

## Domanialité publique, propriété administrative et affectation

On l'a déjà maintes fois observé, la théorie du domaine public a le don d'exciter l'esprit des juristes. Faut-il, avec M. Capitant, voir dans cette attirance une vertu propre de ce « beau nom de domaine, imprégné de latin » ? Il semble en tout cas, à relever le nombre de chercheurs attirés par elle, qu'il y ait au fond de cette matière un pouvoir de séduction et une faculté de renouvellement presque inépuisables.

Au cours de ces dernières années plusieurs études, toutes de qualité, sont encore venues ajouter à une construction déjà monumentale. Certains de ces travaux ont entendu apporter sur les aspects les plus fondamentaux de la théorie, je veux dire sur la nature même de la domanialité publique, des points de vue originaux, assez éloignés des idées qui étaient, en la matière, le plus communément reçues. L'un au moins de ces points de vue, celui que M. René Capitant a exposé en 1933 dans une note de jurisprudence que l'on peut qualifier de célèbre (1), a déjà provoqué de nombreuses appréciations critiques; d'autres ont suscité moins de réflexions, je veux parler des opinions développées par M. Jansse dans sa thèse de doctorat (2), par le regretté Gilbert Maroger, mort, depuis lors, au champ d'honneur, dans un important ouvrage (3), enfin par M. Capitant dans la préface qu'il a donnée à ce dernier livre.

C'est précisément du rapprochement de ces travaux que se dégagent, sur la nature de la domanialité publique, des opinions dont le carac-

(1) R. CAPITANT, note au Dal. pér., 1933. 3. 49 sous C. E., 17 février 1932, *Commune de Barran*.

(2) L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*. Thèse Paris, 1938.

(3) G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*. Paris, Sirey, 1942. *Préface de R. Capitant*.

tère hétérodoxe à l'égard des thèses habituelles vaut qu'on les apprécie ensemble.

Ce sont en particulier les rapports qui relient entre elles les trois notions de la *domanialité publique*, de la *propriété administrative* et de l'*affectation* qui ont été ainsi remis en cause.

Au risque de donner à nos observations ce caractère décevant qui résulte toujours d'une adhésion à des doctrines reçues et par suite banales, nous voudrions tenter d'expliquer pourquoi les opinions nouvelles auxquelles nous faisons allusion ne nous paraissent finalement pas très convaincantes.

### § 1. — Domanialité publique et affectation.

La doctrine habituelle admet, on le sait, que la domanialité publique et l'affectation constituent des notions distinctes mais liées entre elles, l'affectation étant à la fois le critère du domaine public et le fondement du régime de la domanialité publique, c'est-à-dire des règles exorbitantes que comporte ce régime.

En face de cette analyse deux opinions nouvelles s'affrontent en sens diamétralement opposés :

Selon M. Jansse la domanialité publique n'a rien à voir avec l'affectation.

Selon M. Capitant la domanialité publique se confond purement et simplement avec l'affectation et, faisant ainsi double emploi avec elle, pourrait d'ores et déjà être éliminée de la théorie juridique. G. Maroger a apporté à cette seconde thèse une importante contribution.

I. — Les idées et les arguments de M. Jansse peuvent être ainsi résumés :

Selon cet auteur, et contrairement à ce qui paraissait être une acquisition indiscutée de la théorie moderne du domaine, l'affectation est, dans l'état actuel du droit administratif français, une notion étrangère à la domanialité publique.

1° Elle est d'abord étrangère au critère du domaine public.

Cette première affirmation constitue déjà, au moins sous la forme absolue que lui donne M. Jansse une dissidence par rapport aux idées reçues.

Sans doute n'ignore-t-on pas les critiques déjà adressées par MM. Jèze et Waline à la doctrine qui, depuis Hauriou, place sans réserves dans l'affectation aux services publics ou à l'usage public le cri-

tère de la domanialité. Mais du moins ces auteurs, s'ils considéraient la notion d'affectation comme trop vaste, ne la répudiaient-ils pas purement et simplement (1). Ils se bornaient à soutenir que, l'affectation étant un critère trop compréhensif, seuls *certaines des biens affectés* font partie du domaine public. Ainsi M. WALINE (*Traité élém. de droit adm.*, 1950, p. 476) : « La domanialité publique (des biens) résulte donc de leur destination, de leur affectation à un but d'utilité publique. Mais l'idée d'affectation à la satisfaction d'un besoin public est trop vague et doit être précisée... ».

Au contraire M. Jansse entreprend d'établir que l'affectation est purement et simplement étrangère au critère du domaine public. Il s'appuie à cet égard sur les constatations suivantes : D'une part certains biens affectés à l'usage public échappent au domaine public ; c'est le cas des promenades publiques d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, des chemins ruraux non reconnus en conséquence de la loi du 20 août 1881. De même de nombreux biens affectés à des services publics échappent également au domaine public ; et M. Jansse se rallie sur ce point à l'opinion, assez répandue qui, contrairement aux idées d'Hauriou, conteste la domanialité publique des bâtiments administratifs. D'autre part, à l'inverse, le domaine public comprend des biens qui ne sont affectés à rien du tout, qui n'ont « aucune destination spéciale et ne servent pas à un besoin public déterminé » ; c'est le cas des côtes rocheuses, des cours d'eau du décret-loi de 1928, de la zone de 50 pas géométriques aux colonies.

2° Mais la dissociation qu'établit ainsi M. Jansse entre la domanialité et l'affectation, si elle est déjà nette en ce qui concerne le critère du domaine, est plus remarquable encore en ce qui concerne son régime juridique. Car pour l'auteur, et c'est là à coup sûr le côté le plus original de sa thèse, l'affectation est étrangère au régime même de la domanialité publique, c'est-à-dire que, contrairement à ce que l'on pensait jusqu'ici, les règles spéciales de ce régime (inaliénabilité, précarité, protection pénale, etc.) ne trouvent nullement leur fondement et leur justification dans l'affectation. Ceci amène M. Jansse à établir une différence fondamentale entre la catégorie du domaine public et celle dite des « biens affectés » (immeubles affectés aux services publics, édifices du culte, etc.) ; cette dernière catégorie, elle, est bien soumise à un régime dominé par l'idée d'af-

(1) Seul parmi les juristes modernes, M. Alibert avait, avant M. Jansse, entièrement éliminé l'affectation dans la recherche d'un critère du domaine public (Note au S. 1930. 3. 1).

fectation, mais précisément entre ce régime et celui du domaine public il n'y a « aucune commune mesure » ; le régime de la domanialité publique a « une toute autre portée » ; il concerne en effet non « la destination des biens en vue de garantir cette destination » mais « les fonds des biens » en vue d'en « conserver la substance sous la main mise absolue et irrévocable de l'administration ». Pratiquement cela signifie — et M. Jansse ne le cache pas — que le régime de la domanialité est actuellement conçu comme destiné à protéger et favoriser de purs intérêts pécuniaires de l'administration ; ainsi la précarité des occupations domaniales « a surtout pour conséquence de permettre aux collectivités administratives de se dégager des conséquences des contrats imprudents ou de chicaner leurs indemnités aux occupants évincés pour un motif d'intérêt général » ; l'imprescriptibilité a pour justification de rendre efficace la législation de la grande voirie qui serait souvent paralysée par les prescriptions pénales. On le voit, M. Jansse présente ici la domanialité publique sous un jour sinon très pur du moins vraiment nouveau ; hâtons-nous de dire que cette conception quelque peu sordide n'obtient nullement ses faveurs ; il souhaiterait qu'elle disparût et cédât précisément la place au régime applicable actuellement aux biens affectés. Mais malheureusement cette transformation « ne correspond pas à l'état actuel du droit français et la jurisprudence ne marque pas une évolution certaine dans cette direction ». Si en définitive l'affectation est étrangère au régime de la domanialité publique M. Jansse ne considère nullement que ce soit là un bien.

Quelques intéressantes que soient les idées que nous venons de rapporter nous ne pensons pas qu'elles correspondent fidèlement au régime actuel de la domanialité publique ; on échappera en tout cas difficilement à l'impression qu'elles comportent quelque outrance dans les deux conclusions auxquelles elles aboutissent :

1° Que l'utilisation de l'idée d'affectation pour définir le critère de la domanialité publique n'aille pas sans des difficultés, l'existence des nombreuses controverses sur ce chapitre le prouve suffisamment ; mais l'abandon pur et simple de l'idée d'affectation nous paraît n'être ici qu'un geste de lassitude provoqué par ces difficultés ; on est d'autant plus porté à le penser que le système que nous propose M. Jansse à la place du critère abandonné est assez décevant : il consiste à rechercher dans chaque cas quelle a pu être l'intention du législateur ; il n'existerait plus ainsi qu'un domaine public par détermination de la loi ; la place exclusive ainsi faite à une notion

jadis mise en vedette par Berthélemy apparaîtra difficilement comme un progrès.

Aussi bien les objections soulevées par M. Jansse contre ce premier emploi de l'idée d'affectation ne sont-elles guère décisives.

Elles le seraient peut-être s'il existait vraiment de nombreuses et importantes dépendances du domaine public derrière lesquelles n'apparaisse aucune affectation à une destination précise ; mais on peut être assez exigeant pour ne point se contenter à cet égard du cas des côtes rocheuses ou de celui des cours d'eau que le législateur a entendu maintenir dans le domaine public quoiqu'il n'ait plus voulu les classer officiellement comme navigables ou flottables.

Quant à l'argument tiré de ce que tous les biens affectés à l'usage public ou aux services publics ne feraient pas partie du domaine public il signifie simplement que l'idée d'affectation est peut-être trop large, non qu'elle soit étrangère au critère de la domanialité. Il n'entre point dans notre propos d'examiner et d'apprécier ici les thèses connues de MM. Jèze et Waline ; rappelons seulement comme nous l'avons indiqué plus haut qu'elles se situent à l'intérieur de la théorie de l'affectation dont elles entendent seulement limiter la portée d'application. Ajoutons aussi que la tendance à laquelle se rallie M. Jansse, à contester la domanialité publique des biens affectés aux services publics ne rallie nullement dans les conceptions récentes la majorité des suffrages. Dans sa thèse de doctorat, M. Duverger nous semble avoir de manière fort défendable pris parti pour le rattachement au domaine public des immeubles affectés aux services (1). Que le régime de domanialité des biens affectés aux services publics diffère dans son contenu de celui des biens affectés à l'usage de tous, que la distinction de ces deux catégories domaniales mérite peut-être d'être exprimée par des appellations différentes pour chacune d'elles (domanialité publique restreinte et domanialité publique complète propose M. Duverger ; domaine administratif et domaine public préférerait G. Maroger) tout cela n'entraîne point que l'affectation soit étrangère au critère de la domanialité.

2° Est-elle comme le prétend M. Jansse, étrangère à son régime ? Nous ne le pensons pas davantage. Certes les observations de M. Jansse sont ici fort intéressantes. Inspirées par l'expérience d'une vie administrative familière à l'auteur elles ont l'avantage de

(1) M. DUVERGER, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*. Thèse Bordeaux, 1940.

nous révéler ce qui est peut-être une certaine conception de la pratique, un certain état d'esprit de l'administration dans la gestion de son domaine public. Mais nous ne pensons pas qu'elles correspondent à ce qui est dans notre droit positif, la nature de la domanialité publique, en particulier à ce que la jurisprudence considère comme le vrai fondement d'un tel régime.

L'analyse minutieuse que, dans son ouvrage, G. Maroger fournit de la jurisprudence montre bien que celle-ci considère les différentes règles de la domanialité publique comme animées par l'idée d'affectation et qu'elle fait intervenir fréquemment cette idée pour préciser leur signification et mesurer leur portée.

A coup sûr l'exemple le plus saisissant de ce rattachement du régime de la domanialité publique à l'idée d'affectation est fourni par la fameuse affaire des stalles de l'église de Barran qui donna lieu au commentaire déjà cité de M. Capitant. Négligeons pourtant cette illustration puisque M. Jansse voit précisément dans les objets du culte des dépendances non du domaine public mais de la catégorie des biens affectés. Aussi bien trouvera-t-on sans peine des exemples aussi typiques. à qui? entre L. 1905;

Ainsi la Cour de cassation admet que des servitudes puissent être constituées sur le domaine public *dans la mesure où leur exercice ne contrarie pas l'affectation* (19 mai 1926, S. 1926. 1. 230). Le Conseil d'Etat déclare illégales les mesures de police de la conservation des voies publiques lorsqu'elles visent, en limitant les frais d'entretien, à protéger ce que M. Jansse appellerait le « fonds des biens » (12 nov. 1927, *Bellescize*, p. 1048), légales au contraire lorsque la protection de l'intégrité de la voie apparaît nécessaire pour qu'elle demeure en état de servir son affectation (29 janvier 1926, *Soc. plâtreries de Bagnolet*, p. 97; 3 février 1926, *Soc. d'exploitation forestière*, p. 114).

Nous continuons donc de croire, avec M. Latournerie, que « l'affectation rend raison de toutes les règles constitutives du régime de la domanialité publique » (1).

II. — Les idées que M. Capitant a développées dans sa note de 1933 et aussi les circonstances de l'arrêt qui les a suscitées, ont été depuis lors si souvent commentées qu'il paraît inutile d'en rapporter une fois de plus le détail.

La doctrine de M. Capitant se situe à l'extrême opposé de celle

(1) Conclusions sur l'affaire *Marécar*, D. 1936. 3, p. 23, col. 1.

de M. Jansse puisqu'ici la domanialité publique n'est pas seulement considérée comme ayant son fondement dans l'affectation mais comme se confondant purement et simplement avec celle-ci. De cette identité M. Capitant conclut que les deux notions font inutilement double emploi; celle qui doit disparaître c'est la notion de domanialité parce qu'elle est lourde et périmée alors que l'idée d'affectation est souple et encore riche de mille possibilités. La disparition de la notion de domanialité devrait entraîner celle de l'inaliénabilité du domaine: au lieu de dire que le domaine public est inaliénable on devrait dire que lorsqu'un bien a reçu une affectation aucun acte d'administration ne doit pouvoir contrarier cette affectation c'est-à-dire qu'il pourrait être valablement aliéné mais sous la réserve que la charge d'affectation continue de le grever entre les mains de son nouveau propriétaire. Ces idées, M. Capitant les résume admirablement en ces termes: « Si l'on admet avec nous que c'est l'affectation qui crée le régime spécial dans sa mesure et à son image on ne sera pas loin de nier l'utilité de la notion de domaine public. Elle apparaîtra comme une notion vieillie à laquelle il conviendrait de substituer comme à celle d'inaliénabilité, celle d'affectation ».

Il est remarquable que les doutes ainsi conçus sur l'utilité de la notion de domanialité publique, beaucoup d'auteurs qui se sont récemment attachés à la théorie du domaine les ont également exprimés. Dans sa thèse de doctorat M. Pelloux, faisant état de ce que le domaine public est suffisamment protégé par de nombreuses lois et institutions particulières, estimait lui aussi discutable la nécessité de la notion de domanialité publique (1).

De tels doutes concernent d'ailleurs deux données:

Ils s'adressent en premier lieu, dans l'esprit de divers auteurs récents, à la distinction du domaine public et du domaine privé. Une telle distinction est-elle vraiment fondée et utile? N'est-elle pas arbitraire? Pour M. Capitant, on vient de le voir, cette utilité est au moins douteuse. Pour M. Duverger et G. Maroger une classification tripartite, distinguant les biens affectés à l'usage de tous, les biens affectés aux services publics, enfin les biens exploités financièrement par l'Etat correspondrait davantage aux réalités.

En second lieu la prétendue inutilité de la notion de domaine public concerne l'idée même de la domanialité publique c'est-à-dire l'ensem-

(1) R. PELLOUX, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*. Thèse Grenoble, 1932.

ble des concepts qui constituent un tel régime : concept de l'inaliénabilité, de l'imprescriptibilité, de la précarité, etc.

Adressée spécialement par M. Capitant à l'un des concepts constitutifs de la domanialité publique, celui de l'inaliénabilité, la critique ne demande en effet qu'à s'étendre d'elle-même aux autres. C'est sous cet angle de revision générale que G. Maroger a abordé le problème. A chacune de ces notions et à chacun de ces principes il conviendrait de substituer simplement une norme ainsi énoncée : les agents publics chargés d'administrer ce que l'on appelle le domaine public peuvent faire et ne peuvent faire que les actes conformes à l'affectation. Aussi, dans la partie de son ouvrage consacrée à l'analyse du régime juridique du domaine, les termes mêmes habituellement usités (inaliénabilité, imprescriptibilité, police de la conservation, précarité des occupations domaniales) ont systématiquement disparu des têtes de chapitre ; à la place de ces institutions devenues inutiles apparaît une multitude de règles souples, modelées par la jurisprudence « à la mesure et à l'image de l'affectation » pour reprendre l'expression de M. Capitant.

On n'ignore pas que ces diverses idées ont au fond leur germe dans les développements que Duguit a consacrés jadis à la théorie du domaine (1). Pour Duguit déjà la distinction du domaine public et du domaine privé si elle est « incontestablement exacte parce qu'elle répond à la distinction des activités qui sont ou non érigées en services publics » n'a qu'une valeur relative car en définitive toutes les dépendances du domaine de l'État, y compris le domaine privé, sont soumises à des règles spéciales. Entre le particularisme qui marque la domanialité publique et celui qui caractérise le domaine privé il n'y a qu'une différence de degré. Ces réserves concernant la distinction des deux domaines et par suite la notion du domaine public, Duguit les renouvelle en ce qui concerne les divers principes constitutifs du régime de la domanialité publique en particulier en ce qui concerne la « prétendue inaliénabilité du domaine public » et aussi « l'imprescriptibilité, expression qui n'est pas plus exacte que celle d'inaliénabilité ». Quant à l'idée de substituer à ces diverses notions une simple norme générale rattachant et mesurant les compétences des agents publics à la réalisation des buts auxquels sont affectées les différentes dépendances domaniales on peut dire que Duguit en a tout simplement la paternité ; ses opinions bien connues sur la notion

(1) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., III, p. 344 et suivantes.

de « patrimoine-but » et sur « l'échelle de la domanialité » le conduisaient déjà à résumer en ces termes le régime de la domanialité : « Tant que l'affectation existe, l'administration ne peut rien faire qui soit en contradiction avec cette affectation. Le décret d'affectation fait partie de la loi du service, laquelle lie l'administration ».

Il serait cependant à la fois inexact et injuste de voir dans les récentes théories rapportées ci-dessus une simple reprise des opinions de Duguit. S'ils partent des mêmes constatations initiales M. Capitant et G. Maroger en tirent vraiment des conséquences nouvelles. Lorsque par exemple Duguit parlait de la « prétendue inaliénabilité du domaine public » il voulait simplement dire que l'inaliénabilité du domaine moderne n'est pas, comme celle de l'ancien domaine de la couronne, un principe absolu uniformément applicable à toutes les dépendances domaniales ; il n'en demeurerait pas moins que pour celles de ces dépendances qui méritent une telle protection l'inaliénabilité restait conçue comme une interdiction de vendre, sanctionnée par la nullité de la vente. On sait au contraire comment pour M. Capitant, l'inaliénabilité ne concernant plus, selon ses propres expressions, le domaine lui-même mais seulement son affectation n'empêche pas l'aliénation du bien mais prolonge seulement entre les mains du nouveau propriétaire la charge de l'affectation.

Ce n'est plus seulement ici d'une échelle de l'inaliénabilité et de la domanialité qu'il faut parler mais d'une conception nouvelle de ces principes. C'est là seulement que l'on peut vraiment parler d'une « prétendue inaliénabilité », d'une prétendue imprescriptibilité, d'une prétendue précarité.

Quelle est la valeur de ces conceptions ?

M. Waline a déjà fait la critique de la conception de M. Capitant en ce qui concerne spécialement la règle de l'inaliénabilité ; il a mis en relief les inconvénients pratiques qu'une telle conception présente pour l'acquéreur d'un bien affecté, obligé de payer le prix sans pouvoir lui-même disposer de la chose (Note au D. 1934. 2. 101) (1).

Mais nous pensons qu'une critique plus générale doit être adressée à la conception d'ensemble selon laquelle la domanialité publique se

(1) On notera cependant que, même avec la conception classique de l'inaliénabilité, les intérêts de l'acquéreur sont beaucoup moins bien protégés que ne semble l'admettre M. Waline, l'inaliénabilité du domaine public étant considérée par la doctrine (Hauriou, Rolland, Jansse, Duverger) et la jurisprudence (Cass. 25 mars 1942. 5, 1942. 1. 115) comme une cause de nullité simplement *relative*, susceptible d'être invoquée par l'administration propriétaire, mais non par le particulier acquéreur.

confondrait avec l'affectation et pourrait avantageusement disparaître pour être purement et simplement remplacée par celle-ci.

Notons d'abord que, pour établir cette insuffisance de la notion d'affectation il faut aller au delà de la démonstration déjà faite par M. Waline dans sa thèse sur les mutations domaniales (1); M. Waline y a établi que la simple idée d'affectation est insuffisante dans l'analyse du régime domanial parce qu'elle laisse sans réponses un certain nombre de questions que seule permet de résoudre l'idée de propriété (p. 123); mais cette objection, si elle est valable pour les idées de Duguit, auxquelles elle s'adressait, n'est plus suffisante pour celles de M. Capitant et de G. Maroger car ces auteurs, nous le verrons un peu plus loin, acceptent l'idée de propriété du domaine et même lui ménagent, à côté de l'idée d'affectation, une place essentielle. Il faut donc établir que, même complétée par l'idée de propriété, l'idée d'affectation ne saurait remplacer les concepts habituels d'inaliénabilité, imprescriptibilité, etc... qui forment proprement ce que l'on est convenu d'appeler la domanialité publique.

Il n'est pas superflu de préciser exactement en quels termes concrets se pose le problème. Il nous paraît se poser ainsi :

Etant entendu, ce que personne ne conteste, que l'affectation des biens domaniaux à l'utilité publique implique, pour être garantie, certaines règles protectrices, est-il opportun de systématiser ces règles autour de quelques principes définis tels que : inaliénabilité, imprescriptibilité, précarité des occupations, quitte du reste à considérer ces principes comme susceptibles d'assouplissement dans leur application? Cette première solution constitue proprement la conception classique de la domanialité.

Est-il préférable au contraire, éliminant ces concepts, de se borner à poser ce que G. Maroger appelle la « norme fondamentale d'affectation » c'est-à-dire d'énoncer que les agents publics sont compétents et seulement compétents pour faire tout ce qui est conforme à l'affectation, leur laissant ainsi le soin de déterminer eux-mêmes, sous le contrôle du juge, les conséquences logiques de la norme d'affectation? Car c'est à cela que se ramène en définitive la théorie qui réduit la « prétendue domanialité publique » à la simple idée d'affectation.

A notre avis la conception traditionnelle est la bonne, ne serait-ce que pour des raisons d'utilité pratique. Nous ne saurions mieux exprimer ces raisons qu'en citant les propres termes employés par G. Maroger pour justifier la distinction du domaine public et du

(1) M. WALINE, *Les mutations domaniales*. Paris, Dalloz, 1925.

domaine privé, distinction dont il demeure au moins partisan. Se demandant s'il vaut mieux adopter une classification des biens administratifs ou se borner à constater la multiplicité des régimes juridiques applicables aux diverses catégories de biens, l'auteur estime que la seconde attitude est peut-être plus juste mais la première certainement plus opportune : « Un souci d'exactitude, écrit-il ne doit pas nous faire méconnaître le prix de la simplicité. Les fonctionnaires, les praticiens et les juges, comme les simples particuliers, ont besoin de classifications, peut-être sommaires mais au moins simples et faciles à connaître et à discerner, qui viennent... fixer les incertitudes, orienter les discussions et guider les solutions ».

Cette opinion, qui nous paraît tout à fait fondée, peut être de la même manière appliquée à la question de savoir s'il vaut mieux inscrire le régime juridique du domaine dans les cadres de notions définies ou le laisser flotter en se contentant de remplacer la notion de domanialité publique par celle, certes plus souple mais combien incertaine, des exigences variables de l'affectation.

Les deux conceptions ainsi opposées trouvent leurs expressions respectives dans les jurisprudences divergentes de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat en ce qui concerne la création de servitudes conventionnelles sur le domaine public. La première admet la possibilité de cette création « dans la mesure où elle ne nuit pas à l'affectation » (Cass. 19 mai 1926, S. 1926. I. 230); la seconde l'écarte par application de l'idée de domanialité (C. E., 3 nov. 1933, *Min. des T. P.*, S. 1934. 3. 41, Note P. L.). G. Maroger reconnaît lui-même que ce choix du Conseil d'Etat « lui a peut-être été dicté par le souci d'assurer l'obéissance à une règle claire et simple de compétence » (*op. cit.*, p. 323).

Au demeurant les notions d'inaliénabilité, imprescriptibilité et autres sont aujourd'hui, à la suite de toutes les études auxquelles elles ont donné lieu, considérées comme assez relatives pour comporter une suffisante souplesse d'application mais il est préférable de laisser au juge le soin d'assouplir un principe qui lui sert au moins de point de départ que de lui offrir comme simple directive une norme générale d'affectation dont l'énoncé abstrait est peut-être aisé mais dont les applications concrètes risquent d'être singulièrement arbitraires.

N'est-il point du reste significatif que des auteurs, et non des moindres, soient parfois revenus sur une prévention initiale à l'égard de certains concepts fondamentaux de la domanialité? Dans son ouvrage précité sur les mutations domaniales M. Waline n'a ni purement et simplement que le domaine public fût inaliénable; sans

désavouer les réserves qu'il énonçait alors au sujet des différences entre l'inaliénabilité du domaine et celle que connaît le droit privé il est cependant conduit aujourd'hui à reconnaître que « l'idée d'inaliénabilité est utile » (*Traité*, 1950, p. 489). Nous pensons en définitive que ce même auteur a raison lorsqu'il estime qu'« il est bon, nécessaire même de maintenir la théorie de la domanialité publique » (note précitée au D. 1934. 2. 101). Si nous ne craignons de paraître rechercher un jeu de mots nous dirions volontiers, écartant à la fois la théorie de M. Jansse et celle de M. Capitant que la domanialité publique doit rester *fondée sur* mais non *fondue dans* l'idée d'affectation.

## § 2. — Propriété administrative et affectation.

A l'exception de M. Jèze, les auteurs actuels admettent que le domaine public est, pour l'Etat, objet de propriété.

Par ailleurs la doctrine habituelle, inspirée, on le sait d'Hauriou, adopte les positions suivantes en ce qui concerne d'une part les relations entre la propriété et l'affectation, d'autre part la nature de ce droit de propriété, c'est-à-dire ses rapports avec la propriété du droit privé.

La propriété du domaine est une propriété grevée d'affectation, dont le contenu est influencé par l'affectation ; ici encore par conséquent les rapports entre la propriété et l'affectation montrent que ces deux notions sont liées mais distinctes ; colorée par l'affectation, la propriété ne se ramène cependant pas à la seule affectation et ne pourrait pas être purement et simplement remplacée par celle-ci (Waline, *Mutations domaniales*, p. 123).

De cette analyse résultent les rapports entre la propriété domaniale et la propriété du droit privé. La propriété du domaine public n'est peut-être pas *fondamentalement* différente de la propriété privée puisqu'elle contient le principe de prérogatives analogues mais ces prérogatives sont modifiées par l'affectation de manière tellement profonde que la propriété du domaine public n'est plus la propriété privée mais une *propriété administrative*.

Celle-ci apparaît donc, au même titre que le contrat administratif par exemple, comme « une transposition de la théorie civiliste, opérée en tenant compte du fait de l'affectation » (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 F. Gény*, III, p. 92 et suiv. ; cf. Alibert, Note au S. 1930. 3. 1).

De part et d'autre de cette conception courante nous trouvons à des époques récentes des thèses qui s'en éloignent, dans des directions du reste opposées.

Pour certains les rapports entre la propriété et l'affectation apparaissent plus étroits que dans l'opinion habituelle et en conséquence la propriété du domaine public diffère radicalement de la propriété privée ; c'est la thèse soutenue par R. Bonnard dans les éditions successives de son précis de droit administratif.

D'autres au contraire dissocient complètement la propriété et l'affectation ; ils en font deux données juxtaposées dans la théorie du domaine mais étrangères l'une à l'autre. Et il en résulte que la propriété du domaine isolée de l'affectation, n'est autre que la propriété privée. Cette seconde conception est celle qu'adoptent G. Maroger dans son livre précité et M. Capitant, dans la préface de cet ouvrage.

I. — En dépit de ses affinités avec l'école de Duguit et de Jèze, R. Bonnard se range, on le sait, parmi les partisans de l'idée de propriété du domaine ; la conception personnelle qu'il en a fournie (*Précis*, 4<sup>e</sup> éd., p. 531) aboutit à resserrer de manière particulièrement étroite les liens entre la propriété et l'affectation et d'autre part à faire de la propriété administrative une donnée fondamentalement différente de la propriété privée.

Pour lui en effet « l'élément premier et irréductible de la propriété c'est le fait de disposer librement de l'utilité d'une chose sur laquelle on a emprise et détention ». Si le propriétaire se réserve à lui-même l'utilité de la chose on est en présence de la « propriété individualiste » ; si au contraire il l'attribue à d'autres tout en en conservant l'emprise et la détention on est en présence de la « propriété sociale » ; c'est à ce dernier type que se rattache la propriété du domaine public.

Ainsi dans la conception de Bonnard d'une part le lien entre la propriété et l'affectation est particulièrement étroit ; l'affectation entre au premier rang dans la *définition même du droit de propriété* puisque celui-ci est précisément conçu comme le pouvoir d'affecter la chose à une utilité individuelle ou sociale ; d'autre part les deux types de propriété, sociale et individualiste, s'opposent radicalement puisque leur différence porte sur cet élément fondamental de la notion de propriété qu'est le type d'affectation. C'est là, sans doute, la part que Bonnard, disciple de Duguit, ménage à l'idée d'une antinomie générale des concepts de droit public et de droit privé.

Nous ne pouvons prétendre entreprendre ici une étude critique

de la construction générale du droit de propriété ainsi esquissée. Des objections nous paraissent cependant s'élever contre cette manière de concevoir — et d'accentuer au maximum — l'opposition des deux types de propriété. Bornons-nous à les indiquer.

Nous avons essayé de montrer ailleurs (1), en commentant la jurisprudence administrative récente, que, même dans la gestion du domaine affecté au public, l'administration retient pour son propre bénéfice de nombreuses et importantes utilités d'exploitation de la chose ; en lui reconnaissant assez hardiment de telles facultés la jurisprudence marque que, même pour le domaine public, il demeure entre la collectivité propriétaire et les usagers un certain partage des utilités attribuées et qu'il devient difficile d'opposer radicalement la propriété d'attribution sociale et la propriété d'attribution individuelle (2).

Mais une autre objection nous paraît s'élever aussi contre le système proposé par Bonnard : L'analyse qu'il donne de la propriété sociale, avec attribution des utilités au public ne vaut que pour une partie du domaine public, le domaine affecté à l'usage de tous. Bonnard l'admet du reste lui-même très nettement en reconnaissant que « pour le domaine affecté aux services publics l'administration s'attribue son utilité à elle-même ». Selon les cas le domaine public serait donc soumis à deux types de propriété différents : la propriété sociale pour le domaine affecté au public, la propriété individualiste pour le domaine affecté aux services. Mais par ailleurs on ne peut guère admettre que la propriété de ce dernier domaine (celle, par exemple, des ouvrages militaires) soit la propriété du droit privé ; dominée par l'affectation, marquée par les règles exorbitantes de la domanialité publique (inaliénabilité, imprescriptibilité, etc.), la propriété de ces biens est, elle aussi, une propriété administrative ; elle diffère de la propriété du domaine privé ; il y aurait ainsi deux types de propriété publique et, finalement dans le patrimoine de l'Etat, trois types de propriété : la propriété sociale du domaine affecté au public, la propriété administrative du domaine affecté aux

(1) V. notre thèse, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*. Bordeaux, 1935.

(2) On peut ajouter que l'application faite partiellement au domaine public de certaines règles empruntées au droit de la propriété privée invite à écarter l'idée de deux types de propriété radicalement différents : on sait par exemple que le domaine public peut être mitoyen de propriétés riveraines ; comment concevoir que dans cette indivision légale qu'est la mitoyenneté s'accouplent deux droits de propriété de nature fondamentalement différente ?

services, la propriété individualiste du domaine privé. Voilà, certes, un aliment d'importance pour l'idée proposée par M. Duverger, et retenue par G. Maroger, de substituer à la division bipartite du domaine une division tripartite. On hésite cependant à multiplier ainsi les types de propriété et l'on préférera sans doute s'en tenir à l'idée de l'unité de la propriété administrative telle que la théorie habituelle la construit autour de la notion commune d'affectation.

II. — Nous avons vu, à l'occasion des rapports entre les idées de domanialité publique et d'affectation que les conceptions récemment exprimées par M. Capitant et G. Maroger s'inspiraient fortement sur ce chapitre des idées de Duguit. Mais dans leur théorie générale du domaine ils s'en séparent nettement en ce qu'ils acceptent l'idée d'une propriété du domaine public. Or, dans la conception de cette propriété ils se séparent par ailleurs du point de vue habituel en ce qu'ils dissocient complètement la propriété de l'affectation ; ils font de ces deux données des éléments de la théorie du domaine juxtaposés et étrangers l'un à l'autre. A cette dissociation ils sont du reste conduits par une autre préoccupation dont il nous faut par conséquent faire état en premier lieu : la préoccupation, diamétralement opposée à celle de Bonnard, d'assimiler la propriété du domaine public à la propriété privée.

Cette assimilation avait été déjà tentée en France par M. L. Bernard dans une thèse déjà ancienne (1). Mais cet auteur, qui s'est surtout attaché à réfuter la conception de la propriété publique d'Otto Mayer, analysée en un domaine de souveraineté, ne semble pas avoir apporté une démonstration très convaincante car il établit surtout que la propriété du domaine peut rentrer dans une définition très générale du droit de propriété, définition dont il admet lui-même qu'elle est « bien différente de celle de l'article 544 du Code civil ».

Par ailleurs on trouve dans Hauriou lui-même une certaine assimilation de la propriété administrative à la propriété privée ; mais cette assimilation n'est que partielle et relative. Se demandant en effet si « la propriété du domaine public est foncièrement différente de celle du domaine privé » Hauriou expose de la manière suivante

(1) L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du domaine public*. Thèse Aix. 1910.

Sur l'idée de propriété privée du domaine public dans certains droit-étrangers, v. K. ISKROW, *Nature juridique des choses publiques*. R. D. P. 1930, p. 670.

ce qu'il estime être, « l'opinion la plus séduisante » ; les administrations n'auraient qu'un domaine qui serait, en somme, le domaine privé, objet de propriété ordinaire ; il y aurait ainsi « unité du domaine public et du domaine privé au point de vue de la nature de la propriété » ; seulement cette unité ne concernerait que la *jouissance* du droit de propriété et non pas son *exercice* : « Au point de vue de la jouissance du droit il n'y a qu'une seule forme de propriété dans les deux domaines ; au point de vue de l'exercice du droit il y a deux formes parce que, tandis que le domaine privé est administré par des procédés de la vie privée, le domaine public est administré par des procédés de la vie publique » (1). Toutefois s'il apparaît ainsi qu'Hauriou penchait pour une certaine assimilation des deux types de propriété il n'en demeure pas moins le théoricien de la propriété administrative, liée à l'affectation ; ce qui demeure de lui c'est avant tout la démonstration du particularisme de la propriété administrative dont il a dit du reste ailleurs : « Si le droit du domaine public est un droit de propriété ce n'est pas la propriété ordinaire, c'est une propriété qui mérite le nom de publique ».

Dans cette mesure les idées de G. Maroger et de M. Capitant sont nouvelles. Pour eux en effet la propriété du domaine public est de même nature que celle du domaine privé ; c'est dire qu'elle est la propriété privée. « La propriété domaniale, dit M. Capitant, est donc, abstraction faite de son titulaire, une propriété privée » (Préface de l'ouvrage de G. Maroger, p. vi, cf. Maroger, p. 578).

Comment ces auteurs en arrivent-ils à une telle affirmation en dépit du particularisme de la propriété domaniale ? Car ils ne peuvent nier tous les effets soit positifs (exaltation de prérogatives), soit négatifs (limitation de compétences) de l'affectation. C'est que, par une dislocation qu'ils estiment fondamentale, ils dissocient dans la condition du domaine l'aspect propriété et l'aspect affectation. Nous avons vu plus haut M. Capitant unir la domanialité et l'affectation au point de les identifier ; il en va tout autrement des rapports de la propriété et de l'affectation.

L'autonomie réciproque de ces deux notions apparaît de deux manières :

(1) M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 12<sup>e</sup> édit., p. 644, note 1.

Exprimant un point de vue comparable Barckhausen, dans son étude connue sur la théorie générale du domaine public (R. D. P. 1902-1903) estimait qu'il n'y a qu'un domaine sur lequel l'Etat exerce son droit de propriété mais que, dans ce domaine il existe des biens qui, par suite de leur affectation, sont soustraits à certaines conséquences du droit de propriété.

Tout d'abord et contrairement à l'opinion habituelle (Hauriou, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 787, note II ; Bonnard, *op. cit.*, p. 554 ; Duverger, *op. cit.*, p. 2) G. Maroger estime que l'*acte d'affectation* n'a rien à voir avec la propriété c'est-à-dire que la compétence pour affecter n'est pas une prérogative du propriétaire (p. 579). Cette thèse trouve naturellement argument dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux mutations domaniales.

Mais d'autre part c'est le *régime lui-même de l'affectation* qui, au sein de la domanialité, doit être dissocié du régime de la propriété. C'est M. Capitant qui, sur la base des recherches de G. Maroger, porte cette seconde idée à son point le plus avancé (*op. cit.*, p. vi et vii) ; selon lui « le régime domaniale est un régime mixte : régime de droit privé si l'on songe à l'élément de propriété qu'il comporte, régime de droit public si l'on songe à l'affectation... ». En d'autres termes il ne conviendrait plus de parler de propriété d'affectation ; il y aurait d'un côté la propriété, analogue à la propriété privée et même *relevant du droit privé*, de l'autre l'affectation, *relevant seule du droit public* : « C'est le régime d'affectation seul qui déroge au droit commun ».

Une telle dissociation aboutit évidemment à un système quelque peu boiteux car il accole une institution, un droit défini : le droit de propriété, à un simple but, une simple idée : l'idée d'affectation, laquelle demeure ainsi en l'air, sans support juridique ; cette inélégance n'a pas échappé aux auteurs en question encore que G. Maroger ait tenté de solidifier en quelque sorte le concept d'affectation en développant son caractère de « norme fondamentale » (p. 449 et suiv.). Sans doute est-ce cette insatisfaction qui les a conduits à construire l'idée d'affectation sur la base d'un droit défini ; ils ont pour cela repris la théorie de l'affectation conçue comme une *servitude d'intérêt général*, théorie soutenue en 1909 par M. Georges Tessier dans ses conclusions sur l'affaire *Ville de Paris* (1) et à laquelle M. Capitant avait déjà donné son adhésion dans son commentaire de l'arrêt *Commune de Barran*.

On connaît cette théorie. Elaborée, on peut le dire, pour les besoins de la cause, en matière de mutations domaniales, elle consiste à admettre que les diverses collectivités publiques sont propriétaires de leurs domaines publics respectifs mais que sur cette propriété pèse une « servitude d'intérêt général » dont l'Etat reste toujours le maître. On sait quel service cette conception a rendu en l'espèce au

(1) C. E., *Ville de Paris*, 16 juillet 1909, R. p. 707.

Conseil d'Etat pour justifier les changements d'affectation imposés unilatéralement par l'Etat aux collectivités locales. Mais on devine aussi quel parti en tirent M. Capitant et G. Maroger pour construire leur théorie générale : Envisageant l'affectation comme une servitude grevant la propriété, ils peuvent dissocier les deux notions et, rapportant à la servitude tout le particularisme de la domanialité, ils découvrent sous elle une propriété du type ordinaire. « Le régime de la domanialité publique, si l'on entend par là un régime exorbitant du droit commun, s'applique, nous dit M. Capitant, non pas à la propriété du domaine, mais seulement à la servitude qui la frappe, autrement dit à l'affectation qui la grève » (1).

Ces conceptions, à prime abord séduisantes, ne nous paraissent pourtant pouvoir être acceptées ni en ce qui concerne la théorie de la servitude d'intérêt général, ni en ce qui concerne d'une manière plus générale la dissociation des idées de propriété et d'affectation.

1° Il n'est guère contestable que la notion de servitude ne peut être appliquée à l'affectation domaniale qu'au prix d'une défiguration complète. Sans doute toute transposition en droit public d'une notion issue du droit privé comporte-t-elle des adaptations ; mais encore faut-il que l'on retrouve finalement les données au moins fondamentales de la notion utilisée. Il faut bien dire qu'ici ce sont les plus élémentaires que l'on cherche en vain.

On constatera d'abord que la prétendue servitude ne met généralement pas en présence deux fonds ; à la rigueur cette première donnée de la définition des servitudes pourrait-elle apparaître dans les hypothèses de mutations domaniales où le domaine local est muté au profit d'un domaine national voisin ; mais lorsque l'on veut généraliser la conception de la servitude on doit perdre tout espoir de découvrir un fonds dominant ; si l'on entend dire par exemple que dans le régime d'une route nationale, d'un ouvrage militaire, l'affectation est une servitude, où est le fonds dominant ?

D'autre part si l'on recherche quel est le bénéficiaire de la servitude on ne peut manquer d'être troublé en constatant qu'il n'est autre en définitive, dans la majorité des cas, que le propriétaire lui-même.

(1) Saleilles avait déjà avant 1909 défini le domaine public comme un « domaine de propriété soumis à une servitude d'intérêt général » (*Des questions de domanialité dans leur application aux objets mobiliers*, in *Revue bourguignonne d'enseignement supérieur*, 1891, p. 635 et suiv.). Mais par ailleurs il n'en considérait pas moins nettement que le droit de propriété du domaine public « n'est plus à aucun titre une propriété privée... mais une propriété de droit public » (Note au S. 1895. 2. 185).

En invoquant l'adage du Digeste *Nemini res sua servit* les civilistes soulignent pourtant que la distinction entre le titulaire de la propriété et celui de la servitude est un des éléments nécessaires de la définition la plus générale et la plus antique des servitudes.

Quel est en effet le bénéficiaire de la prétendue servitude d'intérêt général ?

Il faut, selon M. Capitant, distinguer : Dans le cas des immeubles affectés à l'usage de tous le titulaire de la servitude est le public lui-même. Dans le cas des immeubles affectés aux services publics c'est l'Etat.

Remarquons ainsi qu'il existe au moins toute une catégorie domaniale, celle des dépendances du domaine national affectées aux services publics où l'Etat est titulaire de la servitude qui grève son propre bien.

Mais n'en est-il pas finalement de même pour le domaine national affecté à l'usage de tous ? On aperçoit en effet aisément jusqu'à quelles audaces entraîne dans cette hypothèse l'idée de servitude au profit du public : elle exige d'abord — puisqu'une servitude est un droit réel — que l'on analyse comme un droit réel le pouvoir des usagers de circuler sur les voies publiques ; même les auteurs qui assimilent à un droit réel administratif la situation du riverain ou de l'occupant n'osaient point aller jusque-là. D'autre part il faut encore assigner à ce prétendu droit réel un titulaire juridiquement acceptable ; le public n'étant qu'une masse anonyme dépourvue de personnalité juridique il faut admettre que les titulaires de la servitude seraient les innombrables usagers pris *ut singuli*. Enfin, même si l'on acceptait de telles conceptions — que G. Maroger s'est habilement mais paradoxalement efforcé de défendre (*op. cit.*, p. 365 et suiv.) — il n'en resterait pas moins que c'est l'Etat qui exerce dans l'administration du domaine public les compétences juridiques de réglementation, de gestion, etc., fondées sur l'affectation. On en revient ainsi à constater que l'Etat propriétaire du domaine public exerce — pour le compte du public, si l'on veut — le droit de servitude dont est grevé son propre bien.

2° Débarrassée de la théorie inacceptable de la servitude la conception générale de M. Capitant et de G. Maroger peut-elle encore néanmoins être retenue ? Peut-on assimiler la propriété du domaine public à la propriété privée ?

Une telle assimilation suppose, rappelons-le que l'on dissocie la propriété de l'affectation car le régime de l'affectation est marqué, par rapport au régime de la propriété ordinaire, d'un particularisme

évident. Or cette dissociation nous paraît, en elle-même, inadmissible, notamment pour les deux raisons suivantes :

D'abord une telle dissociation conduit à considérer, au sein de la domanialité publique, toutes les conséquences de la propriété comme relevant du droit privé et toutes les conséquences de l'affectation comme relevant du droit public. C'est là du reste, nous l'avons vu, l'opinion nettement exprimée par M. Capitant. La conséquence logique de cette analyse est que, au point de vue contentieux, l'aspect propriété du régime domanial devrait relever des tribunaux judiciaires, l'aspect affectation des tribunaux administratifs. Ceci ne correspond évidemment pas à la jurisprudence française selon laquelle le contentieux du domaine public appartient dans son ensemble à la juridiction administrative, même lorsqu'il s'agit des aspects de la gestion domaniale les plus étroitement liés à l'idée de propriété par exemple du contentieux des permissions de voirie et des locations du domaine public. Que l'on songe par exemple à la compétence des conseils de préfecture imposée par le décret-loi du 17 juin 1938 pour le contentieux de tous les contrats comportant occupation du domaine public (1). Au reste on n'a pas besoin de dire quelle nouvelle source d'incertitude la distinction d'un contentieux judiciaire de la propriété et d'un contentieux administratif de l'affectation introduirait dans une répartition générale des compétences dont on ne sait que trop quelle crise grave elle traverse à notre époque.

Cette incertitude proviendrait immanquablement de la difficulté de déterminer ce qui relève de l'une et de l'autre notions et ceci nous amène à la seconde raison pour laquelle leur dissociation nous paraît inacceptable.

En elle-même cette dissociation n'est qu'une pure vue de l'esprit, en réalité inapplicable. Il est en effet pratiquement impossible d'opérer dans le régime de la domanialité publique un tri entre ce qui revient à la propriété et ce qui revient à l'affectation. Car dans chaque aspect de ce régime les deux idées se retrouvent étroitement associées et il n'est point possible, sinon par une analyse intellectuelle sans portée pratique, de les séparer. Que l'on songe par exemple à la police de la conservation du domaine : on y décelera un mélange indécomposable des idées de propriété et d'affectation. G. Maroger le reconnaît lui-même : « la police de la conservation... apparaît

(1) V. sur cette question : WALINE, Note au D. 1944. I. 17. CHARLIER, Chronique in Semaine Juridique, 1943. I. 372.

avant tout, non pas seulement comme une prérogative de la propriété mais comme un des modes d'organisation de l'affectation... » (*op. cit.*, p. 268).

Ainsi la propriété du domaine public, ne pouvant pas être saisie indépendamment de l'affectation, se révèle toujours marquée de ce particularisme qui empêche de l'assimiler à une propriété privée.

\*  
\*\*

Les observations critiques que nous venons de présenter pourraient se passer de conclusion. Ayant seulement tenté de réfuter quelques opinions récemment proposées et qui s'écartent de la conception habituelle de la domanialité publique, il va de soi que c'est à cette conception que nous estimons devoir rester fidèle. Sans prétendre naturellement exposer à nouveau cette théorie il ne nous paraît pas inutile cependant d'insister sur certains de ses traits dont notre étude nous a conduit à apprécier l'importance.

1° A notre avis les notions de *domanialité publique* et de *propriété administrative* se recouvrent exactement. Elles ne sont que les deux qualifications d'une même institution dont la première désigne le régime juridique et la seconde la nature juridique. Nous prenons ainsi le contre-pied de la thèse soutenue par M. Capitant pour qui, nous l'avons dit, « le régime de la domanialité ne s'applique pas à la propriété du domaine mais seulement à la servitude qui le frappe ».

Mais notre affirmation pourra à son tour paraître excessive. On peut être en effet tenté de considérer que dans l'ensemble du régime domanial certaines compétences administratives seulement se rattachent à l'idée de propriété, la propriété administrative étant ainsi simplement l'un des éléments de la domanialité. On songe notamment au pouvoir de police de l'utilisation (par opposition à la « police de la conservation ») en particulier à la police de la circulation exercée sur les voies publiques. Sans doute Hauriou a-t-il soutenu que les droits de police sont eux-mêmes des facultés de la propriété, tout propriétaire ayant la police de son domaine puisqu'il peut instituer des gardes particuliers assermentés (Hauriou, *op. cit.*, p. 644, note 1). Toutefois une telle assimilation n'est guère admise en général ; l'opinion courante distingue au contraire la « police » de la « gestion » c'est-à-dire de la propriété (1) et nous pensons nous-même que le

(1) Cf. G. WATRIN, *Quelques rapports entre les notions de police, domaine public et service public*. R. D. P. 1936, p. 147 et suiv.

pouvoir de police ordinaire n'est pas une manifestation du droit de propriété (cf. notre thèse de doctorat précitée). Mais précisément nous estimons aussi que la police de l'utilisation, exercée sur le domaine public, ne fait pas partie de la « domanialité ». Nous pensons qu'il faut entendre par domanialité publique non pas indifféremment toutes les règles et compétences qui ont pour siège le domaine public mais seulement celles qui, n'existant que sur le domaine public, sont conditionnées par la présence de celui-ci et ont ainsi pour source le droit général que l'Etat exerce sur son domaine public. Le pouvoir de police ordinaire n'a rien de spécial au domaine public sinon que ses moyens d'action y sont plus développés que sur les propriétés privées de même que, sur celles-ci, ils le sont davantage à l'égard des « lieux ouverts au public » qu'à l'égard des propriétés closes.

Sans doute cette observation ne vaut-elle que pour la police ordinaire ou de « l'utilisation » ; elle n'est point vraie pour la police dite « de la conservation ». Celle-ci, c'est-à-dire le pouvoir d'édicter des règlements assortis de sanction pénale *en vue de la protection matérielle d'un bien*, est spéciale au domaine public ; elle lui est même tellement spéciale que M. Alibert, dans une note de jurisprudence connue (1) a cru pouvoir en faire le critère même du domaine public. La police de la conservation fait donc bien partie, elle, de la domanialité publique ; mais nous croyons précisément qu'elle est, à la différence, de la police de la circulation, une manifestation du droit de propriété administrative (2). En définitive la propriété administrative est la qualification du droit spécial que l'administration détient sur son domaine public et qui se manifeste par le régime de la domanialité.

2° Une seconde remarque nous paraît mériter d'être présentée au sujet du rôle de la notion d'affectation.

Les expressions courantes de « propriété limitée par l'affectation » ou « grevée d'affectation » tendent à faire apparaître l'affectation comme ayant surtout pour effet de paralyser certaines facultés ordinaires du propriétaire ; elles sont ainsi favorables à la conception de l'affectation-servitude.

En réalité l'affectation, qui anime la propriété administrative et circule en elle comme un sang pour lui donner sa vie et sa person-

(1) R. ALIBERT, Note au S. 1930. 3. 1.

(2) V. à ce sujet notre thèse précitée, p. 244 et suiv. ; cf. J. LAFERRIÈRE, *Le droit de propriété et le pouvoir de police*. Thèse Paris, 1908, p. 37.

nalité, a autant un effet d'exaltation que de limitation de compétences. Hauriou a insisté sur ces « deux séries de modifications » qu'elle entraîne et dont « les unes grandissent l'exercice du droit de propriété et le rendent exorbitant du droit commun, les autres restreignent au contraire cet exercice » (*op. cit.*, p. 644, note 1).

Les effets d'exaltation sont pour la plupart bien connus et tout à fait classiques : le pouvoir d'étendre la propriété publique à l'occasion de sa délimitation (alignement), le pouvoir de réglementer sous sanction pénale pour la protection du domaine (police de la conservation), etc... Assez récemment le Conseil d'Etat en a dégagé de nouveaux, et des plus significatifs :

Il a décidé par exemple que la gestion du domaine public permettait à l'administration d'imposer à un simple particulier, usager du domaine, des obligations de service public, de créer ainsi des services publics par voie administrative, pouvoir particulièrement remarquable et exorbitant, tellement exorbitant même que certains s'en sont émus.

Nous faisons allusion à la série des arrêts *Chambre syndicale des entrepreneurs*, 23 juin 1939 (p. 429), *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, 5 mai 1944 (R. D. P. 1944, p. 236), *Société Radio-Atlantique*, et *Compagnie carcassonnaise*, 6 février 1948 (R. D. P. 1948, p. 244) rendus sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement, M. Chénot. La doctrine qui se dégage de ces décisions et qui a provoqué les observations critiques de M. Waline (Note au Rec. Penant, 1947, p. 101 et article sur les *Vicissitudes récentes de la notion de service public*, in *Revue administrative*, 1948, n° 5, p. 23) est que l'administration peut, à l'occasion de la gestion du domaine public et par le moyen des autorisations d'utiliser le domaine qu'elle accorde aux particuliers, transformer des entreprises privées en services publics. Sans doute cette conception s'appuie-t-elle en partie sur un prétendu caractère de « service public virtuel » que présenteraient déjà en elles-mêmes, du fait de leur objet, les entreprises qui se voient ainsi imposer des obligations de service public. Cette notion de « service public virtuel » imaginée jadis par M. Pierre Laroque (Note au S. 1933. 3. 41) est en effet reprise et utilisée par M. Chénot dans ses diverses conclusions. Mais M. Chénot l'associe toujours pour justifier le pouvoir exorbitant de l'administration, à la notion de domanialité et à la conception moderne de la gestion du domaine ; ainsi dans ses conclusions sur l'affaire *Compagnie de l'Afrique orientale* après avoir rappelé que « le domaine public est devenu un bien dont l'administration doit assurer, dans l'intérêt général, la meilleure

exploitation » le commissaire du gouvernement ajoute que « rien ne s'oppose par suite à ce que le procédé de la permission de voirie marque l'origine de l'institution d'un service public » et encore que « l'intervention administrative prend ses assises dans la notion du domaine public d'une part, dans la notion de service public d'autre part ». Il est en tout cas significatif que dans tous ces arrêts la transformation par voie administrative d'une entreprise privée en service public ait été réalisée, comme le dit encore M. Chénot, « par le biais » d'une autorisation *accordée sur le domaine public* maritime (affaire *Compagnie d'Afrique orientale*), aérien (affaire *Radio-Atlantique*) ou terrestre (affaire *Compagnie carcassonnaise*).

Ainsi la propriété administrative apparaît comme un régime de compétences à certains égards limitées mais, à d'autres égards, au contraire exaltés par l'affectation. Cette constatation fournit d'une part un nouvel argument contre la thèse de l'affectation assimilée à une servitude car une servitude ne peut que limiter les pouvoirs du propriétaire ; d'autre part elle oblige à considérer la propriété administrative comme une propriété d'un type original ; elle interdit d'y voir une propriété privée dont les démembrements pourraient sans doute être comparés à ceux que l'on rencontre en droit privé mais dont les dilations exorbitantes sont vraiment spécifiques du droit administratif.

A. DE LAUBADÈRE,

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier,  
Directeur des Centres d'Etudes Juridiques du Maroc.