souveraineté, qui sont rattachés à des personnes publiques par un rapport d'exclusivité sur le fondement d'autres régimes juridiques – comme la police administrative ou le droit de lever l'impôt –, que la propriété, parce qu'elle est elle-même un régime juridique particulier d'appropriation, ne peut saisir.

D'autre part, et s'agissant du passif du patrimoine, nous venons juste de soutenir, pour les mêmes raisons, que la doctrine de droit administratif est loin d'admettre de nombreuses obligations parmi celles qui pourraient figurer au sein du patrimoine.

¹³⁶³ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, *op. cit.*

L'on pourrait se demander, alors, s'il ne suffirait pas d'augmenter la contenance du patrimoine administratif des éléments qui paraissent manquer. Prendre une telle direction poserait des difficultés morales considérables.

En effet, sur un plan plus moral, la notion de patrimoine administratif est beaucoup trop adossée à celle du droit civil des biens et de la théorie de la propriété privée. À cet égard, y inclure quelque nouvel élément revient, par définition, à « patrimonialiser » cet élément. Or, les tentatives de rapprochement technique entre les choses de l'ordre de la propriété et celles de l'ordre de la souveraineté ont suscité d'importantes résistances tout au long de l'histoire, résistances qui sont à l'origine de cette partition nette entre le droit administratif et le droit civil des biens. Ces résistances sont liées au fait qu'elles font naître la crainte – que l'histoire n'a que trop rarement démenti –, soit que les mécanismes d'appropriation des choses risquent de se trouver « publicisés », conduisant à une confusion entre ce qui relève du traitement juridique des personnes et des choses, soit que la puissance publique se trouve ainsi patrimonialisée et soumise aux valeurs du secteur privé, éloigné de l'intérêt général. La scission profonde entre l'*imperium* et le *dominium* sont très largement le fait de la volonté d'éloigner la chose publique de l'appropriation par les personnes.

446. — Ainsi, une première direction pourrait être d'épurer la notion de patrimoine de ces aspects les plus civilistes, et de l'adapter à ce propos, comme cela a été fait avec les notions de rapport juridique, de personne, de droit, de bien ou d'obligation. Toutefois, la notion de patrimoine au sens civil du terme, trouve toujours son intérêt, afin de désigner la masse de biens de l'ordre de la propriété des personnes publiques et témoigner de leur commerce civil.

Dès lors, une seconde direction, qui est ici retenue, est de doubler cette notion de patrimoine d'une autre notion, capable d'absorber plus que ce qui relève strictement du droit de propriété, privé ou public. Non seulement, ces deux notions peuvent remplir des fonctions distinctes, qui se justifient l'une et l'autre, mais plus encore, elle permet de marquer la séparation, nécessaire, entre ce qui relève de la patrimonialité et ce qui est un moyen de faire le pont entre l'ordre de la souveraineté et l'ordre de la propriété. Elle satisfait, en ce sens, aux exigences d'ordre technique et moral, exposées.

B. — Développement de la notion de fonds en droit administratif

447. — L'utilisation de la notion de fonds, issue du droit privé, en droit administratif, a été récemment développée par Benoît Schmaltz, dans sa thèse de doctorant sur *Les personnes publiques propriétaires*. L'auteur part du constat qu'il manque, en droit administratif, une notion fédératrice capable d'appréhender exhaustivement les moyens, humains, financiers et matériels, mis à disposition de l'action publique. « Le droit administratif, écrit-il, est analytique. Il ne fait pas la synthèse juridique de ces éléments épars qui n'ont pourtant de sens qu'eu égard à cette même activité auxquels ils se rapportent et son affectés, la fraction de la politique publique dont ils sont le moyen »¹³⁶⁴. Pour répondre à ce besoin, il mobilise et décide de transposer en droit administratif la notion de fonds, dont la définition, la plus générique qui soit, a été formulée à partir de l'observation d'objets particuliers¹³⁶⁵, par Lise Chatain-Autajon comme « la construction originale qui permet de grouper des objets hétérogènes au service d'une même activité »¹³⁶⁶.

Il s'agit pour Benoît Schmaltz, de créer une notion juridique opérationnelle dans le droit positif. Ici, en revanche, le développement de la notion de fonds administratif sert l'objectif suivant : disposer d'une catégorie juridique qui, sans procéder à une patrimonialisation publique d'éléments dont le rattachement au droit de propriété publique paraît discutable, pour des raisons morales ou bien techniques, permet au droit administratif des biens d'appréhender ces éléments extrapatrimoniaux dans une logique de mise en cohérence des différents systèmes descriptifs du droit administratif. En effet, le droit public est souvent rétif à effacer la césure nette qui a été installée, en doctrine, entre le droit de propriété et la puissance publique. L'aptitude de l'administration à mobiliser des moyens extrapatrimoniaux est vécue comme un prélude à la confusion entre l'*imperium* et le *dominium*, généralement au profit du second, qui est une caractéristique de périodes où règne l'absolutisme.

¹³⁶⁴ SCHMALTZ (Benoît), *Les personnes publiques propriétaires*, préf. SESTIER (Jean-François), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2016, t. 140, p. 320.

¹³⁶⁵ L'auteur cite, notamment, le fonds de commerce, le fonds commun de placement, le fonds artisanal, le fonds libéral et le fonds agricole (SCHMALTZ (Benoît), *Les personnes publiques propriétaires*, *op. cit.*, p. 324).

¹³⁶⁶ L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, Paris, Litec, 2006, p. 430, cité par Schmaltz, p. 323.

Ainsi et sans remettre en cause cette césure, qui apparaît fondamentale dans le droit public et qui se justifie toujours, nous souhaitons permettre que le droit administratif des biens puisse, à défaut d'intégrer ces éléments, disposer d'une notion qui le place dans un écosystème juridique plus grand que lui et qui inclue ce qu'on se refuse d'ordinaire à lui confier, par-delà deux des plus grandes *summa divisio* du droit public : d'une part, les biens des personnes privées de l'ordre de la propriété (1.) ; d'autre part, les biens publics de l'ordre de la souveraineté (2.).

1. — L'extension du fonds public des biens aux biens privés de l'ordre de la propriété

448. — Les biens publics sont classiquement définis sur le fondement d'un double critère, organique et fonctionnel. Le bien public est, selon cette définition, le bien qui, appartenant à une personne publique, est affecté à la réalisation d'une de ses missions – certains diraient, à l'exercice d'une de ses compétences. Si ce bien est affecté à la réalisation d'une mission de service public ou à l'usage de tous, alors il fait partie du domaine public, à défaut, il fait partie du domaine privé. Mais l' au domaine public ou au domaine privé d'une personne publique suppose toujours, nécessairement, la propriété publique du bien considéré.

Pourtant, il n'est pas rare que des biens concourent à l'exercice des compétences d'une personne publique, sans pour autant être sa propriété. Elles sont, pour ce qui concerne cette participation à l'action publique, saisie par le droit public, par ses deux principales modalités : soit par l'application d'un régime légal et réglementaire ; soit par convention entre la personne publique débitrice des obligations et la personne privée disposant des biens nécessaire à leur satisfaction.

449. — S'agissant, d'une part, de l'application d'un régime légal et réglementaire de droit public à des biens privés deux illustrations, selon que l' à une mission d'intérêt général résulte ou non, d'une volonté du propriétaire privé.

Le premier de ces exemples est constitué par les voies privées ouvertes à la circulation du public. Les voies privées sont, par définition, la propriété privée d'une personne privée. À ce titre, elles relèvent du droit commun de la propriété privée. L'article L. 162-4 du code de la voirie routière le précise expressément, qui dispose que « les voies privées qui n'ont pas le

caractère de chemins ou de sentiers d'exploitation sont régies par les règles du droit commun en matière de propriété sous réserve des dispositions de l'article L. 162-1 et de celles de la présente section ». Toutefois, les autorités publiques compétentes sont autorisées à intervenir sur les voies ouvertes à la circulation du public, sur le fondement de leurs compétences. Les voies, y compris privées, sont considérées comme étant ouvertes au public lorsqu'elles « peuvent être librement empruntées, à titre gratuit ou non, par toute personne circulant à pied ou par un moyen de transport individuel ou collectif »¹³⁶⁷. L'intervention des personnes publiques est, ici, subordonnée à la volonté de la personne privée. Comme l'indique Benoît Schmaltz, « l'affectation résulte de la volonté du propriétaire, explicite ou implicite par une simple tolérance, de laisser le public circuler librement sur une voie lui appartenant »¹³⁶⁸. Le cas échéant, notamment, et en dépit de la propriété privée de ces voies, seules les autorités chargées de la voirie disposent du droit « de placer en vue du public, par tous les moyens appropriés, des indications ou signaux concernant, à un titre quelconque, la circulation (...) »¹³⁶⁹.

Le second de ces exemples est celui des cimetières privés. En effet, « l'inhumation en cimetière communal est le principe en matière de sépulture »¹³⁷⁰. À cet égard, l'article L. 2223-1 du code général des collectivités territoriales oblige à chaque commune ou établissement public de coopération intercommunale compétent en cette matière, de disposer d'au moins un cimetière. Le cimetière est classé, depuis la très fameuse jurisprudence *Marécar*, dans le domaine public de la personne publique, dès lors qu'il est affecté à l'usage du public¹³⁷¹. L'objectif de cette obligation est bien expliqué par celle dont elle n'est, en réalité, que le corollaire : celle pour le maire, de pourvoir d'urgence « à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée décemment (...) »¹³⁷². L'existence de cimetières répond donc à un enjeu de salubrité publique, tant que de respect de la dignité

¹³⁶⁷ Article R. 581-1 du code de l'environnement.

¹³⁶⁸ SCHMALTZ (Benoît), *Les personnes publiques propriétaires*, *op. cit.*, p. 433. Il s'agit là d'une affectation faite sur le fondement de l'article 544 du code civil, qui résulte donc de la libre disposition des biens par son propriétaire.

¹³⁶⁹ Article L. 411-6 du code de la route, mentionné par l'article L. 113-1 du code de la voirie routière.

¹³⁷⁰ Cons. d'État, Avis n° 289 259 du 17 septembre 1964.

¹³⁷¹ Cons. d'État, 28 juin 1935, *Sieur Mougamadousadagnetoullah Marécar*.

¹³⁷² Article L. 2213-7 du code général des collectivités territoriales.

du corps humain après la mort. C'est ce qui justifie les pouvoirs dont dispose le maire à l'égard des cimetières dits « privés ». En effet, par le passé, il a pu être possible d'établir de sépultures sur des terrains qui sont la propriété privée de personnes privées. Aujourd'hui, il n'est plus possible de créer de nouveaux cimetières privés¹³⁷³, toutefois il est toujours possible de poursuivre les inhumations dans les cimetières existants, dans la limite des places disponibles¹³⁷⁴. À ce titre, les autorités publiques disposent de prérogatives sur ces sépultures. D'une part, le maire exerce la police des sépultures, l'article L. 2213-10 du code général des collectivités territoriales disposant que « les lieux de sépulture autres que les cimetières sont également soumis à l'autorité, à la police et à la surveillance des maires ».

450. — S'agissant, d'autre part, de la soumission à un régime conventionnel de droit public à des biens privés, l'exemple des concessions de service public et d'autres mécanismes contractuels, tels que les baux emphytéotiques administratifs viennent immédiatement à l'esprit.

Le régime des biens des concessions de service public est topique de cette conception du droit administratif des biens fondée sur le patrimoine des personnes publiques. En effet, cet instrument contractuel remplit, classiquement, deux fonctions. La première est d'être un mode de gestion des services publics, qui permet à la personne publique déléguer une partie de l'exercice d'une compétence à une personne privée, plutôt que de l'accomplir elle-même. La seconde est d'acquérir des équipements publics en les faisant financer par la personne privée, qui se rémunère directement sur les usagers. En effet, comme le rappelle Achille Mestre, « il ne faut pas oublier que le but essentiel de la concession est de doter la collectivité, sans appel à l'emprunt ou à l'impôt, d'ouvrages d'utilité publique, prêts à fonctionner. Le droit de retour n'est que le moyen juridique par lequel cet objectif sera un jour atteint »¹³⁷⁵.

¹³⁷³ CA Aix-en-Provence, 1^{er} février 1971, *Association culturelle israélite de Marseille*.

¹³⁷⁴ Cons. d'État, 13 mai 1964, *Demoiselle Eberstack*.

¹³⁷⁵ A. MESTRE, note sur Cons. d'État, 1^{er} mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine*, S. 1929, I., p. 75.

Le régime des biens de retour, longtemps régi par la jurisprudence¹³⁷⁶, est désormais codifié aux articles L. 3132-4 et suivants du code de la commande publique. Trois catégories de biens existent, aux termes de ces dispositions. D'abord, les biens de retour, « qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public »¹³⁷⁷. Sauf clause contraire, permettant d'en donner la propriété au cocontractant de l'administration pendant la durée de la convention, ces biens « sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ». Ensuite, les biens de reprise, « qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public »¹³⁷⁸, ils sont la propriété de la personne privée, sauf s'il en est décidé autrement. Enfin, les biens propres, « qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise »¹³⁷⁹ et demeurent, en conséquence, propriété de la personne privée.

La technique des biens de retour a vocation à assurer, à l'issue de la convention, la propriété publique des biens qui vont être nécessaires à l'exécution du service public, dans l'objectif affirmé d'assurer la continuité du service public. D'ailleurs, dans le cas où la convention souhaite déroger à la propriété publique *ab initio* des biens de retour, la jurisprudence précise que le contrat doit « comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée »¹³⁸⁰. L'on voit ainsi, combien sont liés l'idée que la bonne administration d'un service public, particulièrement la garantie de sa continuité, dépendent de l'appropriation publique des biens qui lui sont affectés. À cet égard, donc, la notion de patrimoine public demeure opérationnellement la boussole de l'action publique.

Toutefois, certains biens privés sont directement affectés à des activités publiques et contribuent à l'action administrative. C'est même le cas, nous venons de l'évoquer, de biens

¹³⁷⁶ Dont le dernier état synthétique figure dans la décision du Conseil d'État du 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342 788.

¹³⁷⁷ Article L. 3132-4 du code de la commande publique.

¹³⁷⁸ Article L. 3132-4 du code de la commande publique.

¹³⁷⁹ Article L. 3132-4 du code de la commande publique.

¹³⁸⁰ Cons. d'État, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342 788, §4.

nécessaires à la continuité d'un service public, pendant la durée d'une concession de service public, sous réserve de garanties propres à assurer la continuité de ce service, ce qui montre bien que la propriété publique n'est pas la seule manière d'imposer de fortes garanties de droit public à des biens qui appartiendraient à des personnes privées.

En ce sens, la notion de fonds administratif trouve son sens, dès lors qu'il peut exister des biens privés affectés à des actions publiques.

2. — L'extension du fonds public des biens aux choses de l'ordre de la souveraineté

451. — La notion de fonds administratif pensée comme une notion scientifique permettant de décrire une situation juridique dans toutes ces dimensions, et non pas une notion opérationnelle qui reviendrait à patrimonialiser certains éléments en leur appliquant des conséquences juridiques, nous permet d'inclure, dans l'ensemble des moyens affectés à une activité administrative, les choses de l'ordre de la souveraineté dont disposent les personnes publiques et qui sont mises au service de ces activités.

La notion de chose est extrêmement large, puisqu'elle se définit comme tout ce qui est utile. Il n'est donc pas possible de faire une présentation exhaustive de tout ce que peut contenir un fonds administratif, même en réduisant aux choses de l'ordre de la souveraineté. Deux exemples seront mentionnés : celui du pouvoir fiscal (a.) et celui de la police administrative (b.). Il faut toutefois préciser que ce n'est pas le pouvoir fiscal en lui-même et le pouvoir de police, qui fait partie du fonds administratif. En effet, les pouvoirs sont des relations entre deux personnes dont l'objet est une chose ; ils ne sont pas des choses, eux-mêmes. En l'espèce, la chose est un élément de la sphère d'autonomie individuelle, dont les autorités disposent, c'est-à-dire, qu'elles peuvent mettre dans une situation juridique nouvelle, à l'aide du pouvoir fiscal ou du pouvoir de police.

a. — Le pouvoir fiscal, pouvoir de disposition sur les choses de l'ordre de la souveraineté

452. — Le pouvoir fiscal est une chose de l'ordre de la souveraineté, formée par la possibilité, pour une personne publique, de générer une obligation publique de donner dans le patrimoine d'une personne privée. Il s'agit là d'une atteinte à la liberté de cette personne privée, dès lors qu'elle ne peut plus disposer librement d'une partie de son patrimoine

financier, qu'elle doit transférer à la personne publique. Le rattachement du pouvoir fiscal au droit de propriété existe, notamment, au regard de la notion d'imposition confiscatoire. En effet, si l'impôt doit être nécessaire, cela signifie nécessairement qu'au-delà, il s'agit d'une appropriation anticonstitutionnelle du patrimoine du contribuable. Une telle imposition, écrit Paul-Marie Gaudemet, « serait contraire à l'article 17 de la Déclaration des droits, sauf si elle était assortie d'une "juste et préalable indemnité" ». Mais en ce cas, elle ne permettrait pas de couvrir les charges publiques. Elle perdrait son caractère d'imposition. Ce serait une expropriation »¹³⁸¹.

Le pouvoir fiscal est donc une concession sur la liberté et constitue, à cet égard, un droit de l'ordre de la souveraineté, lorsqu'il est confié à une personne publique. À ce titre, il n'est pas interdit de l'inclure dans le fonds administratif.

Prenons une illustration.

Depuis la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, les services publics de transport de personnes sont mis en œuvre, à leur échelle, par les autorités organisatrices de la mobilité. Schématiquement, les établissements publics de coopération intercommunale sont compétents pour les services opérés sur leur ressort territorial¹³⁸² et les régions sont compétentes pour les services qui dépassent le ressort territorial d'un de ces établissements compétents en matière de mobilité¹³⁸³. Cette politique publique est destinée à mettre en œuvre un droit à la mobilité. En effet, l'article L. 1111-1 du code des transports dispose que « l'organisation des mobilités sur l'ensemble du territoire doit satisfaire les besoins des usagers et rendre effectifs le droit qu'a toute personne, y compris celle dont la mobilité est réduite ou souffrant d'un handicap, de se déplacer et la liberté d'en choisir les

¹³⁸¹ P.-M. GAUDEMET, « Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires », *RIDC* 1990, p. 807 : « Les impositions confiscatoires portent atteinte au droit de propriété. Elles constituent des expropriations déguisées. Par elles le pouvoir d'imposition du fisc, détourné de son objectif primitif, méconnaît le droit de propriété des particuliers ». V., contra, D. LARBRE, « Le caractère confiscatoire de l'impôt », *Dr. fisc.*, 20/12, étude n° 291. Le juge est généralement rétif à mobiliser le droit de propriété face au pouvoir fiscal de l'État, qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel (F. PEZET, « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises », *Dr. fisc.* 20/13, étude n° 300) ou de la Cour européenne des droits de l'Homme (É. VAN BRUSTEM, « L'ISF et la notion d'"impôt confiscatoire" sous l'angle de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Conv. EDH », *Dr. fisc.* 15/08, comm. 264).

¹³⁸² Article L. 1231-1 du code des transports.

¹³⁸³ Article L. 1231-3 du code des transports.

moyens, y compris ceux faisant appel à la mobilité active, ainsi que la faculté qui lui est reconnue d'exécuter elle-même le transport de ses biens ou de le confier à l'organisme ou à l'entreprise de son choix ».

Il y a là, tous les éléments proposés. D'abord, il y a le droit public subjectif de se déplacer, confié aux usagers par le législateur, qui dispose, ce faisant, de la liberté, plus générale, et dont il est le seul fiduciaire. Ensuite, il y a l'obligation, confiée aux autorités organisatrices de la mobilité de « satisfaire les besoins des usagers et rendre effectifs le droit qu'a toute personne, (...) de se déplacer ». Enfin, il y a les moyens dont disposent ces autorités et qui constituent le fonds administratif. Il s'agit de moyens matériels – puisqu'il faut des routes, des rails, du matériel roulant, des arrêts de bus ou de train –, humains – puisqu'il faut des personnes chargées de l'administration, de l'opération et de l'entretien de ces services – et financiers – puisque ces services sont financés, soit par le contribuable, soit par l'utilisateur, le plus souvent par les deux. Ce fonds administratif, correspondant à une activité administrative relativement unitaire¹³⁸⁴, constitue ainsi un réseau, souvent intriqué, de droits et d'obligations, dont l'actif est constitué de titres de propriété, de baux, de force de travail, dont la complexité peut être accentuée, selon que tout ou partie de l'activité considérée est réalisée directement par l'autorité, en régie simple, ou indirectement, lorsqu'elle est déléguée à une autre personne, privée ou publique.

Toutefois, s'agissant du financement, il est pour partie le produit de redevances pour service rendu – la vente de titres de transport – et d'un impôt affecté, le versement destiné aux services de mobilités, prévu aux articles L. 2223-64 et suivants du code général des collectivités territoriales, qui dispose que « le versement destiné au financement des services de mobilité est institué par délibération du conseil municipal ou de l'organe compétent de l'établissement public qui organise au moins un des services mentionnés au 1^o du I de l'article L. 1231-1-1 du code des transports »¹³⁸⁵ et qu'il est « fixé ou modifié par délibération du conseil municipal ou de l'organisme compétent de l'établissement public qui est l'autorité

¹³⁸⁴ Les différents aspects matériels de l'organisation des mobilités, qui constituent la substance de la compétence des autorités organisatrices figurent à l'article L. 1231-1-1 du code des transports.

¹³⁸⁵ Article L. 2333-66 du code général des collectivités territoriales.

organisatrice de la mobilité au sens de l'article L. 1231-1 du code des transports »¹³⁸⁶. Ce versement ne peut servir que cette politique publique, puisqu'il est « affecté au financement des dépenses d'investissement et de fonctionnement des transports publics urbains et non urbains exécutés dans le ressort territorial de l'autorité organisatrice de la mobilité et organisés par cette autorité et des autres services de transports publics qui, sans être effectués entièrement dans le ressort territorial de l'autorité organisatrice de la mobilité, concourent à la desserte du territoire dans le cadre d'un contrat passé avec l'autorité responsable de l'organisation de la mobilité »¹³⁸⁷.

b. — La police administrative, pouvoir de disposition sur les choses de l'ordre de la souveraineté

453. — Certains éléments de la police administrative ou, de manière plus générale des instruments juridiques relevant de la souveraineté, comme peut l'être le droit de lever l'impôt, étaient bons candidats à la patrimonialisation. Cela est particulièrement vrai pour les régimes de police administrative dont l'objet est de réglementer des activités à fort enjeux économiques et financiers. C'est le cas, par exemple, de la réglementation du domaine public, qui d'ailleurs, n'est pas classé comme un pouvoir de police, mais comme un pouvoir de gestion fondé sur l'affectation¹³⁸⁸. C'est le cas, aussi, de nombre de régimes de police administrative réglementant des activités professionnelles, qui font l'objet de nombreuses réflexions sur la question de leur valeur économique et de leur patrimonialisation, à propos, notamment, des licences de taxis et des offices ministériels.

Toutefois, les autorisations administratives, particulièrement celles qui font l'objet d'une patrimonialisation, ne sont que l'arbre qui cache la forêt des droits publics subjectifs et tout régime de police administrative doit pouvoir s'analyser comme l'exercice d'un pouvoir de disposition sur les choses de l'ordre de la souveraineté.

Pour cela, il convient de dépasser une notion d'utilité trop connotée et orientée sur des conceptions financières et comptables. En effet, jusqu'ici, le phénomène de patrimonialisation des autorisations administratives avait principalement vocation à

¹³⁸⁶ Article L. 2223-67 du code général des collectivités territoriales.

¹³⁸⁷ Article L. 2333-68 du code général des collectivités territoriales.

¹³⁸⁸ V., notamment, H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques. op. cit.*, pp. 96-97

permettre, d'une part, l'inscription au patrimoine des personnes privées, de la valeur économique que représente le droit public subjectif dont il est le bénéficiaire et, d'autre part, la cession de cette valeur, à titre onéreux, donc, dans le cadre de la cession d'activité qui l'accompagne. Cette logique est donc une logique commerciale relevant du secteur privé, contaminant la logique administrative relevant du secteur public.

Mais l'utilité peut être entendue beaucoup plus largement et de façon subjective, comme tout ce qu'il plaît à une personne d'acquérir, s'il s'agit d'une chose, ou d'accomplir, s'il s'agit d'une activité. Ces choses et ces activités peuvent bien avoir une valeur économique négative, et c'est généralement le privilège du secteur public d'exercer les activités utiles, car ayant une valeur sociale positive, mais ayant une valeur économique négative – du moins pour la personne qui l'exerce. De manière générale, les services publics financés par l'impôt, c'est-à-dire ceux pour lesquels le prix payé ne suffirait pas à financer l'activité, constituent des activités utiles, mais du point de vue d'un intérêt général qui transcende les intérêts individuels.

Il convient donc de dépasser, dans le cadre de l'inclusion dans un fonds administratif des choses qui font l'objet d'un pouvoir de police administrative, la stricte conception comptable et financière, de ces choses. Il ne s'agit pas, dans le cadre de ce travail, de révéler les richesses que l'administration pourrait valoriser, mais de voir, largement, ce qui peut être utile à son action, quelle que soit la valeur économique, mais en considérant que l'utilité peut être sociale, non lucrative, comme le magistrat qui tire autant bénéfice du traitement que du prestige que lui confère sa fonction.

Conclusion du Chapitre n° 2

454. — Si l'on exclue une visée strictement opérationnelle des notions descriptives du droit administratif des biens, pour nous contenter de donner une vue d'ensemble des moyens, matériels et juridiques dont disposent les personnes publiques pour accomplir les missions qui leur incombent, il était possible d'y adjoindre des éléments dont l'admission au sein de cette discipline apparaît, à première vue, comme subversive. Ces ajouts permettent de faire le lien entre les choses de l'ordre de la souveraineté et celles de l'ordre de la propriété, afin

d'organiser en système tout le droit public, afin que les différentes matières qu'il recèle puissent enfin se voir, les unes les autres.

Conclusion du Titre n° 2

455. — Aller plus loin que la seule création de notions pures et se prêter véritablement au jeu d'imaginer comment elles pourraient décrire le droit positif a permis de montrer l'intérêt d'un fonds commun du droit des biens en droit administratif.

Pour ce qui est des aspects techniques, l'exercice est apparu surprenamment aisé : les institutions du droit public apparaissent étonnement compatibles avec les cadres posés, et qui sont largement inspirés du droit civil des biens, dès lors qu'a été pris le soin de les réduire à leur mécanique la plus fondamentale. Ce constat rejoint celui réalisé précédemment dans cette recherche¹³⁸⁹, aux termes duquel l'*imperium* et le *dominium* sortent, au moins dans leurs aspects techniques, du même moule, ce qui a permis, à certaines époques ou en certains lieux, de les confondre. Il apparaît de plus en plus clair, que la distinction radicale qui est opérée entre les deux, aussi bien par la doctrine que par le jurislatureur, relève d'arguments idéologiques, qu'ils soient ou non légitimes, plus que d'arguments techniques, qui ne résistent que par l'adjonction de règles qui peuvent être ôtées, parce qu'elles ne ressortent pas de la mécanique fondamentale des notions employées. L'utilisation du fonds commun du droit des biens se trouve ainsi justifiée, au moins dans ses aspects pragmatiques.

Pour les aspects idéologiques, et la possibilité de les mettre de côté pour bénéficier de l'avantage de cohérence que produit l'unité des deux ordres, celui de la souveraineté et celui de la propriété, il s'agit, en dernière analyse, d'une question d'acceptabilité qui, jusqu'ici, n'a guère fait recette, comme en témoigne, la réfutation constante des tentatives occasionnelles de teinter de subjectivisme les institutions du droit public. Toutefois, les tentatives précédentes paraissent avoir toutes eues une visée opérationnelle, ce qui n'est pas le cas ici. Il s'agit simplement de créer l'espace mental nécessaire à la création d'outils scientifiques décrivant de manière globale et cohérente, une discipline. Dénué de visée pratiques, elle devient inoffensive pour le droit en vigueur et n'aboutit pas à une patrimonialisation de la

¹³⁸⁹ Partie n° 1, Titre n° 1.

puissance publique, mais permet seulement de jeter un regard nouveau sur l'action et la rétroaction des différentes branches du droit public, indifférent quant au statut de ces dernières, par rapport au droit des biens classiques.

Conclusion de la Partie n° 2

456. — La présentation d'un droit administratif des biens réorganisé, à la suite de celle d'un fonds commun du droit des biens épuré permet de montrer sa réalité et son intérêt. En effet, l'analyse du droit public au prisme des formes fondamentales du droit des biens, fût-elle possible, n'aurait guère de sens si elle n'avait pas un intérêt. Or, la présentation qui en est faite permet de faire un lien entre deux séries de moyens des personnes publiques : la puissance publique et les patrimoines administratifs. À cet égard, la séparation rigoureuse posée entre l'*imperium* et le *dominium* ne permettait pas d'évoquer avec un même langage, ce qui relève de l'un et de l'autre. Or, une analyse subjectiviste du droit public pris sans son ensemble, et particulièrement, l'extension de la notion d'obligation à ce qui relève de la puissance publique et que Maurice Hauriou désignait sous le vocable de choses de l'ordre de la souveraineté, permet d'inclure un chaînon manquant qui lie les moyens matériels, financiers et humains des personnes publiques, aux obligations qu'elles génèrent en octroyant des droits aux administrés. Tout en constituant un pont entre l'ordre de la souveraineté et l'ordre de la propriété, cette notion d'obligation permet d'affirmer leur différence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

457. — La mise au jour du fonds commun du droit des biens ouvre des perspectives nouvelles, pour l'évolution du droit administratif des biens et sa relation avec le droit civil des biens.

Elle permet de donner un sens nouveau à la proximité technique entre les notions ayant cours de part et d'autre de la *summa divisio* du droit public et du droit privé. Cette proximité est déjà acceptée : en effet, le droit positif actuel, ainsi que la doctrine, reconnaissent que la propriété publique est de même nature que la propriété privée, que les droits réels administratifs sont une variété de droit sur la chose d'autrui et qu'il n'est pas de différence entre les biens, qu'ils soient publics ou privés. Ce constat, source de conséquences juridiques concrètes, est le produit de la création et du développement des notions d'un droit administratif des biens à partir de celles du droit civil des biens. À cet égard, la description des rapports entre ces deux disciplines par l'idée d'une importation, puis d'une adaptation, formelle ou matérielle, est explicative de la dynamique qui s'est jouée, tant dans le discours de la doctrine que dans la réalité des faits.

Ce que la notion de fonds commun apporte à l'analyse de ces rapports permet de voir autrement les choses. En décrivant les notions du droit des biens, non pas comme des notions de droit civil importées en droit administratif, mais plutôt comme des notions fondamentales qui existent en dehors de ces deux disciplines, il devient possible de défaire le rapport de dépendance entre ces deux matières. Ce démêlement semble profitable, dès lors qu'il permet au droit administratif des biens de se saisir directement, sans interférence ni intermédiation, des notions qui le structurent désormais autant qu'elles structurent le droit civil des biens. En effet, le droit civil charrie un nombre important de préjugés qui ont une influence considérable sur le droit administratif, à la fois sur le plan des valeurs et de la technique, ce dans le sens d'un rapprochement comme dans celui d'un rejet.

458. — En effet, dans un sens, le prestige du droit civil, admis comme étant le droit commun, et dont le droit administratif ne serait qu'un droit exorbitant, exerce un fort pouvoir d'attraction sur ce dernier.

La notion du fonds commun du droit des biens permet, d'ailleurs, de mieux comprendre ce phénomène. Le rattachement du droit civil à son histoire et, conséquemment, la prétention qu'il a de puiser sa substance dans le droit romain, sans identifier de profonde discontinuité historique, constitue un facteur important de légitimité. Cet appel au passé ancestral donne aux notions du droit civil des biens un aspect immémorial. Elles deviennent un donné juridique, qu'il convient d'accepter par fidélité à la tradition. Or, les auteurs néopersonnalistes ont montré que des notions qui apparaissent fondamentales, comme la propriété, le droit réel ou le bien, sont le résultat d'une lente construction, consciente ou inconsciente, par couches sédimentées que sont, notamment, l'altération médiévale du droit romain, la tentative de destruction du régime féodal à la Révolution française, ainsi que la lente reconstruction de l'acquis d'Ancien régime par l'École de l'Exégèse. Ils ont révélé que le rattachement à l'histoire du droit des biens n'était pas nécessairement le rattachement aux formes fondamentales du droit des biens.

Que l'on souscrive ou non à l'analyse de cette partie de la doctrine civiliste, la simple existence d'une telle critique, en droit civil, et son absence, en droit administratif, montrent que seule l'une de ces deux matières s'autorise à faire évoluer techniquement des notions fondamentales pourtant partagées. En demeurant dans un rapport de dépendance à son égard, le droit administratif lie son destin à celui du droit civil, en prenant pour acquis des notions potentiellement inaptes à répondre à ses propres problématiques, parce qu'il abandonne le monopole de la définition des éléments du droit des biens. Le rattachement du droit administratif au fonds commun du droit des biens ouvre donc la voie à une modernisation de cette discipline à tous points de vue : tant pour ce qui concerne les aspects proprement administrativistes, que pour ceux qui, jusqu'alors, ont été jugés comme relevant d'un autre *corpus* juridique. En conséquence, le droit administratif pourrait évaluer et amender, sur le plan technique, les notions juridiques dont il découvrirait qu'elles sont les siennes autant que celles du droit civil.

459. — Dans l'autre sens, les valeurs prêtées au droit civil des biens agissent parfois comme un repoussoir, ce à deux titres.

D'une part, ces valeurs, attachées au libéralisme politique classique et économique moderne, suscitent la méfiance, à l'égard d'un droit administratif tourné vers l'intérêt général, ce qui a pu et peut encore susciter le rejet de techniques, pourtant fondamentalement neutres, de peur d'engendrer une banalisation de l'action publique et une privatisation de ses moyens. Le régime de la domanialité publique constitue un indice de ce rejet. Ses caractères essentiels existaient déjà dans la théorie du droit de garde et de surintendance, laquelle était au fondement des doctrines antipropriétaires les plus virulentes du XIX^{ème} siècle. Son assimilation à un droit de propriété, dans le cadre de la théorie de la propriété administrative, a été l'objet de nombreuses dénonciations, de la part de ceux qui y voyaient la fusion malheureuse d'éléments de puissance publique et de puissance privée. Encore aujourd'hui, l'existence de la théorie de la domanialité publique, comme régime juridique superposé à celle de la propriété publique, montre la nécessité, sinon de rejeter l'importation des notions du droit civil des biens en droit administratif, au moins de l'encadrer. Elle constitue donc un signe de défiance. En effet, la règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public, comme celle de l'incession à vil prix, constituent des dérogations à des facultés. Et rien n'interdit au propriétaire public, sans ces règles, de ne pas céder ses biens, ou de ne pas les céder à vil prix.

D'autre part, et plus profondément, le rapprochement entre ces deux disciplines est accusé de ressusciter un passé où la puissance publique et la puissance privée sont confondues. C'est autant l'influence des valeurs du droit public sur le droit privé, que de celles du droit privé sur le droit public qui suscite des craintes. Ainsi, au-delà du fait que l'importation des notions du droit civil des biens dans le cadre de la théorie de la propriété administrative a pu être dénoncée, la tentative d'utilisation de ces notions dans d'autres champs du droit administratif, notamment en droit de la fonction publique, avec l'analyse des fonctions publiques en termes de droits réels, proposée par Maurice Hauriou, a conduit, notamment Léon Duguit, à agiter le spectre d'un retour du droit féodal. C'est la même crainte qui, aujourd'hui, se porte sur le phénomène de patrimonialisation des autorisations administratives. Ainsi, et au-delà de la seule méfiance, à l'égard de l'importation des notions du droit civil en droit administratif, il s'agit là de la peur que cette importation déborde le seul droit des biens publics, pour contaminer l'ensemble du droit public.

460. — Le fonds commun du droit des biens, en dévoilant la proximité technique des notions, non seulement des droits administratif et civil des biens, mais également de régimes juridiques de puissance publique, sans lien apparent avec l'appropriation des choses, comme peut l'être la police administrative, paraît destiné à suivre le même destin. Il postule, en effet, que les notions fondamentales qui structurent tous les régimes juridiques, autant ceux que l'on peut rattacher à l'*imperium* que ceux que l'on peut rattacher au *dominium*, ne sont pas de nature différente. C'est pourquoi une méthode descriptive des rapports entre droit administratif des biens et droit civil des biens doit être suffisamment générale pour permettre une analyse partagée des notions de ces deux disciplines en théorie, sans pour autant conduire à une confusion de ces notions en pratique. Pour avoir une chance de donner le moindre fruit, le fonds commun du droit des biens doit donc, dans son utilisation, s'insérer entre, d'une part, le rejet pur de toute assimilation technique entre la puissance publique et la puissance privée et de toutes les difficultés qu'il a pu engendrer et, d'autre part, la critique du rapprochement, en droit positif, de ces deux séries de prérogatives. C'est précisément ce qui est proposé.

En effet, d'une part et sur le plan technique, les formes fondamentales qui constituent ce fonds commun du droit des biens sont positionnées en dehors du droit positif. Elles se situent sur un autre niveau de langage, dans un espace intellectuel où il a vocation à penser l'organisation du droit de manière apaisée, à l'aide de notions épurées jusque dans leurs aspects sémantiques, puisqu'il s'est agi, notamment, de chasser le langage patrimonial qui pouvait susciter son rattachement au droit civil. Cette grille d'analyse n'a donc, en elle-même, aucune visée prescriptive qui pourrait laisser penser que les régimes juridiques en vigueur doivent évoluer dans le sens, soit d'un rapprochement, soit d'un éloignement. Le seul constat qu'il permet, est celui de dire que dans leur mécanique, *imperium* et *dominium* sortent d'un même moule. D'autre part, et sur le plan des valeurs, le fonds commun du droit des biens n'invalide aucun des préjugés idéologiques qui conduisent la doctrine ou le législateur à décider qu'un régime juridique manifestant des notions fondamentales de ce fonds doit prendre telle ou telle forme. Il ne dit rien sur la vocation du droit administratif à être un instrument de l'intérêt général ou, plus largement, à la puissance publique d'être encadrée, pour des raisons qui ne relèvent pas de sa nature juridique.

Au fond, la seule vocation du fonds commun du droit des biens est de séparer les aspects techniques des aspects idéologiques de ces deux matières, dans le respect tant des uns que des autres. Toutefois, l'on peut se demander si cela est souhaitable. En effet, la liaison des fins aux moyens est un facteur important de l'acceptabilité du droit, dont la fonction est de déterminer les comportements humains. À cet égard, la mise en vigueur d'un dispositif juridique tire partie de la force du discours de légitimation qui l'accompagne. La vigueur avec laquelle la doctrine assimile les deux, en rejetant la proximité technique de l'*imperium* et du *dominium* pour convaincre qu'il s'agit là de deux corpus radicalement distingués, est un indice de ce constat. En levant le voile sur une réalité différente, il pourrait être argué que le fonds commun du droit des biens conduit à un affaiblissement de l'efficacité des discours légitimant la puissance publique.

Mais il peut être défendu, en sens contraire, que l'utilisation du fonds commun du droit des biens n'invalide pas ces discours de légitimation, il les remet en perspective. S'il devait être reconnu que les éléments idéologiques participent à la normativité du droit, cette nouvelle grille de lecture pourrait postuler, à l'image de la doctrine de la double vérité averroïste qui fait cohabiter la vérité religieuse et la vérité philosophique, que la réalité de l'idéologie sous-tendant le droit administratif peut cohabiter avec la démonstration de son caractère instrumental. La première s'adresse à ceux à qui s'applique le droit, qui l'admettront par un acte de foi. La seconde s'adresse aux artisans des régimes juridiques et à ses commentateurs.

Asnières-sur-Seine, le 4 novembre 2022

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

AUBRY (Charles), RAU (Charles-Frédéric), *Cours de droit civil français*, t. 2, *Les biens*, 7^e édition, Paris, Litec, 1961, par ESMEIN (Paul).

BON (Pierre), AUBY (Jean-Bernard), TERNEYRE (Philippe), *Droit administrative des biens*, 8^e édition, Paris : Dalloz, coll. « Précis », 2020.

BATBIE (Anselme), *Introduction générale au droit public et administratif*, t. 1, Paris, Librairie du Conseil d'État, 1861.

BERGEL (Jean-Louis), CIMAMONTI (Sylvie), ROUX (Jean-Marc), TRANCHANT (Laëtitia), *Traité de droit civil. Les biens*, dir. GHESTIN (Jacques), 3^e édition, Paris : LGDJ, 2019.

BERTHÉLÉMY (Henry), *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e édition, Paris, A. Rousseau, 1933.

BIENVENU (Jean-Jacques), LAMBERT (Thierry), VAPAILLE (Laurence), *Droit fiscal*, 5^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2021.

BLANDIN (Anne-Lise), DEYSINE (Marie-Amélie) et al., *Mémento pratique comptable*, 35^e édition, Paris, Francis Lefebvre, coll. « Mémento pratique », 2016.

BONNARD (Roger), *Précis de droit administratif*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1943.

BOUSSARD (Sabine), LE BERRE (Christophe), *Droit administratif des biens*, 2^e édition, Paris : LGDJ, coll. « Manuel », 2019.

BURDEAU (Georges), *Les libertés publiques*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1972.

CARBASSE (Jean-Marie), *Manuel d'introduction historique au droit*, 9^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2021.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 2, *Les biens ; Les obligations*, Paris, PUF, coll. « Quadrige – Manuels », 2004.

CHAMARD-HEIM (Caroline), MELLEREY (Fabrice), NOGUELLOU (Rozen), YOLKA (Philippe), *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 4^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Grands Arrêts », 2022.

CHAMARD-HEIM (Caroline), *Droit des biens publics*, Paris, PUF, coll. « Thémis – Droit », 2022.

CHAPUS (René), *Droit administratif général*, 15^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2001.

COLLET (Martin), *Droit fiscal*, 10^e édition, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2022

CORNU (Gérard), *Droit civil. Les biens*, 13^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007.

CUQ (Édouard), *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1928.

DENIS (Henri), *Histoire de la pensée économique*, 2^e édition, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2008.

DEMOLOMBE (Charles),

— *Cours de code Napoléon*, Paris, A. Durand, 1852 ;

— *Cours de code Napoléon : Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 1, Paris, 1878.

DUCROCQ (Théophile),

— *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris, Thorin, 1881 ;

— *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, 7^e édition, Paris, A. Fontemoing, 1900.

DUFAU (Jean), *Le domaine public*, 5^e édition, Paris, Le Moniteur, coll. « L'actualité juridique », 2001.

DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Paris, E. de Boccard, 1925.

DUPUIT (Jules) *Œuvres économiques complètes*, prés. BRETON (Yves), KLOTZ (Gérard), Paris, Économica, 2009.

FAVOREU (Louis), GAÏA (Patrick), GHEVONTIAN (Richard), *Droit constitutionnel*, 23^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 2021.

FAVOREU (LOUIS), GAÏA (PATRICK), GHEVONTIAN (Richard) et al., *Droit des libertés fondamentales*, 8^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2021.

FOULQUIER (Norbert), *Droit administratif des biens*, 5^e édition, Paris : LexisNexis, coll. « Manuel », 2019.

GASTAMBIDE (Adrien), *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, Cosse, 1862.

GAUDEMET (Jean), CHEVREAU (Emmanuelle), *Droit privé romain*, 3^e édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2009.

GAUDEMET (Yves), *Traité de droit administratif*, 15^e édition, Paris, LGDJ, 2014.

GAUTIER (Pierre-Yves), *Propriété littéraire et artistique*, 11^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2019.

GÉRANDO (Joseph-Marie), *Institutes de droit administratif français, ou éléments du code administratif*, Paris, Nève, 1829.

GIDE (Charles), RIST (Charles), *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 2000.

GIRARD (Paul Frédéric),

— *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e édition, Paris, A. Rousseau, 1906 ;

— *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, Paris, A. Rousseau, 1929, rééd. LEVY (Jean-Philippe), Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003.

GODFRIN (Philippe), DEGOFFE (Michel), *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, 13^e édition, Paris, Sirey, 2020.

GUIZOT (François), *Histoire de la civilisation en France depuis la chute de l'Empire romain*, t. 4, 2^e édition, Paris, Didier, 1840.

HAURIOU (Maurice),

— *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose, 1892 ;

— *Précis de droit administratif*, 9^e édition, Paris, Larose, 1919 ;

— *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e édition, Paris, Sirey, 1921 ;

— *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11^e édition, Paris, Sirey 1927 ;

— *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e édition, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz 2002 » ;

— *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Paris, Sirey, 1930 ;

— *Précis de droit administratif*, 13^e édition, Paris, Sirey, 1933.

HENETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), D. ROMAN (Diane), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 5^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 2022.

LABOULAYE (Édouard), *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, A. Durand, 1839.

LARROUMET (Christian), MALLET-BRICOUT (Blandine), *Les biens, droits réels principaux*, 6^e édition, Paris, Économica, coll. « Corpus droit privé », 2019.

LAUBADÈRE (André de),

— *Traité de droit administratif*, 3^e édition, Paris, LGDJ, 1963 ;

— *Traité de droit administratif*, 5^e édition, Paris, LGDJ, 1980 ;

— *Traité de droit administratif*, 6^e édition, Paris, LGDJ, 1975.

LAURENT (François), *Principes de droit civil français*, Paris, A. Durand & Pédone Lauriel, 1872.

LE BAUT-FERRARESE (Bernadette), MICHALLET (Isabelle), *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Paris, Le Moniteur, coll. « Référence juridique », 2012.

LEVENEUR (Laurent), MAZEAUD-LEVENEUR (Sabine), *Droit des biens. Le droit de propriété et ses démembrements*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2021.

LUCHAIRE (Achille), *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers capétiens (987-1180)*, Paris, A. Picard, 1883.

MACAREL (Louis-Antoine),

— *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 ;

— *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, Roret, 1828.

MACKAAY (Ejan), ROUSSEAU (Stéphane), LAROCHE (Pierre), PARENT (Alain), *Analyse économique du droit*, 3^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2021

MALAURIE (Philippe), AYNÈS (Laurent), JULIENNE (Maxime), *Droit des biens*, 9^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 2021.

MATHIEU (Martial), *Histoire des institutions. L'ancienne France (Ve siècle – 1789)*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2013.

MAYER (Otto), *Le droit administratif allemand*, préf. BERTHÉLÉMY (Henri), Paris, V. Girard et E. Brière, coll. « Bibliothèque internationale de droit public », 1905.

MAYNZ (Charles), *Cours de droit romain*, t. 1, 3^e éd., Paris, Durand et Pédone, 1870.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e édition, par CHABAS (François), Paris, Montchrestien, 2000.

PASSA (Jérôme), *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, *Marques et autres signes distinctifs. Dessins et modèles*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 2009.

PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, 5^e édition, Paris, LGDJ, 1908.

PLESSIX (Benoît), *Droit administratif général*, 3^e édition, Paris : LexisNexis, coll. « Manuel », 2020.

PRIEUR (Michel), *Droit de l'environnement*, 8^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis droit public », 2019.

PROUDHON (Jean-Baptiste-Victor),

— *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, V. Lagier, 1833 ;

— *Traité du domaine de propriété*, n° 1, Œuvres, Paris, Bugnet, 3^e édition.

POUILLET (Eugène), *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Paris, Marchal, 1908.

RÉCY (René de), *Traité du domaine public*, 2^e édition, Paris, P. Dupont, 1894.

RICCI (Jean-Claude), LOMBARD (Frédéric), *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Paris, Sirey, coll. « Université », 2018.

ROGUIN (Ernest),

— *Étude de science juridique pure : La Règle de droit*, Lausanne, F. Rouge, 1889 ;

— *La science juridique pure*, Paris, LGDJ ; Lausanne, F. Rouge, 1923.

ROMI (Raphaël) AUDRAIN-DEMEY (Gaëlle), LORMETEAU (Blanche), *Droit de l'environnement et du développement durable*, 11^{ème} édition, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2021.

SAINT-BONNET (François), SASSIER (Yves), *Histoire des institutions avant 1789*, 7^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Domat Droit public », 2022.

SAVIGNY (Friedrich Carl von), *Traité de droit romain*, t. 1, trad. GUENOUX (Charles), Paris, Firmin Didot Frères, 1855.

TERRÉ (François), SIMLER (Philippe), *Droit civil. Les biens*, 10^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2018.

VAN LANG (Agathe), *Droit de l'environnement*, 5^{ème} édition, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2021.

VERMOND (Édmond), *De jure rerum corporalium privatarum. Principes fondamentaux*, Paris, E. de Boccard, t. 1, 1928.

VILLIERS (Michel de), LE DIVELLEC (Armel), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 12^e édition, Paris, Sirey, 2020.

WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, 9^e édition, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 2021.

YOLKA (Philippe),

— *Droit des biens publics*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2018 ;

— *Droit des contrats administratifs*, 2^e édition, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2020.

ZENATI-CASTAING (Frédéric), REVET (Thierry),

— *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, coll. « Droits fondamentaux », 2006 ;

— *Les biens*, 3^e édition, Paris, PUF, coll. « Droit Fondamental », 2008.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS, THÈSES ET RAPPORTS

AFDA,

— *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, 2011 ;

— *La propriété publique*, Paris, Dalloz, 2020.

AGNEL (Émile), *Curiosités judiciaires et historiques du moyen-âge. Procès contre les animaux*, Paris, J.-B. Dumoulin, 1858.

ANDORNO (Roberto), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. CHABAS (François), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1996, t. 263.

ANTOINE (Suzanne), *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, 10 mai 2005, p. 23.

ARMAND (Louis), RUEFF (Jacques), *Rapport sur les obstacles à l'expansion économique*, novembre 1959.

ARNAUD (André-Jean), *Les origines doctrinales du code civil français*, préf. VILLEY (Michel), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1969.

ATTALI (Jacques) (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris, La Doc. fr., 2008.

BARTHÉLÉMY (Jean), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1899.

BERLIOZ (Pierre), *La notion de bien*, préf. AYNÈS (Laurent), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2007.

BERNARD (Louis), *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, Paris, Sirey, 1910.

BERTRAND-MIRKOVIC (Aude), *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, préf. TERRÉ (François), Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

BETTIO (Nathalie), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. LAVIALLE (Christian), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2011, t. 265.

BLAIZOT-HAZARD (Catherine), *Les droits de la propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, préf. DELVOLVÉ (Pierre), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1991.

BLANCHET (Pierre-Adrien), *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 2018.

BLANLUET (Gauthier), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. CATALA (Pierre), COZIAN (Maurice), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 313, 1999.

BRAUD (Philippe), *La notion de liberté publique en droit français*, préf. DUPUIS (Georges), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1968, t. 76.

BONNECASE (Julien), *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, Boccard, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et des institutions », 1924.

BONNET (Joseph), *Des mots familia et pecunia dans la Loi des douze tables*, Paris, Larose, 1900.

BOUL (Maxime), *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, dir. SORBARA (Jean-Gabriel), Thèse de l'Université Toulouse-Capitole, 2017.

BOURDEAU (Bruno), *Recherche sur la notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, Thèse de l'Université de Poitiers, 1980.

CAUDAL (Sylvie), *La fiscalité de l'environnement*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2014.

CHAMARD (Caroline), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. UNTERMEIER (Jean), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2004.

CHAMPIONNIÈRE (Lucas), *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales*, Paris, C. Hingray, 1846.

CHARDEAUX (Marie-Alice), *Les choses communes*, préf. LOISEAU (Grégoire), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2006.

CHENON (Émile), *Étude sur l'histoire des alleux en France avec une carte des pays allodiaux*, Paris, L. Larose, 1888, p. 238.

CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, 2^e édition, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1991.

COSSALTER (Angel), *Le péage*, Thèse de doctorat de l'Université Panthéon-Assas, 1975.

DABIN (Jean), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (Odile de), *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, Thèse de l'université Aix-Marseille III, 1994.

DEFFAIRI (Meryem), *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, préf. DEGUERGUE (Maryse), Paris, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », t. 61, 2015.

DEJOIE (Luc), rapport n° 366 (1998-1999), au nom de la commission des Lois du Sénat, sur le projet de loi portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques.

DEMOGUE (René), *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des Obligations*, Paris, A. Rousseau, 1911.

DENOYER (Jean-François), *L'exploitation du domaine public*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1969.

DERRUPPÉ (Jean), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1951.

DESJARDINS (Arthur), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, préf. BATBIE (Anselme), Paris, Durand, 1862.

DUGUIT (Léon), *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, A. Fontemoing, 1903, rééd. préf. MODERNE (Franck), Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005.

DUPONT DE NEMOURS (Pierre-Samuel),

— *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, in *Collection des principaux Économistes*, Paris, Guillaumin, 1846 ;

— *Abrégé des principes de l'économie politique*, Paris, Guillaumin, 1846.

FATÔME (Étienne), *Le pouvoir de réglementer le domaine public affecté à l'usage de tous*, Thèse de l'Université de Caen, 1974.

FOULQUIER (Norbert), *Les droits publics subjectifs des administrés : Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, préf. MODERNE (Franck), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003.

FOURMOND (Sylvain), *Occupations privatives du domaine public et droit des patrimoines. Le droit des biens à l'aune de l'obligation réelle*, dir. HÉLIN (Jean Claude), Thèse de l'Université de Nantes, 2000.

GARSONNET (Eugène), *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, Larose, 1879.

GAUDEMAR (Hervé de), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas – Paris II, 2006.

GIJSBERS (Charles), *Sûretés réelles et droit des biens*, Paris, Economica, 2015.

GINOSSAR (Samuel), *Droit réel, propriété et créance : Elaboration d'un système rationnel de droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960.

GIRAUD (Charles), *Recherches sur le droit de propriété chez les romains, sous la République et sous l'Empire*, Aix-en-Provence, Aubin, 1838.

HALPÉRIN (Jean-Louis), *L'impossible Code civil*, préf. CHAUNU (Pierre), Paris, PUF, coll. « Histoires », 1992.

HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. préf. BEAUD (Olivier), Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010.

HENNEQUIN-MARC (Lucile), *La propriété intellectuelle des personnes publiques*, dir. TRUCHET (Didier), Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 2016.

JEVONS (William S.), *Theory of Political Economy*, 5th edition, New York, Kelley.

JÈZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Berger-Levrault, 1904.

JHERING (Rudolf von), *Actio injuriarum*, trad. DE MELENAERE (Octave), Paris, Chevalier-Maresq, 1888.

JUGLART (Michel de), *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Paris, Fredou et Manville, 1937.

KANT (Emmanuel), *Critique de la raison pure*, trad. RENAUT (Alain), Paris, Flamarrion, 2006.

KANTOROWICZ (Ernst), *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen-âge*, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2000.

LAUBADÈRE (André de), *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Paris, Sirey, 1935.

LAURENT (Julien), *La propriété des droits*, préf. REVET (Thierry), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 537, 2012.

LEGENDRE (Pierre), *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1968.

LE JAN (Morgane), *Le service public postal face au droit de l'Union européenne : histoire d'un compromis*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 2016.

LÉVY (Maurice), JOUYET (Jean-Pierre), *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel*, Paris, La doc. fr., 2006.

LEYTE (Guillaume), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e – XV^e siècles)*, Strasbourg, PUS, 1996.

LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992.

MALWÉ (Claire), *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, dir. HOSTIOU (René), Thèse de l'Université de Nantes, 2008.

MARCHAND (Jennifer), *Recherche sur le régime des actions et participations financières de l'État*, préf. RAPP (Lucien), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 279, 2014.

MAROGER (Gilbert), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Paris, Sirey, 1942.

MARTY (Jean-Pierre), *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, Thèse de l'Université de Toulouse, 1977.

MASSON (Pierre), *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, Dijon, M. Pornon, 1933.

MICHAS (Henri), *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris, A. Pédone, 1900.

MICHEL (Henri), *L'idée de l'État*, Paris, Hachette, 1895.

MINÉI (Basile), *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, Paris, A. Rousseau, 1912 .

MODERNE (Franck), *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey, 1995.

MONTEIL (Maurice), *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, Paris, L. Larose, 1902.

MOYSAN (Hervé), *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. TRUCHET (Didier), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2001, t. 219.

NOGUELLOU (Rozen), *La transmission des obligations en droit administratif*, préf. GAUDEMET (Yves), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2004, t. 241.

PELLOUX (Robert), *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, Paris, Dalloz, 1932.

PICARD (Étienne), *La notion de police administrative*, préf. DRAGO (Roland), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1984.

PIRET (Armand), *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, Paris, Sirey, 1937.

PLESSIX (Benoît), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. BIENVENU (Jean-Jacques), Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Droit public », 2003.

PRADA (Michel), *La régulation des marchés du CO₂*, rapport de la mission confiée à Michel PRADA, Inspecteur général des finances honoraire, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, avril 2010.

PRODAN (Constantin), *Essai d'une théorie des droits réels*, Paris, H. Jouve, 1909.

QUÉRU (René), *Synthèse du droit réel et du droit personnel : Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1905 .

RIGAUD (Louis),

— *Le droit réel. Histoire et théories*, Toulouse, Nauze, 1912 ;

— *La théorie des droits réels administratifs*, Paris, Sirey, 1914.

RIALS (Stéphane), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1988.

RIPERT (Georges), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, A. Rousseau, 1902.

ROTOULLIÉ (Jean-Charles), *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement. L'exemple du système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre*, préf. LOMBARD (Martine) et SIMON (Denys), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2017, t. 297.

ROUSSELET (Anne), *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, préf. RIGAUDIÈRE (Albert), Paris, LGDJ, coll. « Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II », 1997.

SAY (Jean-Baptiste), *Traité d'économie politique*, Paris, Économica, 2006.

SCHMIEDERER (Morgan), *Les sûretés réelles administratives*, Thèse de l'Université Toulouse-Capitole, 2021.

SERRES (Michel), *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, coll. « Champs. Essais », 2020.

SFEZ (Lucien), *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, préf. RIVERO (Jean), avant-propos HAURIOU (André), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966.

SMITH (Adam), *La richesse des nations*, trad. GARNIER (Germain), Paris, Flammarion, coll. « Classiques de l'Économie Politique », n° 598, 1991.

SOREL (Albert), *L'Europe et la Révolution française*, t. 1, *Les mœurs politiques et les traditions*, Paris, E. Plon, Nourrit et C^{ie}, 1887.

TAINE (Hyppolite),

— *Les origines de la France contemporaine*, Paris, Hachette, 1878 ;

— *Origines de la France contemporaine, l'Ancien Régime*, 23^e édition, Paris, Hachette, 1900.

TARLET (Fanny), *Les biens publics mobiliers*, Préf. CAUDAL (Sylvie), Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », vol. 170.

TEITGEN-COLLY (Catherine), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Paris, Économica, 1981.

THÉVENOUD (Thomas), *Un taxi pour l'avenir. Des emplois pour la France*, avril 2014.

TOCQUEVILLE (Alexis de), *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy Frères, 1856.

VAN LANG (Agathe), *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1996.

VILLEY (Michel),

— *Le droit romain*, 9^e édition, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993 ;

— *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, Domat, 1945.

WALINE (Jean), *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse de la faculté de droit de Paris, 1962.

XIFARAS (Mikhaïl), *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Fondements de la politique », 2004.

YOLKA (Philippe), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. GAUDEMET (Yves), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191.

ZENATI (Frédéric), *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse de l'Université Jean-Moulin (Lyon III), 1981.

ENTRÉE D'ENCYCLOPÉDIES, DE RÉPERTOIRES ET DE JURIS-CLASSEURS

CHAMARD-HEIM (Caroline), « Transferts domaniaux. Changements d'affectation », *JurisClasseur Propriétés publiques*, Fasc. 52, 31 janvier 2013.

LAPORTE-LECONTE (Stéphanie), « Fasc. 251-30 : Le droit de superficie », *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, 2016.

LE RUDULIER (Nicolas), « Division en volumes. Nature et principes », *JurisClasseur Copropriété*, Fasc. 520, 2016.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

ALLIX (Edgard), « J.-B. Say et les origines de l'industrialisme », *Revue d'économie politique* 1910, p. 303 et p. 341.

ANDT (Édouard), « Sur la théorie de la directe universelle présentée par l'Édit de 1692 », *RHD* 1922.

ARRIGHI DE CASANOVA (Jacques), « Établissements publics et domanialité publique ; réflexions sur la célébration discrète d'un mariage de raison », *AJDA* 1985, p. 347.

ATIAS (Christian), « La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face », *RRJ* 1987-2, p. 477.

AUBY (Jean-Marie), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE* 1958.

BATAILLER (Francine), « Les *beati possidentes* du droit administratif », *RDP* 1965, n° 6, p. 1051.

BEAUD (Olivier), « La notion d'État », *APD* 1990, t. 35, p. 119.

BERNARD (Alain), « Les quotas laitiers, meubles ou immeubles ? », *RD rur.* 1987, n° 150, p. 49.

BIENVENU (Jean-Jacques),

— « Rapport de synthèse », in BIENVENU (Jean-Jacques), PETIT (Jacques), PLESSIX (Benoît), SEILLER (Bertrand) (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires – Actes », 2012, p. 386 ;

— « L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique », *À propos des contrats des personnes publiques. Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, Paris, LGDJ, 2013.

BONNARD (Roger), « Les droits publics subjectifs des administrés » *RDP* 1932, p. 694.

BRUGUIÈRE (Jean-Marie), « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, p. 2804.

BURGAT (Florence), « Res nullius, l'animal est objet d'appropriation », *APD* 1993, p. 286.

BUAT-MÉNARD (Éloi), « La place de l'animal dans la succession » *AJ Famille* 2012, p. 80.

BUTLEN (Anna), « Les contrats sur la propriété publique immatérielle », in *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, Paris, LexisNexis, 2011, p. 262.

CAILLOSSE (Jacques),

— « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA* 1996 ;

— « Le “droit administratif des biens” constitue-t-il un champ juridique spécifique ? », in *Études offertes au Professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008.

CAPITANT (Henri), « Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue », *RTD Civ.* 1911, p. 729.

CAPITANT (René), « La double notion de travail public », *RDP* 1929, p. 510.

CHAMARD-HEIM (Caroline), « Les contrats publics de location immobilière », in CLAMOUR (Guylain) (dir.), *Contrats et propriété publics*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2011, p. 83.

CHAPUS (René), « Service public et puissance publique », *RDP* 1968, p. 235.

CHAUVEAU (Maxime), « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. Crit.* 1931, p. 539.

CHEVALLIER (Jacques), « L'obligations en droit public », *APD* 2000, t. 44, p. 179.

COASE (Ronald H.), « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, p. 1.

DABIN (Jean), « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, n° 1, p. 20.

DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (Odile de), « Le patrimoine immatériel de l'État », in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Paris, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2011, p. 24.

DELVOLVÉ (Pierre),

— « L'utilisation privative des biens publics », *RFDA* 2009, p. 229 ;

— « Identification du patrimoine immatériel », in Conseil d'État, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques. Colloque organisé par le Conseil d'État le 16 mars 2012 à l'École nationale d'administration*, Paris, La doc. fr., 2013, p. 28.

DERUY (Laurent), MANDELKERN (Dieudonné) GAUDEMET (Yves), « Rapport du groupe de travail – valorisation des propriétés publiques », *LPA* 23 juillet 2004, n° 147, p. 44.

DE VISSCHER (Fernand), « *Mancipium et res mancipi* », *Studia et documenta iuris* 1936, vol. 2, p. 263.

DRAGO (Roland), « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD* 2000, t. 44, p. 43.

DREYFUS (Jean-David), « La valorisation par l'État de son patrimoine immatériel », *AJDA* 2009, p. 696.

DUPOIT (Jules),

— « De la mesure de l'utilité des travaux publics », *Annales des ponts et chaussées* 1844, vol. 2, n° 116, p. 332, *Revue française d'économie* 1995, Vol. 10, n° 2, p. 55 ;

— « De l'influence des péages sur l'utilité des voies de communication », *Annales des ponts et chaussées* 1849, vol. 1, n° 207, p. 170 ;

— « De l'utilité et de sa mesure. De l'utilité publique. », *Journal des économistes* 1853, vol. 36, p. 1.

ENJUBAULT DE LA ROCHE (René), « Rapport du comité des domaines sur la législation domaniale lors de la séance du 8 novembre 1790 », *Archives parlementaires de la Révolution Française*, Paris, P. Dupont, 1885.

FEENSTRA (Robert), « Les origines du *dominium utile* chez les glossateurs », in *Fata iuris romani. Études d'histoire du droit*, Leyde, Presse universitaire de Leyde, 1974, p. 222.

FOULQUIER (Norbert),

— « Les mutations domaniales et les principes constitutionnels », *AJDI* 1997, p. 828 ;

— « Les servitudes sur le domaine public, Dr. et patrimoine 2008, n° 179, p. 69.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le modèle du marché », *APD*, t. 40, 1996, p. 287.

GAUDEMET (Paul-Marie), « Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires », *RIDC* 1990, p. 807.

GAUDEMET (Yves),

— « La superposition des propriétés privées et du domaine public », *D.* 1978, chron n° XLXI, p. 293 ;

— « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 613 ;

— « Du domaine de la Couronne au domaine public. Études d'histoire des doctrines », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, LGDJ, coll. « Études, mélanges, travaux », 2007, p. 525 ;

— « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094.

GÉNY (François), « Le particularisme du droit fiscal », *RTD Civ.* 1931, p. 797.

GOUBEAUX (Gilles), « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », *Mélanges A. Weil*, 1983, p. 279.

GUERRIEN (Bernard), « Marché », in MALINVAUD (Edmond) (dir.), *Dictionnaire de l'Économie*, Paris, Encyclopaedia Universalis et Albin Michel, 2007, p. 842.

HAURIOU (André), « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1935, t. III, p. 92.

HAURIOU (Maurice),

— « Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit », *Rev. crit.* 1887 ;

— « La déclaration de volonté dans le droit administratif français » *RTD Civ.* 1903, p. 543.

HERMITTE (Marie-Angèle),

— « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature » *in* EDELMAN (Bernard), HERMITTE (Marie-Angèle) (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, C. Bourgeois, 1988 ;

— « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *RFAP* janv.-mars 1990, n° 53, p. 35 ;

— « Le droit et la vision biologique du monde », *in Maîtres et protecteurs de la nature*, dir. ROGER (Alain), GUÉRY (François), Seyssel, Champ Vallon, coll. « Millieux », 1991, p. 7 ;

— « Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes », *Le Débat* janvier-février 2000, n° 108, p. 174.

JÈZE (Gaston),

— « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP* 1914, p. 319 ;

— « De l'application des règles de droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDP* 1923, p. 5 ;

— « Collaboration du Conseil d'État et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », *in Le Conseil d'État. Livre jubilaire publié pour commémorer son 150^e anniversaire (4 nivôse an VIII-24 décembre 1949)*, Paris, Sirey, 1952.

JAUFFRET (Alfred), « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 2, Paris, LGDJ, 1950.

KOUBI (Geneviève), « L'idéologie du service public », in AFDA, *Le service public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014.

LARBRE (David), « Le caractère confiscatoire de l'impôt », *Dr. fisc.*, 20/12, étude n° 291.

LAUBADÈRE (André de), « Les concessions dans les cimetières », *RDP* 1936, p. 611.

LAULHÉ (Henri), « La vénalité des actes administratifs », *AJDA* 1961, p. 424.

LAVIALLE (Christian),

— « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 469 ;

— « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G* 1994, n° 3766, p. 259 ;

— « La condition et la fonction des meubles en droit administratif des biens », *RFDA* 2013, p. 251 ;

— « François Quesnay, l'ordre naturel et le Prince », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Rousillon*, Toulouse, Presse UT1 Capitole, 2014.

LEGENDRE (Pierre),

— « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *RHD* 1974, p. 696 ;

— « L'histoire de l'administration et sa partie de droit privé », in *Droit privé et institutions régionales. Études offertes à Jean Yver*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 1976, p. 431.

LLORENS (François), SOLER-COUTEAUX (Pierre), « Le code général de la propriété des personnes publiques », *RFDA* 2006, p. 935.

LOISEAU (Grégoire), « Pour un droit des choses », *Recueil Dalloz* 2006, p. 3015.

MALWÉ (Claire), « Valorisation du patrimoine immatériel : de quoi parle-t-on ? », *AJCT* 2013, p. 120.

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « La personnalité juridique des animaux, *Recueil Dalloz*, 1998, chron., p. 209.

MAUGÜÉ (Christine), BACHELIER (Gilles), « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073.

MESTRE (Achille), « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 », *Bulletin de la Société de législation comparée* 1922, t. 51, p. 247.

MEYNIAL (Édouard),

— « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes », in *Mélanges Fitting*, Montpellier, SA de l'imprimerie générale du Midi, 1908, t. 2, p. 416 ;

— « Les traits originaux de l'ancien droit privé français », *RHD* 1928, p. 401.

MICHOUD (Léon), « La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine », *Rev. gén. d'adm.* 1911, p. 274.

MIGNOT (Marc), « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre Droit et économie », *RRJ* 2006, n° 4, Vol. 1, p. 1805, n° 41.

MODERNE (Franck), « Recherches sur l'obligation *in solidum* dans la jurisprudence administrative », *EDCE*, 1973.

MOUSSERON (Jean-Marc), « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Paris, Dalloz, 1991.

NACHBAUM (Anne-Laure), « Animal et décès », in STRICKLER (Yves) (dir.) *L'animal – propriété, responsabilité, protection*, Strasbourg, PUS, 2010, p. 29.

PEZET (Fabrice), « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises », *Dr. fisc.* 20/13, étude n° 300.

PRIEUR (Michel), « Le droit public solaire en France », *RJE* 1979, p. 257.

PROUTIÈRE-MAULION (Gwenaële), « Les droits à produire dans le secteur de la pêche », *RD rur.* 1994, n° 227, p. 480.

RAPP (Lucien),

— « De la domanialité publique à l'appartenance publique. Une évolution dans la Révolution ! », in KOUBI (Geneviève) (dir.), *Propriété et Révolution. Actes du colloque de Toulouse. 12-14 octobre 1989*, Paris, CNRS, 1990 ;

— « Personnes publiques et qualité d'actionnaire. Réflexions sur quelques évolutions jurisprudentielles récentes », *Bulletin Lamy* 2012.

REJET (Thierry),

— « La loi n° 99-5 du 5 janvier 1999, relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux », *RTD Civ.* 2001, p. 479 ;

— « Les quotas de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille) », *D.* 2005, n° 37, p. 2632.

REZZOUK (Med), « La question de l'économie de l'immatériel dans les rapports officiels : évaluation critique à partir du rapport Lévy-Jouyet », in BEAUFORT (Viviane de), *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Paris, Vuibert, 2009, p. 168.

RIGAUD (Louis), « La théorie du droit réel et de l'obligation et la "Science Juridique pure" », *Rev. crit.* 1925, p. 423.

RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif », *RDP* 1954, p. 283.

ROGER (Alain), « Maîtres et protecteur de la nature. Contribution à la critique d'un prétendu "contrat naturel" », in ROGER (Alain), GUÉRY (François) (dir.), *Maîtres et protecteurs de la nature*, Seyssel, Champ Vallon, coll. « Milieux », 1991.

ROQUES (Pierre), « La redevance due pour utilisation privative des voies publiques », *RDP* 1934, p. 36.

ROSA (Audrey), « Le droit de lever l'impôt », in KOTT (Sébastien) (dir.), *Droit et comptabilité. La spécificité des comptes publics*, préf. PRADA (Michel), Paris, Economica, coll. « Finances Publiques », 2017, p. 273.

ROUBIER (Paul),

— « Droits intellectuels ou droit de clientèle », *RTD Civ.* 1935, p. 276 ;

— « Les prérogatives juridiques », *APD* 1960, t. 5, p. 60 ;

— « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD* 1964, t. 9, p. 17.

RUBINOWICZ (Claude), « Identification du patrimoine immatériel », in Conseil d'État, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques. Colloque organisé par le Conseil d'État le 16 mars 2012 à l'École nationale d'administration*, Paris, La doc. fr., 2013, p. 26.

SAVATIER (René),

— « *Beati possidentes !* », *DH* 1937, n° 28, p. 61, chron. n° XV ;

— « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTDC* 1958, p. 346 ;

— « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridiques des biens corporels », *RTD Civ.* 1958, p. 1 ;

— « La propriété de l'espace », *D.* 1965, chron. n° XXXV, p. 213 ;

— « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », *D.* 1976, chron n° XVIII, p. 103.

SÉRIAUX (Alain), « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et environnement : propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-Marseille, PUAM, 1995, p. 23.

SOHM-BOURGEOIS, (Anne-Marie)., « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *Recueil Dalloz* 1990, p. 33

SOLEILHAC (Thibault), « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA* 2007, n° 40, p. 2178.

TARDIVEL (Boris),

— « L'indépassable théorie des mutations domaniales », *AJDA* 2003, p. 1209 ;

— « Le nécessaire aménagement de la théorie des mutations domaniales », *AJDI* 2003, p. 492.

THOMAS (Yan), « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapporte sujet-objet en droit romain », *APD* 1980, t. 25, p. 413.

TROTABAS (Louis),

— « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », *D. H.* 1926, chr. n° 23, p. 29 ;

— « Essai sur le droit fiscal », *Rev. de sc. et lég. fin.* 1928, p. 201 ;

— « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français, *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, R. Sirey, 1929, p. 712.

TUSSEAU (Guillaume), « Le dualisme juridique », in BIENVENU (Jean-Jacques), PETIT (Jacques), PLESSIX (Benoît), SEILLER (Bertrand) (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires – Actes », 2012, p. 35.

VAN BRUSTEM (Éric), « L'ISF et la notion d'«impôt confiscatoire» sous l'angle de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Conv. EDH », *Dr. fisc.* 15/08, comm. 264.

VAREILLES-SOMMIÈRES (Le Marquis de), « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, n° 1, p. 30.

VIDAL (Michel), « La propriété dans l'école de l'Exégèse en France », in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, Milan, Giuffrè, 1976-1977, t. 1.

VIDAL-NAQUET (Ariane), « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *RFDA* 2005, p. 1106.

VILLEY (Michel),

— « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD* 1946-1947, p. 206 ;

— « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », in *Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris VI*, 1950, p. 208 ;

— « Préface historique », *APD* 1979, p. 1 ;

— « Notes sur le concept de propriété », in *Critique de la pensée juridique moderne et Douze autres essais*, préf. BASTIT (Michel), Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 197.

VUILLERME (Jean-Louis) « La chose (le bien) et la métaphysique », *APD* 1979, t. 24, p. 31.

WALINE (Marcel), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 631.

WARSUFEL (Bertrand), « L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle », in *Les transformations du droit public*. Actes du colloque de Brest du 20 juin 2008, p. 206.

YOLKA (Philippe),

— « Les meubles de l'administration » *AJDA* 2007, n° 18, p. 964 ;

— « Personnalité publique et patrimoine », in AFDA, *La personnalité publique*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2007 ;

— « Les patrimoines publics à l'épreuve de la propriété intellectuelle », *Dr. adm.* 2012, prat. 1 ;

— « Le droit de l'immatériel public », *AJDA* 2017, p. 2047.

ZENATI (Frédéric), commentaire sur Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *RTD Civ.* 1995, p. 656.

CHRONIQUES ET NOTES D'ARRÊTS

ALIBERT (Raphaël), note sous Cons. d'État, 7 décembre 1928 et 19 juillet 1929, *S.* 1930, III., p. 4.

CAPITANT (René), note sous Cons. d'État, 17 février 1932, *Commune de Barran*, *D.* 1933, III., p. 49.

COLIN (Ambroise), note sur CA Paris, 1^{er} février 1900, *Lecocq c. Cinquin*, *D. P.* 1903, I., p. 5.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (Louis) et ODINET (Guillaume), « Bail à construction sur le domaine public : la chose sans le nom », note sur Cons. d'État, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, req. n° 390 118, *AJDA* 2016, p. 1173.

HAGELSTEEN (Marie-Dominique), « Bénéfices industriels et commerciaux. Du traitement particulier réserve à la réalisation de certaines plus-values », note sur Cons. d'État, Sect., 21 décembre 1977, n° 3997, *RJF* 2/78, chron. p. 40.

HAURIOU (Maurice),

— note sous Cons. d'État, 13 décembre 1889, *Cadot c. Ville de Marseille*, req. n° 66 145, S. 1892, III., p. 17 ;

— note sous Cons. d'État, 19 novembre 1897, *Morin*, S. 1898, III., p. 113 ;

— note sous Cons. d'État, 25 mai 1906, *Ministre du commerce c. Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans*, S. 1908, III., p. 65 ;

— note sous Cons. d'État, 7 février 1913, *Mure*, S. 1913, III., p. 81.

JÈZE (Gaston), note sous Cons. d'État, 15 avril 1910, *Société des automobiles Brasier*, RDP 1910, p. 695.

LAROQUE (Pierre), note sous Cons. d'État, 6 mai 1932, *Demoiselle Taillandier*, S. 1932, III., p. 65.

SALEILLES (Raymond), note sur CA Paris, 1^{er} février 1900, *Lecocq c. Cinquin*, S. 1900, II., p. 123.

CONCLUSIONS

CHENOT (Bernard), conclusions sur Cons. d'État, 5 mai 1944, *Dame veuve Tromprier-Gravier*, RDP 1944, p. 258.

CORNEILLE (Louis-François), conclusions sous Cons. d'État, 10 août 1917, *Baldy*, req. n° 59 855, Rec., p. 638.

FOUQUET (Olivier), conclusions sur Cons. d'État, sect., 22 décembre 1989, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*.

GUYOMAR (Mattias), conclusions sous Cons. d'État, 23 juin 2004, *Commune de Provville*, req. n° 253 419, *BJCL* février 2005, p. 104.

HENRARD (Olivier), concl. sous Cons. d'État, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, req. n° 390 118, *BJCP* 2016, p. 288.

MEHL (Lucien), conclusions sous Cons. d'État, 27 juin 1973, req. n°s 79 628 et 79 629, *Dr. fisc.* 10/74, comm. 281.

MESTRE (Achille), note sur Cons. d'État, 1^{er} mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine*, *S.* 1929, I., p. 75.

NOUGUIER (Henri), rapporteur de Cass., 25 janvier 1855, *Manceaux c. Marès et Katcher*, *S.*, 1856, 1, p. 278.

TESSIER (Georges), conclusions sur Cons. d'État, 16 juillet 1909, *Ville de Paris*, req. n°s 22 925 et 22 960, *Rec.*, p. 707.

VERCLYTTE (Stéphane), conclusions sous Cons. d'État, 14 octobre 2005, *SCA Pfizer*, n° 260 486 et *SA Chiesi*, n° 260 511, *BDCF* 1/06, n° 2.

INDEX

(Les nombres renvoient aux numéros de pages.)

Accession : 209-210.

Affectation : 211-213, 368, 444, 457-458.

— à l'usage du public : 386-388 ;

— à un service public : 449 ;

— à une obligation : 448

Changement d'— forcé : 238, 241-242, 244 ;

Changement d'— volontaire : 223, 225, 227, 229, 231, 234-236.

Aliénation :

Prohibition de l'— : 115-116, 187, 193, 197, 200, 203-204, 219, 235 ;

L'— en droit civil : 410.

Animal :

L'— en droit romain : 35-36 ;

Procès d'— : 298-300 ;

Protection de l'— : 301-304.

Amortissement : 363-364.

Autorisation administrative :

Valeur économique de l'— : 359, 363, 370, 372, 374, 379-380, 383 ;

Nature juridique de l'— : 387-388.

Autorisation d'occupation du domaine public : 164, 219, 221, 223-225, 371, 392-393.

Bail :

— en droit administratif : 19, 22, 166, 194-195, 222-223, 250, 373.

— en droit civil : 9, 103, 210, 319, 394, 410.

Biens :

- corporels : 97, 98, 151-152, 154, 310, 338, 344 ;
- incorporels : 92, 96, 97, 101, 137-138, 146, 148, 154, 157-159, 269, 344 ;
- publics : 4, 11, 71, 73, 114, 127, 133, 162, 189, 191, 205, 227-228, 250, 255, 260-262, 265, 268-270, 290 393, 423, 435, 449-450, 453, 456, 458, 462, 475.

Choses :

- communes : 27, 73, 115, 128, 148, 153, 163, 175, 176-181, 184-187, 277, 280, 292-293, 295, 353, ;
- Notion de — : 97, 111, 128, 258-259, 277, 280-281, 291, 294, 296, 300, 352, 466.

Code général de la propriété des personnes publiques : 131, 159

Corps humain : 298, 351, 416-417, 464.

Copropriété : 9, 134, 192, 200, 313, 249.

Créances :

- en droit public : 148, 154, 156, 204, 264, 278, 317-319, 321-323, 325 ;
- en droit civil : 336-344, 346, 459 ;
- « Droits— » : 388, 398, 401, 407, 423-424, 437-439, 443-445, 448, 450-451, 458.

Démembrement : 79-80, 90, 92-93, 95, 99, 100, 112-113, 116-118, 121, 190-193, 198, 201-205, 227, 234, 310, 3549.

Disposition : 189, 232, 353, 399, 414-417, 469.

Droit de superficie :

- en droit administratif : 212-215, 218, 220, 225 ;
- en droit civil : 197, 205-211.

Droits subjectifs : 43, 46, 90, 106, 108, 277, 311-313, 316, 341-342, 344-347, 356, 430.

Droits réels :

constitution de — : 119, 190-193, 194-201, 205, 208-209, 223-224, 241.

notion de — : 102-103, 118, 120, 202-203, 234-235, 250-251, 253, 317-318, 320, 327, 401.

Exclusivité : 152-153, 232, 235, 277-278, 290, 294, 300-301, 310-313, 352-354, 390, 398-399, 407, 409-410, 413-415, 420, 459.

Fonds : 461, 466, 473.

Hypothèque : 330, 338.

Immeubles : 96, 130, 132-134, 141, 158, 195, 213-214, 217, 236, 239-242, 264, 307, 338, 429.

Imperium : 2, 9, 42, 65, 80, 129, 233, 313, 357, 460-461, 471-472, 476-477.

Imprescritibilité : 29, 68, 86, 101-102.

Inéaliénabilité : 8, 71, 119, 120-121, 189-195, 198-203, 205-206, 349.

Insaisissabilité : 10, 161, 180, 293, 458.

Meubles : 130, 141, 158, 160-161, 172, 242, 307.

Mutations domaniales : 9, 231, 237, 241, 244, 246, 248.

Offices ministériels : 170.

Personnalité : 298-301, 305-306, 308.

Possession : 57, 67-68, 73, 78, 81, 103, 105, 110, 246, 273-274, 320.

Servitudes : 4, 38, 46, 64, 89, 93, 96, 99, 118, 186, 193-197, 199-200, 211-214, 216-217, 249, 408.

Sûretés : 203-204, 220.

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT.....	I
REMERCIEMENTS	V
RÉSUMÉ.....	VI
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	VII
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION.....	1
§1. — Objet de la recherche.....	3
A. — <i>Aspects techniques des rapports entre droits administratif et civil des biens</i>	6
B. — <i>Aspects idéologiques des rapports entre droits administratif et civil des biens</i>	11
§2. — Méthode de la recherche.....	14
A. — <i>La notion de fonds commun du droit des biens</i>	14
1. — Les alternatives à la notion de fond commun du droit des biens	15
2. — L'utilisation de la notion de fond commun du droit des biens.....	19
B. — <i>La méthode historique et le comparatisme interne</i>	23
§3. — Problématique et plan de la recherche.....	27
PARTIE N° 1. — LE FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS OUBLIÉ.....	29
TITRE N° 1. — LE DÉTACHEMENT PROGRESSIF DU DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS DE SON FONDS COMMUN.....	32
CHAPITRE N° 1. — UNE HISTOIRE COMMUNE	34
Section n° 1. — L'invention du fonds commun du droit des biens par les romanistes médiévaux	36
§1. — L'origine romaine du fonds commun du droit des biens	37
A. — <i>Controverse sur la notion de mancipium en droit romain archaïque</i>	38
B. — <i>Controverse sur la notion de dominium en droit romain classique</i>	43
§2. — L'altération médiévale du fonds commun du droit des biens.....	48
A. — <i>Le droit romain, cadre de compréhension des pratiques féodales chez les glossateurs</i>	49
B. — <i>Le droit romain, outil de perfectionnement des pratiques féodales après les glossateurs</i>	54

Section n° 2. — L'utilisation du fonds commun du droit des biens par les domanistes royaux.....	57
§1. — Le destin du domaine direct en droit public : l'expulsion de la souveraineté hors du domaine public	58
<i>A. — L'unification du domaine direct de l'État par les rois de France</i>	<i>58</i>
<i>B. — La réception du domaine direct de l'État par les lois des Révolutionnaires</i>	<i>63</i>
§2. — Le destin du domaine utile en droit public : l'expulsion de la propriété hors du domaine public.....	70
<i>A. — L'étendue des prérogatives royales sur le domaine de la Couronne.....</i>	<i>71</i>
<i>B. — L'étendue des prérogatives légales sur le domaine public</i>	<i>77</i>
<i>Conclusion du Chapitre n° 1</i>	<i>80</i>
 CHAPITRE N° 2. — DES ÉVOLUTIONS SÉPARÉES	82
 Section n° 1. — La construction d'un droit civil des biens assis sur le fonds commun du droit des biens	84
§1. — La rupture voulue du droit civil des biens avec son fonds commun dans le droit intermédiaire.....	85
<i>A. — La destruction politique de la propriété féodale par la législation révolutionnaire</i>	<i>86</i>
<i>B. — La construction juridique d'une propriété épurée par les rédacteurs du Code civil</i>	<i>90</i>
§2. — La perpétuation subie du droit civil des biens avec son fonds commun dans le droit contemporain	93
 Section n° 2. — La construction d'un droit administratif des biens inconscient du fonds commun du droit des biens.....	100
§1. — L'adoption de la théorie de l'objet corporel du droit de propriété par le droit administratif des biens contemporain	100
<i>A. — La formulation de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique</i>	<i>102</i>
1. — L'exposé de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique.....	102
2. — Les justifications de la théorie domaniale de la fonction publique..	106
<i>B. — L'échec de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique</i>	<i>107</i>
1. — Les critiques contre la théorie de la conception domaniale de la fonction publique.....	107
2. — L'abandon de la théorie de la conception domaniale de la fonction publique.....	109
§2. — L'importation de la théorie du démembrement du droit de propriété.....	112
<i>A. — La théorie du démembrement du droit de propriété et la propriété administrative</i>	<i>113</i>
<i>B. — La théorie du démembrement du droit de propriété et les droits réels administratifs</i>	<i>118</i>
<i>Conclusion du Chapitre n° 2</i>	<i>122</i>
<i>Conclusion du Titre n° 1.....</i>	<i>122</i>

TITRE N° 2. — LA PERMANENCE INCONSCIENTE DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS EN DROIT ADMINISTRATIF 125

CHAPITRE N° 1. — LA PERMANENCE DANS LA DÉTERMINATION DE L'APPROPRIABLE.. 127

Section n° 1. — Les limites de la propriété privée comme technique d'appropriation des biens en droit administratif..... 129

- §1. — L'influence relative de la théorie classique du domaine public..... 130
 - A. — *L'argument juridique : le tropisme immobilier de la domanialité publique*... 131
 - B. — *L'argument économique : le lien entre bien juridique et valeur* 132
 - 1. — La condamnation de l'immeuble, source d'une richesse dépassée... 133
 - 2. — La promotion de l'immatériel, source de richesse futur..... 135
- §2. — Le poids révélé de la théorie classique de la propriété privée..... 137
 - A. — *Le bien immatériel contesté à raison de sa nature physique : l'œuvre de l'esprit*137
 - 1. — Le droit public des œuvres de l'esprit suit celui de la propriété intellectuelle..... 138
 - 2. — Le droit de la propriété intellectuelle subit les conceptions classiques du droit des biens 146
 - B. — *Le bien immatériel contesté à raison de sa nature juridique : la créance*..... 154
 - 1. — *Les actifs de souveraineté : droit de lever l'impôt et de concéder le domaine public* 154
 - 2. — *Les actifs de propriété : actions et participations financières des personnes publiques*..... 158

Section n° 2. — Les limites de la propriété privée comme modèle d'appropriation des biens en droit administratif..... 163

- §1. — La valorisation des autorisations administratives dans le bilan des entreprises 164
 - A. — *Le rejet de la qualification de bien des autorisations administratives* 164
 - B. — *L'assimilation des autorisations administratives à des biens en pratique*..... 166
 - 1. — Ne pas agir : les autorisations de stationnement dans la zone de taxi parisienne..... 167
 - a. — *L'incompatibilité du marché des licences de taxi avec la satisfaction de l'intérêt général*..... 167
 - b. — *La création d'un marché parallèle de véhicules de transport avec chauffeur* 168
 - 2. — Agir et dédommager : la suppression charges d'avoués près les cours d'appel 170
 - a. — *La reconnaissance de la patrimonialité des offices ministériels*..... 170
 - b. — *L'indemnisation de la suppression des offices ministériels*..... 172
- §2. — La protection des « choses communes » par la réglementation de police.. 175
 - A. — *La réglementation de police comme alternative explicite au droit des biens*.... 176
 - 1. — La réglementation de police, indice d'une critique technique du droit des biens..... 176
 - 2. — La réglementation de police, indice d'une critique morale du droit des biens..... 178

<i>B. — La réglementation de police comme manifestation inévitable du droit des biens</i>	179
1. — L'appropriation par la réglementation de police de l'air	180
2. — L'appropriation par la réglementation de police de la lumière	185
<i>Conclusion du chapitre n° 1.</i>	186
CHAPITRE N° 2. — LA PERMANENCE DANS LA GESTION DE L'APPROPRIÉ	189
Section n° 1. — La théorie du démembrement du droit de propriété et le commerce juridique avec les personnes privées	191
§1. — La théorie du démembrement du droit de propriété, source de difficultés dans la gestion actuelle des biens publics	191
<i>A. — La réalité de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public</i>	192
1. — L'interdiction absolue de la constitution de droits réels sur le domaine public	193
2. — L'interdiction relative de la constitution de servitudes sur le domaine public	195
<i>B. — Le fondement de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public</i>	198
1. — Le fondement actuel : la règle de l'inaliénabilité du domaine public	198
2. — Le fondement réel : la confrontation avec la théorie du démembrement du droit de propriété	201
§2. — La théorie du démembrement du droit de propriété, impensé des solutions pour une meilleure gestion des biens publics	205
<i>A. — La nature du droit de superficie en droit civil</i>	205
1. — Réfutation de la nature démembrée du droit du superficiaire	206
2. — Affirmation de la nature propriétaire du droit du superficiaire	211
<i>B. — L'utilisation du droit de superficie en droit administratif</i>	212
1. — Le droit de superficie affiché : le contournement de la théorie du démembrement du droit de propriété par la réalisation des ensembles immobiliers complexes	213
2. — Le droit de superficie dissimulé : La neutralisation de la théorie du démembrement du droit de propriété par la multiplication des exceptions légales à la règle de l'inaliénabilité	218
<i>a. — Le droit de l'occupant sur les ouvrages édifiés sur la parcelle</i>	219
<i>b. — Le droit de l'occupant sur la parcelle elle-même</i>	221
Section n° 2. — La théorie du démembrement du droit de propriété et le commerce juridique entre personnes publiques	226
§1. — La nature indiscutablement démembrée des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques	228
<i>A. — La singularité critiquable des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques</i>	228

1. — Exposé de la singularité des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques	228
2. — Critique de la singularité des droits formés par les transferts de gestion entre personnes publiques	234
<i>B. — La nature non propriétaire des transferts de gestion forcés</i>	<i>235</i>
1. — Le transfert des utilités retirées de l'usage de la chose.....	236
2. — Le transfert des utilités retirées de la perception des fruits de la chose	238
§2. — La nature occasionnellement propriétaire des actes de transfert de gestion par une personne publique	240
<i>A. — La nature propriétaire des transferts de gestion volontaires</i>	<i>240</i>
<i>B. — La nature non propriétaire transferts de gestion forcés.....</i>	<i>241</i>
1. — La nature non propriétaire des transferts de gestion consécutifs à aux transferts de compétence institués par le législateur	242
2. — La nature non propriétaire des transferts de gestion consécutifs à la mise en œuvre de la théorie des mutations domaniales par l'État	246
<i>Conclusion du Chapitre n° 2</i>	<i>250</i>
<i>Conclusion du Titre n° 2.....</i>	<i>251</i>
<i>Conclusion de la Partie n° 1</i>	<i>253</i>

**PARTIE N° 2. — LE FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS
RETROUVÉ255**

TITRE N° 1. — UN FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS ÉPURÉ..... 257

CHAPITRE N° 1. — LES OBJETS JURIDIQUES FONDAMENTAUX DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS 258

Section n° 1. — Les insuffisances de la notion de bien en droit administratif fondée sur la notion de bien en droit civil des biens..... 260

§1. — L'absence de définition autonome de la notion de bien en droit administratif	261
<i>A. — La consécration de la notion de bien public issue du droit civil.....</i>	<i>261</i>
<i>B. — La perpétuation de la notion de bien issue du droit civil.....</i>	<i>265</i>
§2. — L'absence de définition unique et performante de la notion de bien en droit civil.....	270
<i>A. — Insuffisances de la définition classique de la notion de bien.....</i>	<i>271</i>
1. — La définition classique : toute chose corporelle susceptible d'appropriation	271
2. — Critique de la définition classique de la notion de bien.....	274
<i>B. — Insuffisances de la définition rénovée de la notion de bien.....</i>	<i>275</i>
1. — La définition rénovée : toute chose dont l'utilité justifie l'appropriation	275
2. — Critiques de la définition rénovée de la notion de bien.....	277

Section n° 2. — Le dépassement de la notion de bien en droit administratif à partir du fonds commun du droit des biens	280
§1. — Le contenu de la notion de chose issue du fonds commun du droit des biens	281
A. — <i>L'utilité des choses</i>	281
1. — Le déclin de la théorie de la valeur travail	282
2. — L'essor de la théorie de la valeur-utilité	286
B. — <i>L'excluabilité des choses</i>	290
1. — Rejet de la conception classique de l'excluabilité.....	291
2. — Promotion d'une analyse personnaliste de l'excluabilité.....	293
§2. — Les contours de la notion de chose issue du fonds commun du droit des biens	296
A. — <i>La distinction entre les choses et les personnes juridiques</i>	297
1. — La personne juridique, personne sujet de droit	299
2. — La personne humaine, chose objet de droit.....	302
a. — <i>L'échec des rapprochements entre chose et personne juridique</i>	303
b. — <i>Le succès des rapprochements entre chose et personne humaine</i>	306
B. — <i>La séparation entre les choses et les pouvoirs juridiques</i>	310
Conclusion du chapitre n° 5.....	313

CHAPITRE N° 2. — LES RAPPORTS JURIDIQUES FONDAMENTAUX DU FONDS COMMUN DU DROIT DES BIENS 314

Section n° 1. — Les insuffisances de la notion de rapport juridique fondée sur la théorie des droits patrimoniaux du droit civil des biens..... 314

§1. — La théorie des droits patrimoniaux : cadre conceptuel du droit civil des biens	317
A. — <i>Divergences doctrinales sur la définition du droit réel</i>	317
1. — La notion de droit réel chez les auteurs réalistes.....	317
2. — La notion de droit réel chez les auteurs personnalistes	320
a. — <i>Exposé de la théorie des auteurs personnalistes</i>	320
b. — <i>Critiques formulées par les auteurs réalistes</i>	325
B. — <i>Transaction et réunion doctrinale sur la définition du droit réel</i>	326
§2. — La théorie des biens : cadre conceptuel du droit administratif des biens ..	328
A. — <i>Le droit réel le plus typique</i>	328
B. — <i>Le droit réel le plus problématique</i>	330

Section n° 2. — Les atouts d'une analyse des rapports juridiques fondées sur le fonds commun du droit des biens..... 334

§1. — Exposé de l'analyse néopersonnaliste des rapports juridiques	335
A. — <i>Critique de l'analyse réaliste et personnaliste du droit des biens par les auteurs néopersonnalistes</i>	335
1. — Exposé des critiques formulées par René Demogue et Samuel Ginossar	335
a. — <i>Les critiques de René Demogue</i>	335
b. — <i>Les critiques de Samuel Ginossar</i>	337

2. — Exposé des critiques formulées par Frédéric Zenati.....	341
B. — <i>Présentation de l'analyse néopersonnaliste du droit des biens par les auteurs néopersonnalistes</i>	344
1. — Le système de Samuel Ginossar : la propriété, seul droit patrimonial absolu.....	344
2. — Le système de Frédéric Zenati-Castaing : la propriété, seul droit subjectif.....	345
§2. — Dépassement de l'analyse néopersonnaliste des rapports juridiques.....	347
A. — <i>Limites des tentatives fondées sur l'utilisation des notions du droit civil des biens</i>	348
B. — <i>Proposition d'une tentative fondée sur l'utilisation du fonds commun du droit des biens</i>	350
<i>Conclusion du Chapitre n° 2</i>	354
<i>Conclusion du Titre n° 1</i>	355

TITRE N° 2. — UN DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS RÉORGANISÉ 356

CHAPITRE N° 1. — LES CHOSES PUBLIQUES DE L'ORDRE DE LA SOUVERAINETÉ..... 358

Section n° 1. — Les droits publics subjectifs : biens privés produits des pouvoirs exercés sur les choses de l'ordre de la souveraineté 358

§1. — La valeur économique des droits publics subjectifs.....	360
A. — <i>La valeur économique des droits publics subjectifs pour leurs détenteurs</i>	361
1. — La valeur en usage des droits publics subjectifs en droit fiscal	361
a. — <i>Valeur en usage des droits publics subjectifs et notion d'actif immobilisé</i>	362
b. — <i>Amortissement comptable et valeur en usage des droits publics subjectifs</i>	368
2. — La valeur en échange des droits publics subjectifs en droit administratif	370
B. — <i>La valeur économique des droits publics subjectifs pour leurs créateurs</i>	374
1. — L'identification de la valeur de l'activité normative des personnes publiques.....	375
a. — <i>L'absence de motif économique dans l'utilisation des régimes d'autorisations administratives classiques</i>	375
b. — <i>Les conséquences économiques des actions juridiques d'altération des marchés d'autorisation administrative</i>	379
2. — L'utilisation de la valeur de l'activité normative des personnes publiques	383
§2. — La nature juridique des droits publics subjectifs.....	387
A. — <i>La nature patrimoniale des droits publics subjectifs réels</i>	388
1. — La nature réelle des droits contingentements	389
2. — La nature réelle des autorisations d'occupation du domaine public	391
B. — <i>La nature patrimoniale des droits publics subjectifs personnels</i>	394

Section n° 2. — La liberté juridique : objet des pouvoirs exercés sur les choses de l'ordre de la souveraineté	397
§1. — L'exclusivité des choses de l'ordre de la souveraineté	399
<i>A. — L'objet du rapport d'exclusivité avec les choses de l'ordre de la souveraineté</i>	399
1. — L'existence des choses de l'ordre de la souveraineté.....	399
2. — La substance des choses de l'ordre de la souveraineté	404
<i>B. — Les sujets du rapport d'exclusivité avec les choses de l'ordre de la souveraineté</i> .	407
1. — L'individu, concessionnaire des choses de l'ordre de la souveraineté	409
2. — L'État, titulaire des choses de l'ordre de la souveraineté	411
<i>a. — L'État, fiduciaire des choses de l'ordre de la souveraineté</i>	411
<i>b. — Le Souverain, titulaire des choses de l'ordre de la souveraineté</i>	412
§2. — La disposition des choses de l'ordre de la souveraineté	414
<i>A. — La définition du pouvoir de disposition des choses de l'ordre de la souveraineté</i>	414
<i>B. — L'application aux pouvoirs juridiques sur les choses de l'ordre de la souveraineté</i>	416
1. — Le pouvoir constituant, pouvoir de disposition originaire sur les choses de l'ordre de la souveraineté	417
2. — Les pouvoirs constitués, pouvoirs de disposition dérivés sur les choses de l'ordre de la souveraineté	420
<i>Conclusion du Chapitre n° 1</i>	422

CHAPITRE N° 2. — LES BIENS PUBLICS DE L'ORDRE DE LA PROPRIÉTÉ

423

Section n° 1. — Les obligations publiques : produit inévitable de la disposition des choses publiques et de l'engagement unilatéral de l'administration

424

§1. — Actualisation de la théorie générale des obligations en droit administratif	425
<i>A. — Exposé de la progression de la théorie générale des obligations en droit administratif</i>	426
1. — Le rejet initial d'une théorie générale des obligations en droit administratif.....	427
2. — L'acceptation actuelle d'une théorie générale des obligations en droit administratif.....	433
<i>B. — Proposition d'extension de la théorie générale des obligations en droit administratif</i>	435
1. — Extension de la théorie générale des obligations aux obligations réelles	435
2. — Extension de la théorie générale des obligations aux obligations « au sens large »	438
§2. — Organisation de la théorie générale des obligations en droit administratif	443
<i>A. — Obligations réelles et obligations personnelles</i>	443
<i>B. — Obligations principales et obligations accessoires</i>	445

Section n° 2. — Les biens publics de l'ordre de la propriété : instruments nécessaires à la satisfaction des obligations publiques.....

449

§1. — La définition des biens publics de l'ordre de la propriété.....	450
---	-----

<i>A. — Promotion d'une notion fonctionnelle du bien, par rapport à celle d'obligation</i>	450
<i>B. — Promotion d'une notion générique d'obligation, vis-à-vis de notions connexes</i>	453
§2. — L'organisation des biens publics de l'ordre de la propriété.....	456
<i>A. — Les limitations de la notion de patrimoine administratif.....</i>	456
<i>B. — Développement de la notion de fonds en droit administratif.....</i>	461
1. — L'extension du fonds public des biens aux biens privés de l'ordre de la propriété	462
2. — L'extension du fonds public des biens aux choses de l'ordre de la souveraineté	466
<i>a. — Le pouvoir fiscal, pouvoir de disposition sur les choses de l'ordre de la souveraineté.....</i>	466
<i>b. — La police administrative, pouvoir de disposition sur les choses de l'ordre de la souveraineté.....</i>	469
<i>Conclusion du Chapitre n° 2</i>	470
<i>Conclusion du Titre n° 2.....</i>	471
<i>Conclusion de la Partie n° 2</i>	472
CONCLUSION GÉNÉRALE	473
BIBLIOGRAPHIE	1
INDEX.....	32
TABLE DES MATIÈRES	35