

RFDA 2006 p.963

La propriété éminente de l'Etat (1)

Xavier Bioy, Professeur agrégé de droit public à l'Université des Sciences sociales - Toulouse I ; Centre d'Etudes et de Recherches Constitutionnelles et Politiques (CERCP)

L'essentiel

A partir des redéfinitions contemporaines de la propriété autour du lien entre un bien et une personne, il est possible de rassembler dans une théorie de la propriété éminente de l'Etat les prérogatives dont dispose ce dernier en matière de propriété : captation des biens, choix de l'usage des biens, unité de ces deux temps en raison des finalités d'intérêt général. Cette théorie se distingue de celles du « domaine éminent » et de la « propriété administrative » ; elle met en lumière le rôle de la Loi, comme expression de la puissance publique, mais aussi la dimension patrimoniale et personnelle de ces pouvoirs étatiques en matière de propriété.

« L'occasion n'occasionnerait même pas si elle ne présupposait la cause éminente qui la rend occasionnelle »

V. Jankélevitch., *Le Je-ne-sais-quoi et le presque-rien*, PUF, 1957, p. 105.

Les mutations contemporaines du droit des biens publics, en particulier la diversification du domaine public entre différentes personnes publiques et l'extension du pouvoir de disposition des collectivités publiques, ont amené la doctrine à renouveler les cadres de pensée de la propriété publique. Désormais, le code général de la propriété des personnes publiques (2) achève de consacrer, plus qu'un terme, un concept juridique qui façonne le droit des biens publics comme il ordonne celui des biens privés (3).

Ce n'est cependant là qu'un aspect d'un mouvement plus général qui affecte la propriété (4). La propriété et l'idée de droit de propriété qui la traduit font en effet l'objet depuis bientôt deux décennies d'une redéfinition qui ne s'attache plus guère aux prérogatives conférées (définition en extension) mais se focalise sur son principe (5), celui d'un rapport entre une personne et une chose (définition en compréhension, c'est-à-dire selon son principe même) (6). La propriété sert alors de modèle à tout traitement juridique de la relation entre un sujet et un objet (7), son appropriation et son utilisation. On peut ainsi s'accorder avec l'idée que la propriété n'est pas en elle-même un bien, ni un droit patrimonial mais se réduit à une prérogative du sujet sur un bien (8). La notion de propriété se recentre sur deux aspects : être titulaire du droit de propriété et se servir de la chose : avoir à soi et gérer (9) ; avoir un lien avec le bien et en disposer (10). On ne prendra donc pas ici le terme de propriété au sens qu'il acquiert au pluriel (« les propriétés »), c'est-à-dire la chose elle-même, mais au sens du pouvoir qui s'établit sur elle en fonction de la personne (11). Cette « déréalisation » du droit de propriété, qui distingue bien la propriété et les propriétés, se réalise également par la tendance du droit positif contemporain à l'envisager comme une liberté à part entière (12). Les trois types de prérogatives, dites « utilités », que sont l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*, ne définissent pas le droit de propriété mais « les pouvoirs de fait qu'un propriétaire est susceptible d'avoir sur la chose (...) ». Elle n'est pas une liste exhaustive (...) et le *fructus* et l'*abusus* peuvent être ramenés à une forme d'usage » (13). Frédéric Zenati et Thierry Revet vont très loin dans cette perspective en affirmant que l'*abusus*, bien que permettant de faire disparaître le rapport de propriété en supprimant la chose, n'en est pas moins seulement un droit d'usage dont le propriétaire peut se passer sans pour autant perdre sa qualité.

Si cette opinion permet de prendre l'exacte mesure de ce que la propriété, en droit public (14), est une question de titulaire avant d'être une question de prérogative (ce qui pourra contribuer à la séparation théorique entre propriété et domanialité), cela n'est pas très éclairant en pratique dans la mesure où celui qui use de la chose d'autrui est le plus souvent tenu de la conserver. On doit retenir que disposition et *abusus* ne se confondent pas, mais la première intègre le second. Si *abusus* désigne tantôt l'acte juridique de disposition (l'aliénation), tantôt les actes matériels d'affectation à un usage, le terme disposition sera ici employé au sens commun (pouvoir d'utiliser le bien et donc de lui donner une destination) et non au sens étroit du code civil (abandon, aliénation, constitution de droits réels). Le pouvoir de disposition dépasse donc le pouvoir d'aliéner. Cette façon d'analyser la propriété éclaire le droit positif, notamment sur la manière dont le Conseil constitutionnel dépasse ainsi les termes de l'article 544 du code civil pour n'établir le droit de propriété que sur ses deux fondements : la libre disposition et la possession/dépossession (15).

Le caractère heuristique de ces représentations dans le cas des biens publics peut encore être montré. Cette idée sous-tend les monographies récentes en la matière. Qu'il s'agisse de refonder le droit des propriétés publiques sur le modèle du domaine privé des personnes publiques (16) ou sur la propriété de droit privé (17), elles insistent sur la nécessité de privilégier le critère organique afin de fonder la publicité sur autre chose que l'affectation (18). Elles développent l'idée, encore novatrice, de concilier la propriété publique avec la vision dualiste du droit de la domanialité publique qui repose sur la dissociation de la propriété et de l'affectation. La propriété publique se fonderait sur la personnalité et non sur l'affectation qui, elle, caractérise la domanialité (19). Il s'agit en fait d'éviter, comme dans la théorie classique, que propriété et domanialité ne fassent double emploi. Ces analyses de droit public s'inspirent de la source constitutionnelle commune que constituent les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes desquels la doctrine établit tout à la fois l'unité de protection du droit de propriété et la spécificité du régime des propriétés publiques. Non réduite à ses utilités mais au mécanisme qui les permet, la propriété redevient un lien entre une personne et un bien. Les pouvoirs relatifs à l'usage, la gestion ou encore l'affectation d'un bien s'analysent en termes de propriété, de capacité à accomplir des actes juridiques relatifs au bien.

Cette recomposition fait donc une place déterminante au critère organique (20) et à la personnalité de droit public. Classiquement, une part de la doctrine a tendance à ramener la notion de propriété publique vers celle de domanialité en retenant deux critères : l'appartenance à une personne publique et un usage public. Au contraire, en se situant par rapport aux travaux de Philippe Yolka (21) et Hervé Moysan, on peut ne retenir que l'aspect

organique de la propriété, celui-ci ayant, à lui seul, des incidences sur le régime des biens. La personnalité morale de droit public, avec son cortège d'intérêt général, de souveraineté, d'unilatéralité, marque de son empreinte un droit de la propriété qui ne se résume pas aux formulations de l'article 537 du code civil (22). Un droit de la propriété unique, donc, mais un droit des propriétés publiques à l'autonomie relative, fondée sur la nature exorbitante de leurs titulaires, les personnes publiques.

Ainsi selon Philippe Yolka la propriété est le pouvoir d'affecter une chose à une utilité ; l'affectation au domaine n'étant qu'une « exaltation » des effets de l'appartenance. En fait, bien qu'aucun texte ne l'explique ainsi (23), l'affectation, liée à l'acte de gestion est une prérogative du propriétaire (24). Rien ne s'oppose vraiment à ce que l'affectation, en dépit des contraintes spécifiques qu'impose la domanialité, se range sous la coupe du pouvoir général de disposer qui caractérise la propriété (25). L'affectation peut toutefois être contrainte par la loi, c'est-à-dire l'Etat lui-même, cela ne remet pas en cause son caractère propriétaire (26), elle est par là toujours acte de volonté (27). On se souvient également de la distinction qui était notamment celle d'André de Laubadère entre l'« affectation-incorporation » (acte non propriétaire) et l'« affectation-destination » (acte propriétaire). Or l'incorporation, c'est-à-dire le choix de soumettre les biens à un régime dérogatoire nous paraît relever du pouvoir propriétaire tel que nous choisissons de le définir ici.

On proposera de redonner à la notion de propriété toutes ses dimensions en y intégrant également les manifestations de domanialité (28). Si, comme les théories de la propriété administrative, la propriété éminente de l'Etat présente une conception propriétaire du régime du domaine public, il n'est cependant pas question de confondre le régime domanial avec ce qui relève du strict rapport entre un bien et une personne. On parlera alors d'un côté de possession (être titulaire d'un bien) et de l'autre de disposition (user d'un bien), d'un côté de la captation, de l'autre de l'affectation ; deux aspects d'une même « propriété » qui se trouvent, en droit public, enchaînés l'un à l'autre par la finalité d'intérêt général des biens publics.

Dans cette perspective, une impression d'ensemble se dégage, celle d'une propriété éminente de l'Etat. Rapportées à l'Etat, ces deux dimensions de captation des biens (expropriation, biens en déshérence, préemption, nationalisation...) et d'affectation (de ses propres biens mais surtout de ceux d'autrui (mutations domaniales, mise à disposition des biens transmis dans le cadre de la décentralisation, limite de sortie du territoire de biens appartenant au patrimoine culturel) apparaissent comme des manifestations diverses d'une maîtrise par l'Etat de la propriété des autres personnes, privées et publiques, morales et physiques (29). Plus que la distinction des deux, qu'une nouvelle fois on tient pour acquise, ce qui nous occupera sera d'établir du seul point de vue de l'Etat la profonde unité de ces deux dimensions dans un renouvellement de la théorie de la propriété éminente de l'Etat qui apparaît aujourd'hui bien vivante. En dépit de la montée en puissance d'autres personnes publiques, l'Etat émerge toujours : « l'Etat dispose d'un droit régalien sur le territoire national qui l'autorise à exproprier, au nom de l'utilité publique, les propriétés privées ou publiques, à donner une affectation publique à ses propres propriétés et à modifier unilatéralement l'affectation de celles des autres personnes publiques au cas où elles refuseraient d'y consentir » (30). Ce pouvoir de l'Etat sur les biens, on doit rechercher sa nature (propriétaire sans doute) et sa portée (le terme d'éminent, autrefois attaché au domaine, indique assez sa présence sur d'autres pouvoirs propriétaires). Au sein d'un droit des propriétés publiques toujours moins exorbitant (31), les prérogatives de l'Etat conservent un caractère éminent de puissance publique. Bien sûr, cette approche synthétique peut susciter des réserves quant au lien entre propriété et souveraineté ou quant au lien qu'elle entretient avec l'ancienne théorie du domaine éminent. Elle suscite deux questions corollaires.

Première question : est-ce encore de la propriété ou est-ce de la souveraineté ? Gageons qu'être titulaire du bien ou jouir des biens d'autrui, aussi distinctes soient-elles, sont deux dimensions d'un seul et même concept de propriété (32). Nous sommes face à deux dimensions qu'il convient de ne pas disjoindre : c'est le va-et-vient permanent entre possession et affectation (l'une appelant l'autre comme prélude ou condition) qui fait l'éminence de la propriété de l'Etat. L'Etat ne devient pas propriétaire pour devenir propriétaire, pas plus qu'il ne modifie la destination d'un bien appartenant à autrui sans une solide justification ; cette éminence de la propriété s'exerce en vue d'une affectation à l'intérêt général dont l'Etat demeure seul juge sous le contrôle des juridictions administratives et constitutionnelle. Ce pouvoir recouvre en fait un ensemble de prérogatives diverses qui relèvent des propriétaires publics des biens (Etat, collectivités territoriales, établissements publics) mais l'Etat peut également intervenir sur les biens des autres personnes morales de droit public ; il peut enfin capter les propriétés des individus en vue de les affecter à une utilité publique. En ce sens l'Etat est un « super propriétaire » ; il dispose d'une propriété éminente (33). Avec l'idée d'une propriété éminente de l'Etat, on mesure que l'affectation (au seul sens formel) des biens à des finalités d'intérêt général atteste du maintien d'une orientation finaliste du droit public des biens, au-delà du seul champ de l'affectation domaniale (matériellement et formellement). L'Etat manifeste, en acte, un pouvoir général d'affectation des biens en faveur de l'intérêt général (34).

Seconde question : n'est-ce pas ce que l'on connaît déjà sous le nom de « domaine éminent » ? Les deux pans de cette notion posent problème en eux-mêmes et ne rendent pas compte de la captation et de la disposition. Tout d'abord, la notion de domaine. On doit tout de suite écarter le débat, longtemps mené et pourtant irrésolu, sur la portée qu'il convient de donner aux articles du code civil qui évoquent le domaine de l'Etat dès que les biens en cause sont insusceptibles d'appropriation privée. Il semble qu'il ne faille pas les interpréter à la lettre et, à la manière de Marie-Aimée Latournerie, poser que dans ce cadre « domaine » équivaut à « propriété publique » (35). Cette lecture peut s'autoriser de l'histoire même de la notion de *dominium* qui, à Rome s'entend comme une puissance attachée à la personne et non comme droit réel (36). On tiendra pour distinctes les questions de domanialité et de propriété, même si la première dépend de la seconde et s'y superpose. L'affectation domaniale est un aspect de l'affectation propriétaire et l'Etat y joue le premier rôle. Ainsi, on s'aperçoit que l'incorporation relève toujours de l'Etat ne serait-ce que par obligation législative ou réglementaire (37).

Le qualificatif d'« éminent » renvoie ensuite non seulement à ce qui revêt une importance particulière, un intérêt supérieur, mais encore à ce qui est fondamental, essentiel, source d'autres manifestations. En ce sens, la propriété de l'Etat est bien éminente mais face au retour des théories du domaine éminent (38) il convient de mettre en avant les éléments propriétaires plus que domaniaux. La notion de domaine éminent renvoie plus généralement à une emprise de l'Etat sur son territoire. Appartenant au champ du droit international et de la théorie de la souveraineté externe, le domaine éminent s'envisage non pas exclusivement en terme de propriété mais plus généralement de prérogatives de souveraineté afin de donner au pouvoir une assise territoriale. On le voit, la théorie du domaine éminent est à recomposer pour éclairer autrement les « anomalies » de la théorie domaniale telles que les mutations domaniales et les transferts de gestion ou encore les transferts de biens subséquents aux transferts de compétence de la décentralisation. Lorsque l'Etat dispose d'une manière ou d'une autre (mutation domaniale ou transfert de gestion autoritaire) du bien d'autrui, il met en oeuvre une prérogative propriétaire sans mettre en cause le droit de propriété dans sa dimension de titularité.

Les sources constitutionnelles d'une propriété éminente seraient enfin distinctes de celles du domaine éminent. Sans lien avec la souveraineté ou le territoire ou encore avec une préséance de l'Etat sur les biens d'autrui, les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'un plaçant le droit de propriété sous la protection de l'Etat, l'autre lui permettant d'affecter un bien à l'utilité publique, fondent le rôle de la loi dans l'administration des biens. La mise en perspective contemporaine par le Conseil constitutionnel de l'action du législateur quant au domaine public sous la notion de service public achève de fonder la domanialité sur autre chose que la souveraineté. L'article 34 de la Constitution de 1958 confie encore à l'Etat législateur le soin de poser des normes, expression des intérêts propres de l'Etat propriétaire. L'Etat comme législateur fournit à l'Etat comme personne publique propriétaire les pouvoirs de sa suprématie. Ces deux aspects fort différents ne se séparent pas lorsque l'on parle de captation des biens et de leur affectation à l'intérêt général. C'est dans le rôle de la loi que la propriété éminente de l'Etat trouve son unité. La loi détermine l'intérêt général qui justifie la captation des biens en vue de leur affectation. L'analyse permet ainsi d'établir une cohérence entre puissance publique, propriété et personnalité achevant de faire de l'Etat un sujet de droit complet sur le modèle individuel et libéral dont il demeure par ailleurs le garant.

On perçoit mieux maintenant l'intérêt d'une théorie de la propriété éminente de l'Etat comme perspective d'approche du droit positif. En rassemblant autour de la notion de propriété, telle qu'ici posée, les différents pouvoirs dont l'Etat dispose en matière de droit des biens, l'analyse permet de mettre en valeur leur unité. Les prérogatives de l'Etat en matière de droit des biens peuvent se ranger sous la coupe de la propriété, unité de captation et d'affectation. Le caractère proprement exorbitant de ces pouvoirs amène à parler d'un droit de propriété éminente de l'Etat, au sens qu'il en constitue le plus puissant archétype. Cet aspect fonctionnel étant posé, son assise se révèle au regard de la dimension organique : la personnalité de l'Etat, propriétaire éminent, assure l'unité des manifestations de captation et d'affectation comme acte de puissance publique.

L'éminence des pouvoirs de l'Etat en matière de propriété

Si l'on retient la réduction de la propriété à ses deux dimensions principales d'acquisition des biens et d'affectation des biens, l'analyse conduit à révéler clairement la puissance exorbitante qui appartient à l'Etat, aussi bien dans le domaine des biens des personnes privées que des autres personnes publiques. Mais plus encore, c'est dans l'Etat que s'unissent réellement ces deux dimensions, faisant de la propriété de l'Etat un modèle de propriété. On rappellera les pouvoirs d'acquisition des biens, d'affectation des biens d'autrui, et l'interdépendance de ces deux mouvements.

La captation des propriétés par l'Etat (39)

La capacité de s'approprier les biens demeure la marque du pouvoir propriétaire exorbitant de l'Etat. Mais cela recouvre de multiples situations prévues ou permises par la Constitution : la possibilité d'exproprier, la possibilité d'attirer au titre de la souveraineté les biens sans maître ou les successions en déshérence, la possibilité d'opérer des transferts de propriété par la loi, à son profit ou au profit d'autrui.

L'expropriation et la réquisition : monopoles étatiques

Le droit de l'expropriation est trop connu pour qu'on s'y attarde. On doit cependant s'arrêter ici quelques instants sur la réserve étatique en matière d'expropriation et sur la signification de ce monopole.

Si collectivités et établissements publics peuvent être à l'origine de la procédure dans la limite de leurs compétences (40), seules les autorités étatiques (préfet et juge judiciaire) possèdent les clefs du transfert de propriété. Seul l'Etat prononce l'utilité publique et vérifie le respect de l'équilibre opéré avec les droits individuels (41). Le préfet demeure au cœur du dispositif, détenant un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité de l'opération (42). Ce monopole est protégé par la Constitution. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 décembre 1985 (43) a pu ainsi préciser que seules les autorités de l'Etat peuvent décider d'une servitude d'intérêt public ; cela vaut sans doute pour l'expropriation. De même, l'obligation de recourir à l'expropriation à l'exclusion de toute autre procédure qui permettrait de parvenir au même résultat (classement dans la voirie communale d'un terrain appartenant à un particulier, procédure d'alignement) peut se lire également comme la garantie du passage par l'Etat. On notera également, en ce sens, qu'en l'absence de mention contraire, le juge considère que le bénéficiaire de l'expropriation est l'Etat (44). On doit bien sûr noter pour finir le renforcement des garanties de la propriété privée face aux pouvoirs de l'Etat, en particulier la fin de la théorie dite de « l'expropriation indirecte » par laquelle une prise de possession de fait pouvait mener à une expropriation (45). Cette « centralité » de l'Etat dans ce qui demeure la principale voie de captation de la propriété d'autrui, apparaît comme une des manifestations de cette éminence recherchée.

L'expropriation est, trop souvent, présentée comme une négation étatique du droit de propriété. Au contraire, il s'agit de s'approprier un bien privé pour en changer l'usage. Elle se révèle en fait comme une prérogative propriétaire de la puissance publique consistant à déterminer la destination d'un bien (46). Si on admet l'unité du droit de propriété entre titularité et usage d'un bien, alors on doit admettre que l'expropriation s'analyse bien comme une captation de la propriété en vue de satisfaire une exigence d'intérêt général. Plus encore, on peut percevoir l'expropriation comme une manifestation de puissance publique qui sauve la propriété elle-même en lui conférant une utilité supérieure (47).

Le droit des réquisitions ouvre également quelques pistes à la captation étatique des propriétés (48) même si ce n'est pas le droit commun. En effet, la réquisition s'entend surtout de biens immobiliers et n'entraîne en ce cas pas de transfert de propriété ; elle revient à modifier simplement l'affectation du bien et demeure en principe temporaire (49). Cependant, le code de la défense permet aussi le transfert de propriété des biens mobiliers déclarés répondre aux besoins du pays (50).

La captation des biens sans maître et des successions en déshérence

Le code général de la propriété des personnes publiques réunit un certain nombre de dispositions qui forment, au profit de l'Etat, un ensemble de procédures de captation de biens en défaut de propriétaire (51). Mais cette question des biens sans maître et des successions en déshérence apparaît plus problématique depuis la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales du point de vue des pouvoirs propriétaires de l'Etat (52). Classiquement en effet l'auto-attribution de ces biens par l'Etat porte la marque de l'éminence de sa propriété (53). Le principe fixé par les articles 539 et 713 du code civil, ainsi que par les articles L. 25 et suivants du code du domaine de l'Etat, attribuait à l'Etat les biens vacants. Par la voie législative il se proclamait ainsi récipiendaire de tout abandon et par la voie préfectorale concrétisait cette prérogative. Les lois des 13 décembre 2000 (SRU) et du 2 juillet 2003 (Urbanisme et habitat) ont entamé une ouverture vers l'attribution de ces biens aux communes lorsque

cela peut aider à la réalisation d'une action ou d'une opération d'aménagement ou, tout simplement, quand un intérêt communal le justifie. Dans ce cadre, l'Etat demeure maître de la procédure. Le préfet, sollicité par la commune intéressée peut mettre en oeuvre la procédure de cession en sa faveur. Le transfert de propriété intervient dans les quatre mois qui suivent l'arrêté incluant le bien dans le patrimoine de l'Etat. En 2004, le législateur a décidé d'alléger le processus en se dispensant de faire transiter le bien par l'Etat. Désormais, depuis la loi du 9 août 2004, les communes se trouvent en première ligne, mais l'Etat reçoit subsidiairement les biens refusés par elles (54). L'article L. 1122-1 du code général de la propriété des personnes publiques et suivants laisse penser que l'Etat demeure seul acquéreur du bien, maintenant intact le mécanisme d'appropriation étatique. Cependant, l'article 713 du code civil consacre un authentique et nouveau droit de propriété des communes. On retiendra alors que le maire joue le premier rôle dans le déroulement de la procédure, mais que le préfet demeure le passage obligé du transfert de propriété sans que l'Etat ne soit titulaire du droit de propriété à un moment donné. Il s'agit bien d'une prérogative « dispositive » de puissance publique.

Ce faisant le traitement des biens sans maître et celui des successions vacantes autrefois unies au sein de l'article 539 du code civil ont été séparés (55). Désormais, au terme de l'article L. 1123-3 du CGPPP, en ce qui concerne les immeubles, le maire constate l'absence de propriétaire connu d'un bien après trois années d'impayés et, après publicité infructueuse, le conseil municipal peut incorporer le bien au domaine communal. A défaut, six mois suffiront pour que l'Etat s'attribue le bien par arrêté préfectoral. Cette évolution semble se lire comme un démenti de l'éminence de la propriété de l'Etat. Mais ce serait vite oublier qu'il ne s'agit que d'un apparent renoncement. L'Etat législateur prévoit de proposer ainsi aux communes ce qui lui reviendra sinon toujours. Le maintien d'autres mécanismes de même type en atteste.

Le cas des successions en déshérence, non affecté par ces modifications (56), indique en effet la nature particulière du rapport entre Etat et propriété. Rappelons que l'article 539 du code civil (« Les biens des personnes qui décèdent sans héritier ou dont les successions sont abandonnées appartiennent à l'Etat ») encadre les procédures relatives aux successions non réclamées et aux successions vacantes (57). L'Etat reçoit encore les biens des étrangers décédés en France sans héritier. Remarquablement, successions et biens sans maîtres se regroupent sous le pouvoir d'appropriation de l'Etat. La doctrine privatiste, rejointe par les juridictions judiciaires qui se réfèrent explicitement à la « souveraineté » (58), a bien montré que les pouvoirs de captation de l'Etat en la matière ne viennent pas du droit successoral mais du caractère de puissance publique (59). A ce titre le testateur ne peut exhériter l'Etat (60). L'Etat n'étant pas héritier, la succession est bien en déshérence et le mode d'appropriation en fait un propriétaire à part entière contre lequel jouent les prescriptions acquisitives (61).

Enfin, l'article L. 1126-1 du CGPPP attribue à l'Etat la propriété des biens incorporels de nature financière atteints par la prescription (actions, parts de fondateurs, dépôts de sommes ou d'avoirs, dépôts de titres, prescrits ou non réclamés, ainsi que les montants de coupons, intérêts ou dividendes afférents à ces mêmes biens).

Des mécanismes du même type existent encore dans des domaines plus précis comme les terres agricoles abandonnées, les épaves maritimes (62), fluviales et terrestres, objets perdus ou abandonnés, oeuvres d'art abandonnées (63).

Les transferts législatifs de propriété

Une analyse générale du rôle de la loi dans le cadre d'un « Etat-propriétaire éminent » sera menée plus loin. Il sera fait ici plus précisément mention des nombreuses hypothèses où s'opère par son truchement une captation de propriété ou un transfert de propriété unilatéral entre autres personnes que l'Etat. Cet inventaire à la Prévert doit permettre de souligner des mécanismes, rarement autoritaires, mais toujours spécifiques et dirigistes notamment liés au monopole législatif en matière de transfert de propriété sans désaffectation domaniale.

Le premier de ces mécanismes, sur lequel il n'y a pas lieu de s'appesantir, consiste bien sûr dans les nationalisations et les privatisations ; les deux mécanismes étant identiques du point de vue du transfert de propriété. On traitera ainsi, sous le sceau de la propriété de questions bien étrangères aux domaines, public comme privé, des personnes publiques, mais qui sont relatives à « l'appartenance » publique. Les valeurs, parts et actions, qui permettent le contrôle des sociétés et qui s'analysent comme des biens incorporels, relèvent aussi des pouvoirs propriétaires de l'Etat, même si cela ne fait pas de lui le propriétaire de l'entreprise (64). Fondées sur l'alinéa 9 du Préambule de 1946 et sur l'article 34 de la Constitution, les nationalisations des entreprises reposent avant tout sur la nécessité, législativement déterminée, de transférer la propriété d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises afin de les gérer en vue de l'intérêt général. Le Conseil constitutionnel, on le sait, a aligné les nationalisations sur le principe de l'expropriation en raison de leur unilatéralité (65). La loi transfère elle-même la propriété sans recours à l'autorité judiciaire après en avoir déclaré la nécessité. La privatisation, ou dénationalisation, consiste également en transfert de propriété d'entreprises dans lesquelles une collectivité publique détient directement ou indirectement la majorité du capital. La loi y détermine les règles de transfert ou en approuve le processus (66). De ce point de vue, tous les transferts de propriété suivent des règles proches.

La souveraineté législative permet en outre de redistribuer unilatéralement les cartes du droit de propriété sans modifier l'affectation du bien. C'est l'hypothèse principale des lois de décentralisation (67). La mise à disposition de biens peut être consécutive à un transfert de compétences ou non (art. L. 1321-7 CGCT) ; elle peut être imposée par la loi. Or, dans le cadre des mutations liées aux transferts de compétence (art. L. 1321-1 CGCT), deux modalités existent, qui n'ont pas la même signification. Dans un premier temps, l'Etat a choisi une solution intermédiaire consistant à transférer le pouvoir de gestion des biens nécessaires à l'exercice de nouvelles compétences sans en transférer ce que l'on peut nommer la « nue-propriété ». Dans un second temps, l'Etat a préféré transférer la propriété même des biens nécessaires. Le dernier « grand train » de transferts résulte de la loi du 13 août 2004 qui attribue « la propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion » des aéroports civils appartenant à l'Etat (art. 28) et des ports autonomes (art. 30). La même loi complète les transferts opérés en 1983 en accordant la pleine propriété aux régions des canaux et cours d'eau dont elles avaient déjà la charge. Ces collectivités doivent positivement refuser par délibération cette opération que la loi prévoit d'office au terme d'une période de volontariat s'achevant en août 2007 (art. 32, § III) (68). Le même mouvement aboutit à attribuer aux départements la pleine propriété des biens immobiliers des collèges appartenant à l'Etat (nouvel art. L. 213-3 c. éduc.). Plus encore, l'Etat entend ainsi disposer des biens communaux ou intercommunaux affectés aux collèges et lycées. Déjà, depuis 1983, les propriétés communales doivent être mises à disposition des départements et régions. Les bâtiments peuvent désormais être transférés à titre gratuit et le sont effectivement de droit au cas où le département effectue des travaux de construction, de reconstruction ou d'extension sur ces biens. L'Etat est alors considéré comme ayant toujours été propriétaire du bien (69).

L'Etat en outre institue les collectivités demanderesse propriétaires de certains biens immobiliers et mobiliers

classés ou inscrits au titre du patrimoine. Des textes plus ponctuels, mais aux conséquences remarquables opèrent la même disposition des biens. Ainsi, par exemple la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels ouvre l'option aux collectivités de devenir propriétaires des biens mis à disposition, créant ainsi la possibilité d'un domaine public fluvial local (70). L'association des collectivités territoriales, hors transfert de compétence, à la construction d'immeubles destinés aux services de sécurité de l'Etat relève de cette même logique (71). La loi opère encore récemment transfert de propriété des monuments historiques dont l'Etat ne souhaite plus la charge (72).

Par la loi, c'est encore l'Etat qui impose la mise à disposition de plein droit des biens communaux aux établissements de coopération intercommunale afin d'accompagner les transferts de compétence (73). Un double régime existe pour limiter les atteintes au droit de propriété des communes : soit la mise à disposition, soit, à titre dérogatoire, le transfert de propriété pour les dépendances du domaine public des communautés urbaines.

Hors décentralisation les exemples ne manquent pas où la souveraineté législative institue l'évolution de la propriété des biens. Ainsi, la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs avait attribué à la SNCF la pleine propriété des biens mobiliers antérieurement concédés à la société anonyme. La loi du 31 décembre 1991 fait de même en faveur de Voies navigables de France. Le même mécanisme se trouve à l'oeuvre dans le cadre de la loi du 7 février 1997 qui transfère les infrastructures à Réseau Ferré de France. La loi, plus généralement demeure l'instrument privilégié pour déclasser certains biens et ainsi lever leur inaliénabilité, même dans l'hypothèse où les biens demeurent en fait affectés voire doivent demeurer affectés, créant ainsi une forme de servitude légale (pouvant à son tour appeler à une nationalisation d'entreprises privées afin de conserver la maîtrise des biens) (74). Le Conseil constitutionnel l'a ainsi entendu. On pourra citer ainsi la loi MURCEF déclassant les biens de la Poste pour une aliénation dans les conditions du droit commun.

La loi apparaît encore comme l'instrument privilégié de redistribution des propriétés dans le cadre de la protection de l'environnement (75). Elle dégage ainsi les impératifs nationaux concurrents de la propriété (76). Les personnes publiques ont ainsi parfois l'obligation d'acquérir en pleine propriété des biens que la préoccupation environnementale ont grevés de servitudes : la loi du 16 décembre 1964 prévoit l'acquisition des biens (77) dans le cadre de la protection des points d'eau potable lorsque des propriétaires perdent un revenu normal ou en cas d'occupation prolongée (78).

Sans transfert de propriété, c'est encore à un pouvoir propriétaire que l'Etat a recours pour affecter les biens d'autrui, pour leur donner une destination.

L'affectation des propriétés

Le sens que l'on donne ici au terme affectation doit être précisé avant d'examiner sous ce thème les prérogatives que l'Etat met en oeuvre vis-à-vis des biens d'autrui, c'est-à-dire les mutations domaniales et les affectations déterminées par la loi.

La notion d'affectation dans le cadre de la propriété éminente

Le terme d'affectation demeure ici volontairement ouvert. Il s'agit de l'affectation d'un bien au domaine public mais aussi généralement de toute décision d'assigner à un bien une finalité publique. Bien sûr, on ne doit pas confondre gestion et affectation au sens domanial du terme. La première désigne l'exploitation et la mise en valeur du bien, la seconde l'usage et la jouissance du bien. Cependant, ces deux éléments nourrissent l'*usus*. On entendra ici affectation au sens que lui donnent les transferts domaniaux (79) c'est-à-dire d'usage, de destination de la chose qui peut entraîner le choix d'une personne gestionnaire plutôt qu'une autre. Cette approche est une façon de trancher l'éternelle question de la notion d'affectation domaniale portant sur son caractère propriétaire ou non (80). En effet, la rupture avec les approches classiques de la domanialité (celles du droit de garde, de la propriété privée grevée de servitude, ou encore la propriété administrative d'Hauriou) n'est pas encore totalement consommée. On peut établir que l'Etat, selon des prérogatives non étrangères à la propriété, peut modifier largement l'affectation de nombreux biens, qu'ils lui appartiennent ou non (81). Il est aussi possible de dire (avec Hervé Moysan) que l'affectation a une double nature : d'abord acte de propriété qui vise à donner une destination, un usage aux dépendances, ensuite acte domanial, de puissance publique qui incorpore au domaine pour un régime particulier. La dimension de puissance publique qui anime ainsi la gestion quand elle se fait affectation, justifie la compétence du juge administratif (82). Au sein de la gestion, la propriété publique met en avant, au titre de l'*usus*, l'acte d'affectation. Encore faut-il ici prendre ce terme au sens large, affectation au domaine public ou privé, il s'agit de décider de la destination du bien, notamment de se réserver l'*usus* ou de l'ouvrir au public ou au service public. Christian Lavalie a ainsi établi la différence de régime existant entre acte de gestion et acte de disposition (83), rappelant ainsi les analyses d'Hauriou (84).

Le mécanisme d'affectation, qui dans le cadre de la domanialité se manifeste aussi par le déclassement du bien, peut heurter et dépasser les règles de possession. Ainsi Maylis Douence a-t-elle pu montrer comment un transfert de gestion entre deux personnes publiques passe outre l'inaliénabilité de principe du domaine public (85).

Le pouvoir de l'Etat d'affecter non seulement ses propriétés mais encore celles d'autrui s'analyse donc bien dans la sphère du mécanisme de la propriété. On pourra objecter que cette idée d'éminence qui placerait l'Etat en position d'interférer dans l'usage que les propriétaires font de leurs biens, paraît remettre en cause la dimension d'exclusivité du droit de propriété. En réalité, outre le fait que même en droit privé le critère de l'exclusivité fait débat, on posera que l'exclusivité s'exerce sous réserve des prérogatives étatiques qui sont d'ailleurs plus faibles en matière de propriété privée que de propriété publique. En droit privé, l'exclusivité est battue en brèche par toutes les formes de propriétés collectives ou encore par la constitution de droits réels ou de servitudes. En droit public, d'autres servitudes du même type existent mais s'y ajoutent les prérogatives régaliennes. L'exclusivité pour les propriétés publiques ne fonctionne que pour la partie relative à la possession et non celle de la disposition où le régime domanial ne joue qu'en faveur de l'Etat. Ainsi, dans le cadre des mutations domaniales on pourra parler de propriété démembrée, possession locale contre disposition nationale. C'est encore l'hypothèse de superposition d'affectations. Dans le cas d'une route passant sur le domaine public fluvial la superposition doit être autorisée par le préfet et l'Etat peut toujours supprimer l'affectation à la voirie pour les besoins de la navigation.

L'Etat opère affectation des biens d'autrui par deux voies, l'une jurisprudentielle, l'autre législative : les mutations domaniales, les transferts de gestion.

Propriété éminente et mutations domaniales (86)

Le terme de mutations domaniales désigne ici la modification autoritaire par l'Etat, à son profit, de l'affectation d'un bien appartenant à une autre personne publique ou au profit d'une autre collectivité. Il ne s'agit donc pas de la procédure de l'article L. 2123-3 du CGPPP permettant un changement d'affectation, inapplicable dans ce cadre (87). En droit positif les mutations domaniales demeurent d'application exceptionnelle mais potentiellement vaste. Elles concernent les biens de toutes les personnes publiques autres que l'Etat, aussi bien pour la dépossession que pour l'affectation ; elles touchent également les concessionnaires de service public auxquels le bien avait été confié (88). Un décret du 5 juin 1940 avait consacré ce procédé d'essence jurisprudentielle, mais il a été abrogé le 14 mars 1986 sans que cela n'amène le juge administratif à y renoncer (89). Le procédé est désormais codifié à l'article L. 2123-4 du CGPPP.

On sait qu'une majorité de la doctrine, et celle du Conseil d'Etat parfois (90), se montre très hostile à la théorie des mutations domaniales. Admettant qu'il s'agit de permettre à une utilité publique supérieure de s'imposer à un intérêt local, la logique rechigne en revanche à neutraliser une partie des effets du droit de propriété des collectivités territoriales, lui-même désormais garanti par la constitutionnalisation des moyens de la libre administration.

Les mutations domaniales ne posent pourtant pas de problème de propriété au sens d'appropriation, de titularité (91) ; elles se contentent « d'affecter le pouvoir d'affecter » (92). Elles relèveraient majoritairement en doctrine, de la souveraineté que l'Etat manifeste en maintenant l'unité de la destination du domaine. Justifiées par le principe d'inaliénabilité du domaine, par l'impossibilité de recourir à l'expropriation (93), elles se contentent de modifier l'affectation d'un bien sans en changer le propriétaire qui demeure la collectivité territoriale. L'opération demeure en totalité dans le champ de la domanialité. Il en est ainsi pourtant bien pour échapper aux questions de propriété qui forment une saillie. Il n'est pas de hasard dans le fait que le juge administratif explicite le droit de propriété publique à l'occasion de l'application de la théorie des mutations (94). Au regard de l'unité du droit de propriété, l'Etat ampute bien les prérogatives de gestion des collectivités territoriales ainsi privées du pouvoir de décider de l'usage du bien. Plus que la libre administration qui ne souffre que médiatement, le droit de propriété des personnes publiques s'érode, alors même qu'il se voit protégé par l'article 17 de la Déclaration de 1789 au même titre que le droit des personnes privées.

Pour les partisans de la thèse de la propriété administrative, faisant de l'affectation un élément de la propriété publique, les mutations apparaissent comme une exception. Pour les autres, les mutations relèvent exclusivement du droit de la domanialité dont les impératifs l'emportent sur le droit de propriété. Florian Linditch explique que les mutations domaniales relèvent par leur unilatéralité et leur absence de compensation de la souveraineté et non de la personnalité-propriété de l'Etat (95). Mais si on retient le sens le plus complet de la propriété, finalisée par la personnalité spécifique de l'Etat, ces prérogatives appartiennent au champ de la propriété. L'enjeu de cohérence du code de la propriété des personnes publiques avec les dispositions du code civil situe ce débat dans le giron de l'unité du concept de propriété, de ses bases constitutionnelles à ses manifestations réglementaires. La doctrine assimile ainsi les mutations domaniales à une manifestation du « domaine éminent » de l'Etat (96). Dans les deux cas elle apparaît injustifiable dans les cadres posés. Il faut y voir, non pas seulement un élément du domaine éminent, mais la marque d'un pouvoir propriétaire éminent (97). Les mutations ne s'opposent pas à la reconnaissance d'un droit de propriété des collectivités mais attestent d'une propriété supérieure de l'Etat (98).

On doit noter encore que la personne dépossédée ne perd pas toutes les manifestations de la part « disposition » du droit de propriété puisqu'un droit d'usage et un pouvoir de contrôle lui sont conservés (99) de manière accessoire et complémentaire (100). Ainsi, on constate qu'une fois la mutation opérée, les collectivités partagent des droits concurrents de nature propriétaire dans la mesure où ils demeurent compatibles avec l'affectation principale. Bien que question domaniale, les mutations ne sortent pas du champ de la propriété (à condition de poser que le critère d'exclusivité de la propriété plie sous l'éminence de l'Etat). Philippe Yolka propose quant à lui l'hypothèse d'une délégation implicite et forcée des pouvoirs du propriétaire à l'affectataire.

Sans remettre en cause frontalement la pratique des mutations, la doctrine en appelle simplement à l'instauration législative des garanties du droit de propriété des collectivités locales (publicité, examen de l'utilité publique, indemnisation... (101)), voire à l'extension de la procédure d'expropriation au domaine public (102). Le Conseil d'Etat avait engagé une évolution en ce sens en admettant que les dépendances du domaine public d'une collectivité locale puissent être intégrées dans le périmètre de la déclaration d'utilité publique (103), à la condition que l'Etat en soit le bénéficiaire (104). Cette condition n'est plus retenue à l'article L. 2123-6.

Propriété éminente et affectation législative

On retrouve ici l'Etat-législateur comme Etat-propriétaire. La loi détermine en effet souvent elle-même l'affectation des biens à un certain objectif d'intérêt général. Le sens ici donné à l'affectation renvoie essentiellement à l'affectation au domaine public mais concerne aussi toute mise à disposition de biens publics, autrement baptisés transferts de gestion. Au sens domanial, l'affectation relève des prérogatives du propriétaire mais le Conseil d'Etat en subordonne la légalité à un motif d'intérêt général (bonne gestion du bien ou ordre public) (105). Au sens large, certains auteurs estiment que les transferts de gestion ne sont que l'autre nom, le nom législatif, des mutations domaniales jurisprudentielles. Ce n'est exact que sous l'angle de la mutation décidée par l'Etat, mais sous la réserve qu'il le fait de façon générale, au titre de législateur.

Déjà, l'article 22 de l'ordonnance du 24 octobre 1945 autorisait le ministre des Transports à affecter tout élément du domaine public à la construction des gares routières de voyageur. L'article L. 3211-25 du CGPPP établit aussi ce mécanisme pour les terrains militaires (106). Lorsqu'il s'agit de biens de l'Etat dont il transfère la gestion à une autre personne publique avec changement d'affectation, le mécanisme de l'article L. 2123-3 du CGPPP joue normalement. L'Etat législateur sert alors l'Etat propriétaire. Mais depuis peu l'Etat législateur joue sur les propriétés des autres personnes publiques et peut-être bientôt de l'Etat-propriétaire lui-même.

Légalisant un pan connexe des mutations (107) le troisième alinéa de l'article L. 11-8 du code de l'expropriation dans sa rédaction issue de l'article 145 de la loi du 27 février 2002 dispose que l'arrêté de cessibilité emporte transfert de gestion des dépendances du domaine de la personne publique propriétaire autre que l'Etat au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique, pris conformément à l'article L. 11-2. Ces dispositions permettent au préfet, dans l'hypothèse d'une déclaration d'utilité publique, de prononcer, avec l'arrêté de cessibilité, le transfert de gestion des dépendances du domaine public de la personne publique concernée. Pour rester conforme à l'état de la jurisprudence, ce dispositif se comprend dans le cas où l'Etat est le bénéficiaire de la déclaration d'utilité publique (108). Ce dispositif, applicable sans attendre l'éventuelle opposition des collectivités propriétaires des biens concernées, crée une nouvelle forme de transferts de gestion qui met parfaitement en lumière le secours que l'Etat législateur apporte à l'Etat propriétaire. L'avantage de cette procédure exorbitante réside dans l'indemnité allouée

au propriétaire qui subit un préjudice et l'intervention du juge de l'expropriation (109). L'utilité publique ne peut en revanche être examinée à ce stade par le juge administratif.

Dans le domaine des biens mobiliers, la dissociation entre affectation et propriété est encore opérée par la loi. Celles du 31 mars 1887, relative aux objets d'art ayant un intérêt national du point de vue historique ou artistique, du 31 décembre 1913 relatives aux monuments historiques ou encore du 3 janvier 1979 sur les archives, instituent des procédures de classement sans tenir compte de la volonté de la personne propriétaire. Pour l'ensemble des biens culturels, la loi du 31 décembre 1992 a instauré pour certaines catégories un système d'autorisation préalable de sortie du territoire (110). Un exemple récent atteste de la continuité de ces mécanismes. La loi du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, qui par ailleurs transfère aux collectivités territoriales la propriété des oeuvres des collections nationales qui leur ont été confiées par l'Etat avant le 7 octobre 1910, dispose en son article 11 que les collections de tous les musées publics sont inaliénables, que les collections des musées de France relevant de personnes morales de droit privé seront insaisissables et ne pourront être aliénées qu'au profit d'une collectivité publique ou d'une autre personne morale de droit privé à but non lucratif, s'engageant à en maintenir l'affectation à un musée de France. Par ailleurs, le principe de la constitution de « collections publiques » fait peu de cas des propriétaires et permet parfois aux préfets d'imposer un dépôt du bien. Le Conseil d'Etat admet ainsi que l'Etat soit propriétaire d'un bien pourtant acquis par acceptation d'un don fait à un établissement public (111). Le niveau de protection du patrimoine national n'a alors pas grand chose à envier à la domanialité publique et aux prérogatives dont dispose un Etat titulaire du droit de propriété (112).

Le mécanisme des mises à disposition combine possession et disposition. On peut remarquer cependant qu'en matière de biens affectés à l'éducation nationale, la désaffectation révèle un caractère conjoint entre les acteurs locaux et l'Etat et non un droit éminent (113). Dans le cadre décentralisateur, de longue date (114), mais particulièrement depuis 1983, nombre de biens sont ainsi mis à disposition des collectivités territoriales ou de l'Etat par la seule volonté de l'Etat concrétisant des dispositions législatives par lui initiées. Comme naguère en matière de mutations domaniales l'opération se fait à titre gratuit et parfois obligatoire, comme dans le cadre de l'article 6 de la loi du 3 janvier 1966 permettant l'incorporation de voies rapides au patrimoine des collectivités territoriales par décret en Conseil d'Etat ou encore l'article L. 318-1 du code de l'urbanisme, concernant les travaux d'aménagement importants où seul l'avis de la collectivité est requis avant transfert des dépendances domaniales. Le transfert domanial dépasse néanmoins la seule affectation (115). Mais les collectivités territoriales ne peuvent modifier l'affectation du bien ni l'aliéner. C'est un premier aspect, exemplaire, de la propriété éminente de l'Etat qui conserve les pouvoirs de police domaniale. Il persistait alors parfois des complications en ce que l'Etat conservait des pouvoirs (concernant par exemple des conventions d'exploitations du domaine (116)) quand les collectivités disposaient déjà du pouvoir de passer des conventions d'occupation (117). On retrouve ici la puissance de la loi, cette fois comme élément figeant l'affectation, la plaçant en surplomb de l'affectataire. C'est encore en complément de la loi que le Conseil d'Etat a pu établir un pouvoir commun de désaffectation des collèges entre l'Etat et le département (118). La loi peut encore mettre les biens d'autres personnes publiques à disposition des services départementaux d'incendie et de secours (119).

On retrouve, pour finir, les réquisitions de biens immobiliers déjà évoquées. Si elle n'opère pas transfert de propriété, la réquisition n'en prend pas moins des libertés avec les pouvoirs du propriétaire quand à l'usage du bien (120). Elles mettent en valeur le fait que l'impératif d'intérêt général permet à l'Etat de décider unilatéralement de l'usage d'un bien (121). Qu'il s'agisse de législations destinées aux temps ordinaires et tendant à pallier la pénurie de logements ou, a fortiori, des législations de temps de crise qui font appel aux notions de besoins de la Nation, ce sont bien les impératifs de l'Etat, et seulement eux, qui lui permettent d'affecter tel bien à tel usage. Captation et affectation apparaissent bien comme les deux faces d'une même médaille.

L'unité des pouvoirs propriétaires de l'Etat

Les prérogatives dont dispose l'Etat sur les biens connaissent une certaine unité. Si on accepte la description faite par Mikhaïl Xifaras, on relève des liens très forts, quand il s'agit de l'Etat, entre les trois dimensions de la propriété : d'abord comme maîtrise souveraine « puissance de gouverner les choses matérielles par un rapport juridique qui lui impose d'être passif », ensuite comme patrimoine qui « entremêle les aspects personnels et réels dans la mesure où il repose sur un rapport originare d'appartenance, rapport d'identité entre un être artificiel et son but constitutif », enfin comme réservation de jouissance « allocation d'une exclusivité (...) au titre de la rémunération du service que cette activité rend à l'autorité qui accorde le privilège » (122). L'Etat ne capte que pour affecter. L'intérêt général demeure aux yeux du juge constitutionnel la condition de la constitutionnalité de l'atteinte à la propriété. Il en est de même pour le juge administratif pour lequel il est une condition de la légalité. Trois séries de considérations attestent de cette interdépendance des pouvoirs propriétaires : la captation dépend d'une future affectation ; l'affectation prélude au changement de propriété ; l'Etat maintient un contrôle sur l'affectation de biens dont il cède la propriété à des personnes privées.

La captation conditionnée par la destination

En effet, à travers la condition relative à l'utilité publique, l'Etat expropriant doit justifier d'une future affectation du bien qui, le plus souvent, se manifestera par l'incorporation au domaine public. Jusque dans les années 1930, cette incorporation était même la seule destination possible de l'expropriation. Si désormais l'utilité publique a dépassé les besoins domaniaux, elle ne saurait excéder l'intérêt général entendu plus restrictivement que le simple besoin des personnes publiques. Le Conseil d'Etat a ainsi pu poser qu'une collectivité publique ne peut conventionnellement renoncer à une propriété acquise par expropriation même si la renonciation est d'intérêt général (123). Là encore, l'Etat législateur a pris le soin de préciser certaines hypothèses d'expropriation afin d'en renforcer la légitimité ou destiner le bien aux patrimoines locaux (124). La loi du 27 février 2002 a abondé dans ce sens en disposant que l'arrêté de cessibilité emporte « transfert de gestion » des dépendances du domaine public au profit du bénéficiaire de la déclaration d'utilité publique dans l'hypothèse où la personne publique propriétaire n'est pas l'Etat. Dans ce type de disposition, non seulement se mêlent la capacité d'affectation éminente et la prérogative régaliennne de disposer de la propriété d'autrui mais encore ces deux aspects se télescopent dans le temps l'un impliquant l'autre.

Une dernière remarque, relative aux limites de la théorie des mutations domaniales, relève que les mutations ne s'appliquent pas aux biens du domaine privé des collectivités territoriales. Si l'Etat souhaite affecter de tels biens il ne peut agir autrement que par l'expropriation. Cette dernière se présente donc comme l'arme étatique par excellence pour mettre à disposition de l'intérêt public tous les biens aliénables.

L'affectation prélude au changement de propriété

Sans que l'on puisse en tirer un principe général, il est remarquable que dans certains cas les changements

d'affectation, au sens domanial du terme, entraînent changement de personne publique. C'est tout d'abord le cas de certaines dispositions législatives à objet domanial qui entraînent, avec l'incorporation au domaine, une captation de propriété. Ainsi l'article 560 du code civil, en matière de domaine fluvial, attribue propriété à l'Etat des terres émergentes de même que les avancées de la mer font entrer dans le domaine de l'Etat les dépendances privées riveraines. Le même principe préside au droit des dépendances du domaine fluvial lors de la réalisation de voies sur berges. Un phénomène semblable s'opère lors du transfert des biens des communes vers les établissements publics de coopération intercommunale. Ces transferts ne sont pas à finalité patrimoniale mais à finalité de service public ou de conservation du patrimoine (c'est particulièrement le cas des communautés urbaines). Ainsi que le montre Caroline Chamard : « les transferts domaniaux définitifs constituent souvent la première étape vers un véritable transfert de propriété » (125).

Sous une « forme atténuée » le mécanisme des servitudes d'alignement et celui des réserves foncières qui préludent à l'incorporation au domaine public maritime relève de cette même logique d'anticipation où la limitation des pouvoirs du propriétaire prélude à une affectation domaniale. Les réserves foncières appartiennent en général à l'arsenal mis à disposition des communes pour leurs projets d'urbanisme. Mais, dans le cas du littoral, l'Etat a ouvert également, par l'article 4 de la loi du 28 novembre 1963, une procédure de réserve des terrains privés. Les effets du droit de propriété y sont gelés, sans indemnité, en vue de la future satisfaction d'intérêts liés au domaine public maritime. C'est pourquoi l'acquisition par l'Etat peut être forcée par le propriétaire.

Les acquisitions forcées relèvent d'une logique similaire. On peut en effet rencontrer dans les différentes occurrences d'acquisitions forcées un moyen pour l'Etat d'affecter le bien à un usage en forçant le changement de titulaire. Face à un tel procédé, s'agissant d'obliger un créancier à l'achat d'un bien à un prix imposé (126), on se souvient que le Conseil constitutionnel a estimé que la privation du libre consentement est indissociable de l'exercice de disposer librement de son patrimoine, attribut essentiel du droit de propriété.

Le contrôle de la destination des biens du secteur public

L'unité des pouvoirs propriétaires de l'Etat se révèle encore sous les traits du développement d'une sorte de tutelle de l'Etat sur le pouvoir de disposer des entreprises publiques (127). La tendance à accroître la part du droit privé dans le fonctionnement des entreprises du secteur public a ainsi conduit ces dernières années l'Etat législateur à désaffecter des biens en vue de leur transfert en pleine propriété à la personne privée chargée du service public. De ce fait, une nouvelle catégorie de biens apparaît : « les biens privés grevés par la volonté du législateur d'une affectation à un service public » (128) et dont l'Etat ne conserve la maîtrise très indirecte que par son pouvoir de direction de l'entreprise. Il est à noter que l'Etat, bien qu'ayant déclassé les biens de France-Télécom et de La poste (129), conserve la possibilité de s'opposer à leur aliénation au motif que cela pourrait porter préjudice à leur mission de service public. Le nouvel article L. 251-3 du code de l'aviation civile, issu de la loi du 20 avril 2005, s'oppose à toute cession de bien par Aéroports de Paris sans l'accord de l'Etat, lequel doit refuser son autorisation si les biens répondent à un besoin du service public (130). Cette sorte de « droit de suite » sur des biens qui ne peuvent plus faire partie du domaine public faute d'appartenir à des personnes publiques pourrait rappeler un certain domaine éminent (131).

L'Etat conserve encore, dans bien des cas, une maîtrise des biens d'entreprises publiques de plus en plus immergées par ailleurs dans les régimes de droit commun. Ainsi, en ce qui concerne Electricité de France, en dépit du fait que ses biens n'appartiennent pas au domaine public (132), l'Etat accorde à l'entreprise des moyens exorbitants de captation des propriétés et de protection de ses biens (insaisissabilité, inapplicabilité des liquidations judiciaires). En retour, il s'octroie un contrôle des aliénations d'actifs, par la loi ou selon un régime d'approbation administrative.

Cette interdépendance des pouvoirs de l'Etat en matière de propriété ne doit pas surprendre. Leur unité se fonde sur celle de l'Etat lui-même. L'éminence de sa propriété reflète l'éminence de l'Etat en tant que personne publique première.

L'Etat, propriétaire éminent

L'aspect organique que mettent en lumière ces différentes manifestations de la propriété éminente de l'Etat fait l'objet d'un relatif consensus. En particulier les formes spécifiques d'acquisition (successions en déshérence, biens vacants, expropriation, nationalisation...) sont associées à la propriété publique en raison de leur coïncidence avec le domaine privé autant qu'avec le domaine public. Le fondement de ce lien se trouve dans les théories de la personnalité publique qui finalise le droit de propriété (133) et qui assure la profonde unité des deux dimensions de possession et de disposition.

Les bases constitutionnelles de la propriété publique ne se réfèrent guère à la notion de souveraineté mais reposent sur la place accordée à la norme législative volonté de la personne étatique. Le caractère central de la volonté législative ne doit pas forcément se lire comme un élément de souveraineté au sens d'inconditionnalité mais certainement de puissance publique, d'acte exorbitant relevant d'une structuration des propriétés publiques. Cette approche fondée sur la loi éloigne l'analyse de la notion de domaine éminent qui se réfère à une préoccupation étatique ou à la maîtrise géostratégique du territoire et renvoie directement à la souveraineté dans ses composantes externe ou constitutionnelle. Cette puissance publique législative, que l'on peut improprement appeler souveraineté législative, constitue à la fois un élément de personnalité juridique, du sujet de droit et un élément spécifique à l'Etat. Il s'agit d'un élément de personnalité parce que la volonté relève des éléments du sujet de droit, mais la compétence pour vouloir en matière de droit des biens, ne repose sur aucun fondement constitutionnel spécifique. Il faut rechercher cette assise dans la fonction matricielle, de modèle, de l'Etat, selon une logique finaliste.

Après avoir écarté le couple formé par les notions de domaine éminent et de souveraineté, on pourra mettre en valeur le rôle de la loi dans la théorie de la propriété éminente afin de préciser l'exacte portée de la dimension organique de cette propriété, le patrimoine et la personnalité de l'Etat.

Eminence du domaine et souveraineté

Cette refondation du droit public des biens sur l'unité de la propriété amène avec elle parfois la réactivation de la théorie de l'échelle de la domanialité, effaçant la frontière entre domaine privé et domaine public (134). Elle réside essentiellement dans le fait de recentrer la propriété sur le critère de la libre disposition d'un bien (*dominium* romain (135)) plutôt que sur la liste des prérogatives démembrables, attachées à la chose, qui, depuis l'époque féodale, réduit la propriété aux qualités du bien. Le retour du lien entre propriété et personne ainsi que la rénovation des théories de la personnalité morale de droit public amènent à reconsidérer les liens existants en droit public entre les

propriétés, les personnes publiques et la souveraineté.

La « lecture souverainiste » des pouvoirs de l'Etat en matière de propriété

Le rapprochement des deux notions de souveraineté et de propriété amène de nombreuses confusions. Tantôt identifiées l'une à l'autre, en particulier par la doctrine dominante de droit privé, la souveraineté résumerait le caractère illimité et exclusif des prérogatives de la personne sur son bien. Une telle conception, très datée, se heurte à de nombreuses objections quand à sa réalité en droit positif. Il n'est pas certain que cette image soit si féconde en général, en raison des limitations connues du droit de propriété, et en particulier dans le cadre de la propriété publique, toujours finalisée par les objectifs poursuivis par l'institution publique. Tantôt, au contraire, propriété et souveraineté sont dissociées, comme ce qui ne relève que de l'Etat d'un côté et ce qui appartient à tout pouvoir propriétaire de l'autre. L'opposition conceptuelle entre souveraineté et propriété, situées sur deux plans différents, peut alors apparaître comme un faux débat. Il faut donc lire l'association souveraineté et propriété publique comme signifiant que l'Etat a besoin pour assurer ses propres missions de biens affectés à l'intérêt général. On parlera alors classiquement de domaine public, lequel masque trop souvent la réalité plus large de la propriété publique en général, c'est-à-dire les pouvoirs de l'Etat en matière de biens.

De nombreux auteurs ont ainsi souligné l'importance que revêt pour l'Etat l'existence d'un domaine public. Cependant on peut se demander si la question ne se trompe pas de cible. En parlant du domaine on traite également de la propriété de l'Etat, comme droit et comme ensemble de biens nécessaires à son action. Christian Lavalie s'attache à montrer en quoi la domanialité est un élément d'institutionnalisation de l'Etat et pourquoi, de fait, un minimum de prérogatives propriétaires sur ses biens et ceux d'autrui s'imposent pour la garantie de l'intérêt général (136). On a pu objecter que nombre d'Etats ne recourent pas à ces modes exorbitants de protection. La question se pose autrement lorsqu'on aborde la nécessité de pouvoirs relatifs à la propriété comme support de la souveraineté. En effet, l'institutionnalisation de l'Etat a transformé le territoire en bien et non plus seulement en lieu d'exercice du pouvoir (137). La théorie du domaine éminent ne permet pas de rendre compte des manifestations de puissance que conserve l'Etat dans le cadre de propriétés désormais objet de droits concurrents. L'idée de propriété éminente serait plus adéquate. Elle peut se réclamer de sources historiques parfois invoquées dans le cadre du domaine éminent.

Cette idée de propriété éminente n'était en effet pas étrangère aux auteurs révolutionnaires et parfois présentée sous les traits du domaine éminent. Sous la plume des révolutionnaires défenseurs d'un domaine éminent de l'Etat, tel Enjubault de la Roche, cette notion renvoie en priorité aux choses inappropriables et aux biens sans maître. Si des analyses centenaires ont associé domaine éminent et propriété (138), cela renvoyait à un sens ancien, pré-révolutionnaire et monarchique de ce second terme, au sens de « ce qui est propre ». La théorie du domaine éminent, de laquelle on se désolidarise ici, doit son succès à une approche archéologique tentant d'expliquer les liens unissant Etat et choses inappropriées par des personnes privées, soit qu'elles aient été communes, soit qu'elles aient été considérées comme insusceptibles de propriété privée ou encore de toute appropriation (par nature, par principe ou par incapacité technique de les rendre aptes à la possession) (139). La distinction des *res communis* et des *res publicae* a longtemps été troublée par leur commune absorption par le domaine royal. Si la clarification s'est faite par les retours récurrents aux catégories romaines, certains auteurs du XIX^e siècle, tels Proudhon (l'Etat ne peut être propriétaire de ce dont tous jouissent) ou Ducrocq et Berthélémy (le domaine public comporte les choses affectées à tous) l'ont assombri. L'assimilation de la propriété à la propriété privée a conduit à assimiler les choses publiques et les choses communes. La haute figure du collectif étatique a longtemps masqué ces différences et rendu inutile le soin de préciser le caractère propriétaire ou non de ce rattachement étatique. En définitive, ces auteurs ont cherché dans le domaine l'éminence qui caractérise les pouvoirs propriétaires de l'Etat.

La notion de domaine éminent apparaît donc ainsi bien peu claire. On lui préférera celle de propriété éminente.

L'inadéquation de la théorie du domaine éminent

Bien sûr on pourra remarquer que le « domaine éminent sonne très ancienne France », comme un retour à la fusion d'Ancien Régime de l'*imperium* et du *dominium* (du pouvoir sur les choses et du pouvoir sur les hommes) (140). En effet, lors de la phase d'émergence des linéaments de la souveraineté moderne, c'est l'*imperium* qui confère le *dominium* (141). Hélène Pauliat (142) a ainsi montré comment est née la distinction du domaine éminent et du domaine utile : par l'affirmation de la propriété du roi comme marque de sa souveraineté. Tout pouvoir central serait associé à une propriété des terres et à la patrimonialité justifiant la levée d'impôts. Cette conception de la notion de propriété la confond avec la souveraineté (143). Au XVII^e siècle, la monarchie absolue revendique la propriété de l'ensemble des terres au nom de son titre originaire sur le royaume (échos à l'Antiquité gréco-romaine et à la théologie médiévale) (144). Les débats entre glossateurs portaient alors sur le caractère propriétaire ou non des prérogatives de *dominus* du souverain. S'ils s'accordent sur le fait qu'il ne s'agit pas du même type de pouvoir que le propriétaire privé, le *dominium* universel confère des droits relevant du concept général d'appropriation : captation et/ou usage du bien d'autrui.

On peut par ailleurs lire le principe d'unité du domaine (145) comme un élément de cette théorie du domaine éminent. En effet, pour s'opposer à un réel droit spécifique des collectivités sur leur domaine, la doctrine posait parfois que le domaine était un et que les collectivités et établissements ne disposaient de leurs biens que par une sorte de délégation de l'Etat, ou selon un droit de garde sur des biens dont l'Etat garde la maîtrise. L'unité du domaine s'opposait ainsi à un quelconque mimétisme, à toute idée de « duplication » du modèle étatique. A l'inverse, une théorie de la propriété éminente de l'Etat s'éloigne du mouvement contemporain d'unification du droit des propriétés publiques qui a pour principe de ne pas distinguer les pouvoirs propriétaires de l'Etat dans l'ensemble des prérogatives réelles des personnes publiques (146).

Mais, pour autant, propriété n'est pas souveraineté au terme de la Révolution libérale (147). On doit retenir un changement très net dans la conception, à défaut de la trouver dans l'usage public, de la propriété. Conçue comme une convention sous les traits d'un droit naturel, la Nation ne saurait être propriétaire. La minorité d'auteurs qui alors développe la théorie du domaine éminent pense plutôt, pour les choses communes, au régime exorbitant de la domanialité publique tel qu'il s'exerce aujourd'hui. Au contraire les justifications du pouvoir d'expropriation révèlent l'existence d'un « droit de surveillance et d'administration de la Nation » sur les propriétés (148), droit exercé par la loi. Dans le même sens, en réfutant les théories physiocratiques qui tendaient vers une copropriété générale de l'Etat sur les biens de tous, Portalis pose au contraire l'idée d'une fonction étatique d'arbitrage et de régulation des propriétés et non d'une maîtrise directe. On voit s'installer, en surplomb du domaine éminent restreint à certains biens essentiels aux missions de l'Etat, une théorie plus générale et non liée à la souveraineté, qui fait de l'Etat l'archétype du propriétaire. On se souvient que Proudhon avait écarté toute idée de propriété publique, au profit d'un droit de garde, pour signifier tout ce que la souveraineté de l'Etat pouvait avoir d'exorbitant aux pouvoirs d'un

propriétaire (149). Il désigne par domaine un pouvoir de direction, de gouvernement et non de propriété. Il remplace le domaine national par le binôme, domaine public-domaine privé. La source de cette scission dans un domaine encore très unitaire en 1790 tient dans le fait que s'impose la séparation des prérogatives de souveraineté et de propriété (150).

Hervé Moysan estime que, si autrefois l'Etat trouvait dans son domaine des ressources vitales, la fiscalisation des revenus permettait depuis déjà longtemps d'éviter un régime de puissance publique relatif aux biens. La souveraineté devient inutile et la personnalité publique du propriétaire suffit alors à assurer exclusivité et protection de l'usage public (151). Il écrit ainsi que « la propriété des personnes publiques ne trouve pas de fondement dans la souveraineté parce que la souveraineté n'a pas de prolongement propriétaire. Les notions de souveraineté et de propriété sont strictement séparées » (152). On pourrait alors associer domanialité et souveraineté pour mieux les séparer de la propriété. Sous l'Ancien Régime, le monarque n'était pas propriétaire de l'ensemble des terres sur lesquelles son *imperium* s'exerçait. On peut ainsi faire pencher le domaine éminent du côté de l'*imperium* et la propriété éminente du côté du *dominium*.

Si la puissance publique anime le champ de la propriété en droit public il n'est pas nécessaire de recourir à la notion de souveraineté pour l'éclairer. Bien sûr, si on entend souveraineté au sens constitutionnel du terme, comme puissance normative originaire illimitée, l'association avec la propriété n'apparaît pas immédiat ; mais la souveraineté au sens de puissance publique, c'est-à-dire comme ensemble de prérogatives exorbitantes, marquées d'unilatéralité, implique l'éminente propriété telle qu'elle vient d'être décrite. Les pouvoirs de captation et de disposition de l'ensemble des propriétés relèvent du cœur de la puissance publique, dans ses aspects domaniaux, nul ne le conteste, mais également dans ses aspects collatéraux, préparatoires ou subséquents à cette domanialité. Les pouvoirs propriétaires de l'Etat ne sont donc pas des manifestations de souveraineté au sens strict, mais constituent des actes de puissance publique.

Eminence de la propriété et puissance publique

Ainsi, la propriété éminente telle qu'elle apparaît dans son ensemble aujourd'hui se distingue des théories du domaine éminent en ce qu'elle ne pose pas l'Etat comme souverain territorial mais comme matrice de toute personnalité juridique. Si on peut être d'accord avec Hélène Pauliat sur le fait que les manifestations en sont proches, le droit de propriété avant et après la Révolution ne repose pas sur les mêmes fondements. Devenu droit naturel de la personne il ne se concède plus par le souverain mais le souverain conserve un droit de direction selon l'expression même de Portalis (153). Il s'agit désormais moins de l'existence de l'Etat par un territoire que d'une direction de l'usage de la propriété dans un but public, un procédé exorbitant et non une donnée ontologique de l'Etat. Si la pensée de Rousseau peut éclairer pour une part les idées de la Révolution, on y lit que l'appropriation publique complète la souveraineté (154). En effet, Rousseau pose l'étonnant paradoxe de la propriété et le résout par le rôle de la loi, expression de la volonté générale (155). Si la souveraineté peut s'appréhender comme un pouvoir sur les biens et si la propriété est un droit inviolable et nécessaire à la liberté, alors c'est que la loi peut disposer de la propriété de tous et non de quelques uns ; la loi détermine l'usage des biens pré-appartenant à tous avant que d'appartenir à tel ou tel.

Les bases constitutionnelles de la propriété publique (156)

Nombre d'auteurs ont émis un doute sur la constitutionnalité de procédures autoritaires comme les mutations domaniales. Elles attenteraient à la protection de la propriété par le juge judiciaire et à l'indemnisation de toute dépossession (157), comme à la libre administration des collectivités territoriales (158). Leur conformité avec la protection conventionnelle de la propriété subirait la même difficulté (159). On ne peut alors que présumer de l'existence d'un fondement constitutionnel de l'éminence des pouvoirs de l'Etat en matière de propriété.

On sait que la propriété publique est constitutionnellement protégée dans son ensemble, en raison de sa valeur patrimoniale pour les personnes publiques et en raison de la protection des missions de service public auxquelles les biens sont généralement affectés (160). Les services publics constitutionnels induisent en outre une obligation d'acquisition par les personnes publiques (161). Distincts de ces éléments sont les fondements des prérogatives exorbitantes de l'Etat ici recensées. Il n'existe pas de fondement constitutionnel exprès de la propriété éminente de l'Etat (162). Celle-ci ne dispose d'ancrages constitutionnels que par un faisceau de normes constitutionnelles : la protection de la propriété par la Loi, la protection de la propriété publique au même titre que la propriété privée, l'objectif d'intérêt général relayé par l'utilité publique de l'expropriation. Les prérogatives de la puissance publique en matière de propriété ont reçu une consécration constitutionnelle en même temps que les garanties du droit individuel de propriété, lors de la décision *Nationalisations* (163). Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel met l'accent sur l'évolution de la propriété, de plus en plus marquée par les nécessités de l'intérêt général introduites par la loi (164). L'article 17 de la Déclaration de 1789 doit se lire ainsi dans le contexte d'une seconde partie de la Déclaration de 1789 orientée vers les prérogatives de la puissance publique et vers la préservation de ses moyens (165).

Ces bases se doublent de la protection spécifique à la domanialité assise sur le principe de continuité des services publics. La protection constitutionnelle du domaine public (166) couvre autant l'affectation que le droit de propriété qui en est le support (167). C'est à la protection des propriétés publiques mentionnée en 2003 que l'on peut rattacher les contraintes affirmées en 1994 et 2002 lors de la mise en place de droits réels et de financement privés d'ouvrages sur le domaine public (168). La mention d'un « droit commun de la domanialité publique » (169), lié à l'article 17 de la Déclaration des droits (170), dans la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003, semble imposer au législateur le respect des principaux éléments du régime de la domanialité, sauf volonté expresse motivée par l'urgence. Le Conseil constitutionnel n'a pas consacré l'existence d'un domaine public lié à la souveraineté ou aux libertés mais la décision du 21 juillet 1994 a fondé l'impossibilité de droits réels sans contreparties appropriées sur la protection de la propriété publique : la protection du domaine s'inscrit dans celle de la propriété.

On réalise que l'on peut étendre le constat d'Hauriou relatif à l'affectation à l'ensemble du pouvoir propriétaire de l'Etat : « l'affectation et la désaffectation deviennent des actes de puissance publique » (171).

Le rôle de la loi, dimension de puissance publique

On se souvient des tentatives d'Otto Mayer (172) pour rattacher la propriété publique à la puissance de l'Etat (*Herrschaft*) en plaçant sa propriété au-dessus de celle des particuliers. Cependant cette approche met l'accent sur la domination de la personne étatique alors que celle-ci forme un tout avec la dimension législative de ce même Etat. Ce pouvoir propriétaire forme le contrepoint de l'article 544 du code civil qui limite l'usage du droit de propriété

à une finalité conforme à l'ordre public ; il en devient la version positive en ouvrant à l'Etat la mission de diriger les propriétés vers l'intérêt général. Voilà pourquoi il revient à la loi de déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété ¹⁷³. Cette attention portée à la place centrale de la Loi caractérise toute idée de propriété éminente. Quand le domaine éminent cherche écho du côté de la souveraineté, les pouvoirs propriétaires de l'Etat se traduisent en termes de puissance publique dérivée, mais distincte car législative, de la souveraineté. Il faut insister sur le fait que la puissance de la loi n'est pas la souveraineté de l'Etat mais manifeste une prérogative normative interne qui en dérive ¹⁷⁴ et qui vient à l'appui des politiques nationales relatives aux biens.

La compétence de la loi se voit donc protégée également par l'article 17 de la Déclaration des droits. Le Conseil constitutionnel censure ainsi le dispositif qui subordonne le transfert de propriété à un régime d'autorisation préalable discrétionnaire lorsque le texte de loi ne précise pas les motifs d'intérêt général ¹⁷⁵. Lorsque la loi établit un équilibre entre le droit de propriété et un motif d'intérêt général qui a la qualité d'objectif à valeur constitutionnelle (comme le fait pour toute personne de disposer d'un logement décent), elle ne peut dénaturer les exigences du droit de propriété ¹⁷⁶. Ce rôle de la loi, qui accompagne l'évolution de la propriété, trouve dans la Convention européenne des droits de l'homme une assise renouvelée. L'alinéa second de l'article premier du premier protocole stipule ainsi que les Etats ont « le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...) ».

C'est une autre différence entre domaine éminent et propriété éminente qui tient encore dans l'opposition des nécessités politiques telles que les a mises en lumière Hubert Hubrecht quant au principe d'inaliénabilité. Alors que le domaine éminent tendait à instituer un pouvoir monarchique, la propriété éminente est la marque d'un régime constitutionnel représentatif. La grande différence entre domaine éminent et propriété éminente tient dans la distinction de leurs finalités respectives. Si le domaine se comprend avant tout comme moyen de protection contre les légèretés des agents publics, la propriété éminente renvoie à la supériorité de l'intérêt général national et en particulier à sa prédéfinition par le législateur ¹⁷⁷. Ainsi, même pour les propriétés du domaine privé, comme dans l'hypothèse de l'ancien article L. 62 du code du domaine de l'Etat ¹⁷⁸ aujourd'hui à l'article L. 3211-5 du CGPPP, l'inaliénabilité du domaine peut-elle être levée par la loi, non en tant qu'expression de souveraineté mais en tant que procédé exorbitant. Le refus par le Conseil constitutionnel de consacrer la valeur supra-législative d'un principe générique d'inaliénabilité du domaine atteste bien du fait que le principe d'inaliénabilité ne fait qu'ériger la loi en acte exclusif d'aliénation ¹⁷⁹. Ce n'est donc pas un principe de souveraineté constituante qui s'attacherait aux biens en eux-mêmes, comme fond du droit, mais une prérogative de puissance publique constitutionnellement garantie aux mains du législateur. La disqualification de la théorie du domaine éminent au profit d'une propriété éminente trouve son aboutissement dans le rôle de la Loi. L'Etat, à la fois législateur et propriétaire, appuie son droit des biens sur ses deux fonctions. C'est au titre du pouvoir législatif et non comme gestionnaire de ces biens que l'essentiel du pouvoir propriétaire de l'Etat s'exerce. La loi demeure le principal médium de répartition des biens et des prérogatives de plusieurs personnes sur un même bien. En matière de décentralisation, d'expropriation, de successions et de biens sans maître, la puissance propriétaire de l'Etat s'exprime par la puissance législative. A l'exception de la théorie jurisprudentielle des mutations domaniales, devenue d'ailleurs législative avec l'article L. 2123-4 du CGPPP, l'ensemble des modes de dépossession forcée des biens d'autrui relève de la loi, soit qu'elle habilite l'administration à capter et affecter les biens, soit qu'elle retienne elle-même le pouvoir d'affectation comme en attestent les récents textes relatifs aux biens des entreprises publiques dont la personnalité est privatisée.

On sait que l'opposition doctrinale à toute appropriation collective a joué sur la confusion entre propriété publique et domaine éminent de l'Etat. Or l'une et l'autre se séparent effectivement. Le domaine éminent relève de la souveraineté quand la propriété relève de la personnalité. Mais, s'agissant précisément de l'Etat, sa personnalité exorbitante implique le caractère de puissance publique de ses prérogatives en matière de biens.

Propriété éminente et personnalité juridique de l'Etat

Au-delà de l'unité du droit de propriété, quel qu'en soit le titulaire, affirmée par le Conseil constitutionnel ¹⁸⁰, on perçoit le creuset de la personnalité. L'approche de la propriété en terme de patrimoine ne serait en fait qu'une « duplication du dualisme personnalisme - finalisme » ¹⁸¹. On a vu que l'Etat apparaît comme un modèle de propriétaire, en raison de son pouvoir législatif et en raison de la titularité d'un patrimoine. Il peut ainsi être souverain sur la destination de tous les biens (il peut se réserver la jouissance de certains) et particulièrement sur les siens ; il peut enfin se comprendre comme un patrimoine particulier. Les deux premiers temps rejoignent la notion de souveraineté. Traditionnellement, la doctrine du XIX^e parle de domaine quand elle parle de propriété afin de signifier, sur le modèle de l'Etat, la souveraineté de l'individu sur ses biens ¹⁸².

Patrimoine de la Nation et propriété de l'Etat

La description d'un Etat propriétaire parce que personnification juridique de la Nation trouve écho dans la description de la propriété comme de ce qui est propre et forme la traduction dans le domaine des biens de l'existence d'un être. La propriété comme appartenance éclaire la spécificité du patrimoine de l'Etat. La protection constitutionnelle du droit de propriété couvre indirectement la nécessité de la défense du patrimoine national ¹⁸³.

Le décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 consacre le droit de propriété de la Nation, en lieu et place du Roi, sur le domaine de la Couronne devenu domaine national ¹⁸⁴. La Nation n'apparaît plus ensuite dans le code civil. Rappelons les termes de l'ancien article L. 1 du code du domaine de l'Etat, tels qu'issus de la formulation de 1962 : « Le domaine national s'entend de tous les biens et droits mobiliers et immobiliers qui appartiennent à l'Etat ». L'Etat apparaît alors bien comme la personnalité titulaire de la propriété sur le domaine, c'est-à-dire ici les biens constitutifs de la Nation et dont celle-ci ne saurait se passer. L'Etat, partie visible et juridiquement effective de l'entité politique nationale, non seulement se trouve à la tête d'un patrimoine qu'il garde et sert, mais encore, du point de vue du droit, demeure un élément de définition du domaine national, lequel est connu à un moment donné en fonction de ce que possède l'Etat. Ce lien consubstantiel, qu'Esmein n'aurait pas renié, explique l'éminence des pouvoirs propriétaires de l'Etat sur toutes les prérogatives accordées à d'autres sur leurs biens et qui ne sont pas « la Nation ». L'hypothèse d'une propriété éminente dépasse le fondement d'un domaine public parce qu'étatique ¹⁸⁵. Patrice Chrétien note ainsi que « le domaine souverain se définit en terme de propriété, tout comme le domaine public et les domaines privés » ¹⁸⁶.

Dans le nouveau code de la propriété des personnes publiques ce lien entre Etat et Nation s'efface avec l'unification des règles. La suprématie de l'Etat n'y est plus explicite. Cette dimension demeure cependant lorsqu'il est question du « patrimoine national » dont l'Etat doit assurer la mise en valeur (art. L. 2123-2 CGPPP).

La portée du pouvoir propriétaire de l'Etat apparaît des plus étendues en matière de patrimoine national car elle touche autant les biens privés que les propriétés publiques, les meubles autant que les immeubles. Il pourra ainsi

empêcher la sortie de territoire d'oeuvres d'art d'intérêt national.

Au terme de la jurisprudence constitutionnelle, fondée encore sur l'article 17 de la Déclaration de 1789, l'Etat législateur est le gardien de la valeur patrimoniale des propriétés publiques qui ne peuvent être cédées pour un montant inférieur à leur valeur (187). Ainsi que l'écrit Christian Laviolle, « il y a une inertie patrimoniale qui génère pour son possesseur une autonomie » (188). En ce sens, la charge patrimoniale de l'Etat, au nom de la Nation, lui confère un pouvoir prépondérant. De même, si les manifestations exorbitantes liées à la domanialité, entrent dans le cadre plus large de la propriété éminente, ce ne peut être qu'en raison de la charge particulière dont l'Etat répond (189).

Personnalité de l'Etat et finalisation de ses pouvoirs en matière de propriété

Il devient inutile de rappeler que la personnalité de droit public redevient un critère central de détermination du régime administratif, en particulier pour les biens (190). La personnalité de l'Etat fonde effectivement et techniquement l'unité de ses prérogatives en matière de droit des biens. Plus que l'affectation, c'est la personnalité du propriétaire qui détermine la qualité publique ou privée du bien. Les dimensions de puissance publique, de patrimoine et de réserve de jouissance s'y articulent bien (191). Cependant, le critère organique ne fait qu'ordonner le critère finaliste. La personnalité de droit public, comme toute institution, tend à réaliser une fin. Voilà ce qui caractérise les rapports entre personne-Etat et biens privés ou publics (192). Ainsi que l'écrivait Hauriou : « l'Etat-proprétaire, (...) ce n'est pas l'Etat faisant ses affaires privées, c'est l'Etat faisant les affaires publiques par gestion, c'est-à-dire par la coopération du public avec la puissance publique » (193). La propriété publique, et particulièrement celle de l'Etat, se conçoit alors en terme de statut et de compétence : « La nécessité de la personnalité induit celle de la propriété, parce que les deux notions sont liées. Sans aller jusqu'à prétendre que la personnalité morale n'a été utilisée en droit public que pour rendre compte de la propriété des collectivités publiques, il existe un lien très fort entre les deux éléments, la personnalité jaillissant en quelque sorte à l'occasion de la propriété, qui en est autant la condition que la conséquence. Cette relation quasi-ontologique conduit à assigner à la notion de domaine la place dévolue en droit privé à celle de patrimoine. » (194)

On retrouve John Locke chez lequel la propriété est un prolongement de la personne (195). Philippe Yolka opère un parallèle entre la tradition lockienne de la propriété du corps et la propriété publique, celle-ci pouvant servir de modèle à celle-ci en matière d'extracommercialité. L'idée, séduisante, ne se révèle exacte en droit des biens qu'à la condition de ne pas entendre propriété corporelle au sens de propriété patrimoniale mais selon le concept de « mienneté » (196).

L'établissement nécessaire d'une stricte distinction entre régime propriétaire et régime domanial (197) amène à poser que la propriété, formaliste et libérale ne saurait être « finalisée » car consubstantielle avec la personnalité (198). La propriété éminente de l'Etat montre au contraire une certaine finalisation des pouvoirs régaliens sur les biens. Nul ne le conteste du point de vue domanial : la domanialité morcelle les compétences mais les offre toutes à l'Etat (mutations domaniales, contraventions de grande voirie, autorisation d'occupation...) qui reste seul à déterminer la finalité des institutions (199). Mais cela demeure vrai pour l'ensemble des pouvoirs propriétaires de l'Etat. Poser que toute appréhension commune des prérogatives de possession et de disposition mène à construire une théorie de la propriété sur des bases anti-propriétaires, à fondre la propriété dans la finalisation de la domanialité, relève d'une conception dépassée de la propriété. Envisager au contraire la propriété publique avec ses deux piliers, correspond à une lecture contemporaine du droit de propriété en général qui tient compte de sa fonction sociale.

Dans cette perspective, le droit comparé se révèle intéressant. En effet, on sait qu'en Allemagne les biens dits publics peuvent relever de la propriété privée à condition d'être affectés à l'utilité publique selon une conception sociale de la fonction de propriété. A ce titre « on considère que l'affectation ne peut émaner que de l'autorité compétente pour agir en qualité de puissance publique » (200). Seule l'affectation se trouve protégée par un régime exorbitant dont la titularité du bien devient un élément actif en cas de conflit. En effet, la solution à un conflit relatif à la gestion d'un bien réside dans son expropriation, aussi bien vis-à-vis d'un particulier qu'entre Fédération et Etats fédérés. Par ailleurs, en matière de voirie, les lois de la Fédération et des *Länder* prévoient le transfert automatique de propriété qui suit l'affectation. Au Royaume-Uni, la propriété privée peut également être affectée à un usage prédéterminé par l'intérêt public (201). On perçoit donc bien la dimension hiérarchique des prérogatives de puissance publique qui anime la mise à disposition des biens. En France, les atteintes que la loi peut porter à la propriété doivent être justifiées par le législateur lui-même. L'Etat législateur prédétermine ainsi les conditions d'existence d'un Etat-proprétaire. Le Conseil constitutionnel veille à ce que le second n'incite pas le premier à étendre ses propriétés au détriment de la propriété privée. Si le contrôle de l'opportunité lui échappe très largement, il apprécie l'existence et la qualité formelle des justifications apportées.

Le Conseil d'Etat se montre également très attentif à ce que les biens affectés au domaine public demeurent la propriété des seules personnes publiques (202). Voilà pourquoi le transfert des biens à la société Aéroports de Paris a dû être précédé d'un déclassement des biens à l'exception des biens nécessaires à la sécurité. Paradoxalement, cela aboutit à ce que le législateur maintienne artificiellement l'affectation des biens au service public sans que le titulaire des biens soit une personne publique. Dès lors il ne semble plus que la propriété publique demeure la condition de l'affectation au service mais seulement celle de l'existence d'un domaine public (203). Cela ouvre la perspective d'une autonomie de la propriété publique et confirme l'éminence du rôle de l'Etat en matière de régime des biens.

Au terme de cette étude qui tente de dégager les traits d'une propriété éminente de l'Etat, on peut donc compter à côté de la propriété privée et de la propriété publique, cette dernière se subdivisant en domanialité privée et domanialité publique, la propriété éminente de l'Etat qui engloberait le passage de l'une à l'autre et l'ensemble des mécanismes dérogatoires de la seconde, jusqu'à ceux qui créent des servitudes d'intérêt général sur les biens des personnes privées.

Mots clés :

DOMAINE * Domaine public * Consistance du domaine public

(1) Cet article fait partie d'un dossier ayant pour titre « Propriété publique - Domaine public » qui a été publié, outre la présente contribution, dans le n° 5/2006 de la RFDA de la façon suivante :

- Regard extérieur sur le code, par Pierre Delvolvé, p. 899 
- Définitions et critères du domaine public, par Fabrice Melleray, p. 906 
- Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie »), par Lucien Rapp, p. 916 
- Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu, par François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, p. 935 
- Les édifices affectés aux cultes, par Christian Lavialle, p. 949 
- Les rapports domaniaux entre personnes publiques, par Rozen Noguellou, p. 957 

(2) Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, JO 22 avr., p. 6024. Ci-après CGPPP.

(3) C. Chamard, La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics, Dalloz, 2004, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 33, préf. Jean Untermaier.

(4) Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat, Colloque organisé par l'Institut Fédératif de Recherche « mutation des normes juridiques », Université Toulouse I, 27 et 28 octobre 2005, à paraître, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2006.

(5) F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ 1993, p. 305 

(6) Cf. P. Delvolvé, Droit de propriété et droit public, Mélanges Guy Braibant, Dalloz 1996, p. 153.

(7) J. M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, De la propriété comme modèle, Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993, p. 281.

(8) F. Zénati et T. Revet, Les biens, PUF, Droit civil, 2^e éd. 1997, p. 13-19.

(9) Le premier aspect est protégé par des actions pétitoires, le second par des actions possessoires (Zénati, Revet, préc. p. 122).

(10) « Tout propriétaire peut disposer de son bien, c'est-à-dire faire de sa chose l'objet d'un acte juridique. Mieux, tout acte juridique a en fait une incidence sur le sort d'un bien (...) », *ibid.*, p. 125.

(11) On sait que le choix de parler de la propriété ou des propriétés change la portée des régimes juridiques, ainsi l'article 17 de la Déclaration a-t-il connu différentes moutures (cf. M. Suel, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : L'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété, la grammaire et le pouvoir, RD publ. 1974, p. 1295

(12) « Il existe une certaine correspondance, ou une affinité, à défaut de conclure tout de suite à une synonymie, entre le droit de propriété et la liberté de disposer de ses biens », écrit M. Verpeaux, Le juge administratif, gardien du droit de propriété, RFDA 2003, p. 1096  ; V. également R. Libchaber, La propriété, Libertés et droits fondamentaux, R. Cabrillac, T. Revet et M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2003, p. 515 ; P. Yolka adhère également à cette perspective : « L'épuration de la propriété s'analyse comme une relation d'appartenance entre un sujet et un objet, par laquelle le premier dispose en principe d'un droit général lui permettant de tirer du second toutes les utilités », La propriété publique, éléments pour une théorie, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, Bibl. droit public, tome 191, 1997, p. 175.

(13) Zénati, Revet, préc. p. 124.

(14) En effet, entre particuliers, la question du titulaire s'efface de plus en plus souvent derrière un réseau de prérogatives offertes à plusieurs acteurs notamment pour des motifs fiscaux (mécanisme des sociétés civiles immobilières, du quasi-usufruit...).

(15) V. l'analyse de T. Renoux et M. de Villiers, Code constitutionnel, éd. 2005, n° 0396, p. 197.

(16) H. Moysan, Le droit de propriété des personnes publiques, LGDJ, Bibl. droit public, tome 219, 2001.

(17) C. Lavialle, Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations, RD publ. 1990, p. 471 ; B. Garidou, Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français, thèse Toulouse I, 2003, dactyl.

(18) F. Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, LGDJ, Bibl. droit public, 1997.

(19) Qu'il s'agisse des immeubles ou des meubles selon des critères propres (F. Hourquebie, Le domaine public mobilier, RD publ. 2005, p. 634.

(20) « La propriété publique existe très simplement chaque fois qu'une collectivité publique est propriétaire d'un bien ; et cela a pour seule conséquence que ce bien ne peut être saisi (...) et qu'il ne peut pas d'avantage être vendu en deçà de sa valeur », Y. Gaudemet, « L'avenir des propriétés publiques » in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 567. Phénomène qui affecterait également la notion d'ouvrage public (F. Melleray, *Incertitudes sur la notion d'ouvrage public*, AJDA 2005, p. 1376 ). Toutefois on pourra noter que le critère organique ramène avec lui, toujours en droit public, des éléments finalistes (B. Garidou, *op. cit.* p. 117).

(21) La propriété publique, préc.

(22) « Le droit de propriété est un ensemble de prérogatives détenues sur un (des) bien(s) en droit privé comme en droit public. La propriété des personnes publiques ou propriété publique peut donc légitimement recouvrir la définition générique de la propriété donnée par la doctrine civiliste, mais en tant que ce droit a pour titulaire une personne publique et, sans préjuger des ses éventuelles spécificités » écrit ainsi H. Moysan, *op. cit.* p. 12.

(23) C. Lavialle, La désaffectation des biens domaniaux mis à la disposition des collectivités territoriales (note sous CE, Ass., 2 déc. 1994, *Département de Seine-Saint-Denis*, RFDA 1995, p. 655 .

(24) CE, 10 nov. 1972, *Dubois*, Dr. adm., n° 401.

(25) Y. Lenoir, *Les domaines de l'Etat et des autres personnes publiques*, Sirey 1966, p. 144.

(26) « Sur le domaine public, comme sur le domaine privé, l'affectation est donc une prérogative de gestion qui revient au propriétaire, mais pas seulement au propriétaire ; à la différence du domaine privé, le pouvoir d'affecter revient aussi à l'Etat en ce qui concerne les propriétés publiques des collectivités décentralisées », J.-P. Lebreton, *Les occupations du domaine public*, thèse, Paris II, 1976, p. 93.

(27) *Contra* : L. Siorat, *La notion d'affectation en droit domanial*, RD publ. 1958, p. 867.

(28) La stricte distinction entre la propriété (comprise de façon dominante comme *dominium*) et la domanialité (au sens d'*imperium*) constitue l'essentiel de cet acquis. Ces deux notions renvoient en effet à des régimes séparés qui confèrent des pouvoirs à des titulaires dans l'absolu distincts, qui relèvent de fonctions juridiques différentes. Sans remettre en cause cette présentation qui permet de saisir le sens de chaque institution, on remarquera qu'elle aboutit à constater l'absorption de la propriété dans les manifestations de domanialité, y compris les pouvoirs de gestion et à ne conserver sous le nom de propriété que la titularité du bien.

(29) En poussant l'analyse archéologique un peu plus loin encore on pourra retrouver sous l'Etat moderne la présence des théories médiévales de la propriété faisant de Dieu le propriétaire de tous les biens, l'homme n'étant que l'usager (cf. M.-F. Renoux-Zagame, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz, 1987).

(30) C. Lavialle, *Du domaine public comme fiction juridique*, JCP 1994, Doctr. n° 3766, p. 265.

(31) H.-G. Hubrecht, *L'exorbitance du droit des propriétés publiques*, in *L'exorbitance du droit administratif en question*, sous la responsabilité de Fabrice Melleray, LGDJ, Coll. de la faculté de Poitiers, 2004.

(32) Dans son étude générale, Mikhaïl Xifaras dégage trois modes de conceptualisation de la propriété : la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale et la réservation de jouissance. Le rapport de l'Etat aux biens en général (les siens et ceux d'autres personnes) peut se lire ainsi et de manière exacerbée (*La propriété. Etude de philosophie du droit*, PUF, Fondements de la politique, 2004).

(33) « Mais s'ajoute à ce mouvement de segmentation un second élément, plus traditionnel qui tient à la spécificité de la propriété de l'Etat au sein de la propriété des personnes publiques. Si ces dernières sont juridiquement placées sur le même plan, la souveraineté de l'Etat le met en position de supériorité ; sa prééminence se traduit en matière patrimoniale, ce qui montre que tous les ponts ne sont pas rompus entre la sphère de la souveraineté et celle de la propriété. L'Etat peut seul procéder autoritairement aux mutations domaniales ; il bénéficie du droit de déshérence ou de l'attribution des biens vacants ou sans maître. Sa capacité patrimoniale est moins strictement limitée par le principe de spécialité que celle des autres personnes publiques. Il est, enfin, considéré comme son propre assureur. », P. Yolka, *op. cit.* p. 576.

(34) « Affecter ou ne pas affecter, c'est ainsi que l'on pourrait définir la prérogative révélatrice de la propriété publique. », B. Garidou, *Thèse préc.*, p. 168.

(35) Cf. Actes du colloque « domaine public et activités économiques » des 20 et 21 septembre 1990, CJEG hors série octobre 1991, p. 23.

(36) Néanmoins, si la propriété n'est pas une chose, force est de constater que le droit positif fait jouer à l'évolution de la chose un rôle dans l'attribution de la propriété. Par exemple dans l'affaire de « l'étang de Napoléon » (Cass. 3^e civ., 29 févr. 1968, D. 1968, p. 454).

(37) Sur ce point H. Moysan, *op. cit.*, dans la première partie, l'auteur estime que l'incorporation relève de l'Etat qui incorpore directement, une catégorie, par loi ou règlement, ou qui détermine les critères d'incorporation par la loi ou le juge. Le législateur étant souverain, la nature de cet acte se rapproche de l'expropriation et des nationalisations ; c'est une décision de puissance publique, par la compétence et par le contenu : la détermination de l'utilité publique domaniale (p. 56)

(38) V. Inserguet-Brisset, *Propriété publique et environnement*, LGDJ, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 1994 ; Odile de David-Beauregard-Berthier, *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, thèse Aix, 1994, p. 388.

(39) On ne s'étendra pas sur les possibilités de confiscation prévues à titre de sanction par le code pénal pour les biens ayant servi à la commission de l'infraction et qui relèvent d'une autre logique que la gestion des biens.

(40) Art. L. 1112-2 CGPPP.

(41) Le décret du 9 février 2004 a simplement déconcentré les procédures de déclaration de l'utilité publique.

(42) J. Lemasurier, *Le droit de l'expropriation*, 2^e éd., Economica, 2001, p. 49 ; J. Ferbos et A. Bernard, *Expropriation des biens*, Le Moniteur, 10^e éd., p. 17

(43) Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, J.C.P. 1986, I, 3237, note J. Dufau.

(44) CE, 10 mai 1985, *Chambre de commerce et d'industrie d'Annecy et de Haute-Savoie c/ Commune de Meythet*, Dr. adm. 1985, n° 299 et 301 ; RFDA 1986, p. 61, note B. Pacteau ; RD publ. 1986, p. 284.

(45) Cass. Ass. plén., 6 janv. 1994, JCP 1994, II, 22207, concl. M. Jeol.

(46) Voilà pourquoi la dépossession qui concrétise le transfert de propriété constitue en fait le coeur de la procédure d'expropriation (C. Laviaille, *Expropriation et dépossession*, RFDA 2001, p. 1228 ). Cf. J.-F. Struillou, *Protection de la propriété immobilière et prérogatives de puissance publique*, L'Harmattan, 2000, 524 p.

(47) M. Xifaras, *op. cit.* p. 187.

(48) Par exemple la loi du 11 juillet 1938 portant organisation générale de la Nation en temps de guerre.

(49) P. Levaye, *Les pouvoirs de réquisition*, AJDA 1999, n° spécial, p. 22 .

(50) Art. L. 2213-3

(51) Le fait est fort ancien et ne fait l'objet d'aucune contestation (C. Laviaille, *De la fonction du territoire et de la domanialité dans le genèse de l'Etat en France sous l'Ancien Régime*, *Droits*, 15, 1992, p. 19. spéc. p. 26). Cf. C. Pichon, *Les biens vacants et sans maître*, *RF décentralisation* 1996, p. 5.

(52) J.-M. Pontier, *L'Etat, les communes et les biens vacants et sans maître*, *Rev. adm.*, n° 331, p. 64.

(53) M. Rémond-Gouilloud, *Ressources naturelles et choses sans maître*, *D.* 1985, *Chron.* p. 27.

(54) L'article 713 du code civil dispose désormais que « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés. Toutefois, la propriété est transférée de plein droit à l'Etat si la commune renonce à exercer ses droits. », ce que l'article L. 25 du code du domaine de l'Etat traduit par « les biens qui n'ont pas de maître reviennent de plein droit à l'Etat si la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés a renoncé à exercer le droit de propriété qui lui est reconnu par l'article 713 du code civil » (Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, art. 147 III, JO 17 août 2004).

(55) Le nouvel article 539 est ainsi rédigé : « Les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent à l'Etat. ».

(56) Le rapport du député Marc-Philippe Daubresse justifie ainsi ce décrochage : « Afin de bien clarifier les termes du débat sur ce sujet complexe, le régime des biens en déshérence (pas d'héritiers ou abandon de la succession par ses ayants droit) n'est pas modifié par le projet de loi : l'Etat reste le seul compétent en cette matière. Ce choix est justifié, dans la mesure où ce droit souverain reconnu à l'Etat procède du « droit d'administration et de gouvernement » de l'Etat, pour reprendre les mots de Portalis. Il s'agit donc d'une mesure d'ordre public visant à éviter les désordres que pourraient susciter les prétentions concurrentes de ceux qui chercheraient à être les premiers occupants d'immeubles appartenant à des successions vacantes. Qui plus est, ce choix est justifié en pratique : le traitement des successions vacantes est lourd et complexe ; il aurait été peu judicieux de confier cette

procédure aux communes. » (Rapport N° 1435 - tome 1 - 4^e partie). Des raisons pratiques tenant au fait que les successions peuvent toucher plusieurs communes ont également motivé le maintien de l'appropriation directe par l'Etat.

(57) Lesquelles font l'objet de simplification par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO 24 juin, p. 9513).

(58) « Mais attendu que l'article 539 du code civil n'établit aucune distinction entre les biens vacants et sans maître et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées, ces deux catégories de biens appartenant au domaine public ; que c'est en vertu de sa souveraineté que l'Etat recueille les biens d'une succession en déshérence, l'envoi en possession qu'il est tenu de demander ayant pour effet de lui conférer la saisine, mais non la qualité d'héritier ; qu'il s'ensuit que cet envoi en possession ne met pas obstacle à la rétractation d'une renonciation à succession effectuée antérieurement par un héritier », Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 1994, *Directeur général des impôts c/ Frémy*, D. 1994, Jur. p. 505, note F. Boulanger  ; RTD civ. 1994, p. 649 et 652, note J. Patarin  ; même formulation déjà en 1962 : TGI Laval, 19 juin 1962, cité in M. H., *Nature du droit de l'Etat sur les successions en déshérence*, JCP N 1993, I, 388.

(59) M. Gantillon, *L'Etat successeur*, thèse, Lyon, 1910 ; M. H., *Nature du droit de l'Etat sur les successions en déshérence*, préc. : « Dans l'esprit des auteurs du code, le droit de déshérence s'explique uniquement par l'aptitude de l'Etat à appréhender en raison de sa souveraineté, les biens vacants et sans maître, et ne forme qu'une application de l'article 539 ».

(60) Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1965, *Service des domaines contre Moreau*, D. 1965, p. 428, note Mazeaud.

(61) Cass. 3^e civ., 29 févr. 1968, *Société civile et agricole du They de Roustan*, Bull. civ. III, n° 82.

(62) Art. L. 1127-1 CGPPP et L. 532-2 du code du patrimoine. Les biens culturels maritimes situés dans le domaine public et dont le propriétaire n'est pas susceptible d'être retrouvé à l'expiration d'un délai de trois ans appartiennent à l'Etat. En présence d'un propriétaire, le ministre de la culture peut déclarer l'utilité publique en vue de l'expropriation du bien. Cf. C. Laviaille, *La loi du 1^{er} décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes*, JCP 1991, I, n° 3489, p. 63.

(63) Sur ces différents éléments V. L. Rapp, P. Terneyre, N. Symchowicz, *Lamy Droit public des affaires*, éd. 2005, p. 1611.

(64) L. Rapp, « De la domanialité publique à l'appartenance publique. Une évolution dans la Révolution », in *Propriété et Révolution*, sous la direction de Geneviève Koubi, CNRS éd., 1985, p. 165.

(65) Cons. const., 19 janv. 1984, décis. n° 83-167 DC, RD publ. 1986, p. 396, note L. Favoreu.

(66) Cons. const., 16 janv. 1982, décis. n° 81-132 DC.

(67) P. Bon, *La loi de décentralisation et les mutations domaniales des collectivités locales*, Defrénois 1982, art. 32942, p. 1329 ; C. Laviaille, *Décentralisation et domanialité*, RFDA 1996, p. 953  : « L'Etat en effet continue à exercer sa souveraineté sur le territoire national qui reste et donc demeure le maître ultime des affectations publiques. Aussi, y a-t-il entre ces deux notions des influences croisées, enchevêtrées. La décentralisation transforme la domanialité qui, à son tour, l'infléchit. » (*op. cit.* p. 954) ; J.-P. Amadei, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation à la lumière de la décentralisation*, AJPI 1996, p. 981 ; J.-M. Peyrical, *Transfert de biens entre collectivités publiques. Pour un assouplissement du droit de la domanialité publique*, AJDA 2002, p. 1157 .

(68) Dispositif réaffirmé à l'article 4 de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

(69) Caroline Chamard précise ainsi que la mise à disposition est effectuée par le préfet qui participe à l'élaboration du procès-verbal intervenant entre propriétaire et bénéficiaire.

(70) Dispositif précisé par le décret du 16 août 2005 (n° 2005-992).

(71) Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002.

(72) Loi du 13 août 2004, cf. P.-L. Frier, *Les transferts de compétence dans les secteurs de la formation professionnelle, de l'éducation et de la culture*, AJDA 2004, p. 1984 .

(73) J.-C. Videlin, *Les biens des établissements publics de coopération intercommunale*, AJDA 2001, p. 829 .

(74) H. Hubrecht, *L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel*, Mélanges Lavroff, Dalloz 2004, p. 417. V. notamment la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires : J.-F. Brisson, *L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires*, AJDA 2005, p. 1835  ; E.

Fatôme, Le régime juridique des biens affectés au service public, A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005, AJDA 2006, p. 178 .

(75) V. Inserguet-Brisset, Propriété publique et environnement, préc. p. 45 et 79.

(76) La Loi agit ainsi dans un tout autre cadre, sous forme d'ordonnance, pour, par exemple, évincer les propriétaires non mélanésiens de terres néo-calédoniennes. Ordonnance du 15 octobre 1982 (cf. E. Agostini, L'étiologie du droit de propriété en France (1804-1985), Mélanges Guy Flattet, Université de Lausanne, Diffusion Payot, 1985, p. 3.)

(77) Articles L. 421-2 et s. par exemple pour la procédure de mise en défense.

(78) On rappellera également les mécanismes associés au classement des biens pour la protection de sites, la création de parcs et réserves qui génèrent des servitudes indemnisées car portant atteinte à la libre disposition des biens (art. L. 331-17, L. 341-6, c. env.).

(79) C. Chamard-Heim, Transferts domaniaux - changements d'affectation, J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 52, p. 4.

(80) A. de Laubadère, Domanialité publique, propriété administrative et affectation, RD publ. 1974, p. 5.

(81) L'affectation à un service national n'empêche pas le transfert de propriété à une commune (CE, 19 déc. 1952, *Ville de Toulouse*, Lebon p. 590).

(82) T. confl., 18 oct. 1999, *Préfet de la région Ile-de-France*, AJDA 1999, p. 996, chron. P. Fombeur et M. Guyomar .

(83) C. Lavielle, L'acte de gestion domaniale, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 265.

(84) Notamment la distinction entre personnalité collective qui use du bien et personne juridique qui administre ledit bien.

(85) M. Douence, L'inaliénabilité du domaine public, De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques, AJDA 2006, p. 238 .

(86) M. Waline, Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs, thèse, Paris 1925 ; B. Tardivel, L'indépassable théorie des mutations domaniales, AJDA 2003, p. 1209  ; A. Vidal-Naquet, L'irréductible théorie des mutations domaniales, RFDA 2005, p. 1106 .

(87) En application de l'ex-article L. 35 du code du domaine de l'Etat CE, 23 juin 2004, *Commune de Provville*, AJDA 2004, p. 2148, chron. C. Landais et F. Lenica  ; RFDA 2004, p. 858 : l'article L. 11-8 du code de l'expropriation n'a pas pour effet de priver le premier ministre ou les ministres du pouvoir qu'ils détiennent de modifier l'affectation d'une parcelle d'une collectivité territoriale.

(88) CE, 23 oct. 1963, *SNCF*, RD publ. 1963, p. 1191, concl. Braibant.

(89) CE, Avis du 19 mars 2002.

(90) V. le rapport de référence du Conseil d'Etat et les interventions de M^me Latournerie (CJEG, hors série octobre 1991, préc.)

(91) CE, 16 juill. 1909, *Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans*, Lebon p. 717 : « Cette incorporation ayant eu lieu sans un déclassement préalable, aucune mutation de propriété n'a pu se produire (...) ».

(92) CE, 20 févr. 1981, *Association pour la protection du site du vieux Pornichet*, AJDA 1981, p. 259, concl. Genevois.

(93) CE, 22 nov. 1884, *Conseil de fabrique de l'église Saint-Nicolas des champs*, Lebon p. 801.

(94) P. Yolka, *op. cit.* p. 154 et s.

(95) F. Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, LGDJ Bibl. droit public, 1995, p. 113.

(96) M. Hauriou, note sous CE, 16 juill. 1909, *Ville de Paris*, S. 1909, III, p. 97 (notes d'arrêts n° 3 de 1892 à 1928, 1929, rééd. éd. La mémoire du droit, 2000, p. 211 ; G. Maroger, L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs, Sirey, 1942 (notamment la préface de René Capitant) ; C. Lavielle, Du domaine public comme fiction juridique, JCP 1994, I, 3766 ; J. Arrighi de Casanova, Etablissements publics et domanialité publique :

réflexions sur la célébration discrète d'un mariage de raison, AJDA 1985, p. 349.

(97) H. Pauliat, *op. cit.* p. 244.

(98) « Les mutations domaniales trahissent une conception typiquement jacobine, fondée sur la plus grande aptitude de l'Etat à définir l'intérêt public », P. Yolka, *op. cit.* p. 444.

(99) Y. Lenoir, *Les domaines de l'Etat et des autres personnes publiques*, Sirey 1966, p. 146.

(100) CE, 23 déc. 1960, *Lauer*, Lebon p. 732.

(101) Désormais l'article L. 2123-6 CGPPP prévoit d'indemniser dépenses et pertes de revenus consécutives à la mutation.

(102) Not. N. Foulquier, *Les mutations domaniales et les principes constitutionnels*, AJPI 1997, p. 828.

(103) CE, 13 janv. 1984, *Commune de Thiais*, Lebon p. 13.

(104) CE, 3 déc. 1993, *Ville de Paris c/ Parent*, AJDA 1993, p. 893 .

(105) CE, 30 oct. 1987, *Commune de Levallois-Perret*, AJDA 1988, p. 43, concl. Hubac

(106) « Article L. 3211-25 : Les casernes dont la nue-propriété appartient aux communes et dont l'usufruit a été réservé à l'Etat pour l'occupation par des corps de troupes sont remises pour la jouissance entière aux communes qui en font la demande, dans le cas où les troupes cessent, à titre définitif, d'utiliser ces casernes. »

(107) L'article 16 du décret loi du 5 juin 1940 permettait à l'Etat d'opérer un transfert de gestion autoritaire entre collectivités locales dans le cadre de l'expropriation.

(108) CE, 3 déc. 1993, *Ville de Paris c/ Parent*, AJDA 1993, p. 856, chron. C. Maugué et L. Touvet  ; RFDA 1994, p. 583, concl. J.-C. Bonichot .

(109) Cependant il ne s'agit pas d'une indemnité pour privation de jouissance (c. expr., art. L. 11-8, al. 2).

(110) La loi du 23 juin 1941 autorise, pour certains objets, un véritable droit de rétention pour l'Etat seulement, au profit d'autres personnes en vue de l'acquisition de biens promis à l'exportation.

(111) CE, Sect., 19 janv. 1990, *Epx Berckelaers*, Lebon p. 7.

(112) H. Bastien, *A quoi sert le domaine public mobilier ?*, AJDA 1993, p. 675 .

(113) H. Moysan, *op. cit.* p. 125.

(114) V. les transferts de voirie routière et d'hôtels de préfecture, prisons, bâtiments de justice.

(115) Art. L. 1321-2 : la collectivité assume l'ensemble des obligations du propriétaire.

(116) CE, 1^{er} oct. 1986, *Association nationale des élus du littoral*, AJDA 1987, p. 115, note Rezenthel.

(117) L. Eisenman, *Propriété privée et domanialité publique virtuelle*, LPA, 18 août 1997, n° 99, p. 4.

(118) CE, 2 déc. 1994, *Département de la Seine-Saint-Denis*, AJDA 1995, p. 40, concl. R. Schwartz  ; RFDA 1995, p. 655, note C. Laviolle .

(119) Loi du 3 mai 1996, art. L. 1429-17.

(120) Loi du 11 juillet 1938, ordonnance du 11 octobre 1945, loi du 29 juillet 1998, sur ces procédures S. Théron, *La réquisition administrative de logement*, AJDA 2005, p. 247 .

(121) R. Ducos-Ader, *Le droit de réquisition théorie générale et régime juridique*, thèse, Bordeaux, 1956.

(122) Ouvrage précité, p. 480-481.

(123) CE, 19 nov 1993, *M^{me} Scherrer*, Lebon p. 319 ; AJDA 1994, p. 252, note R. Hostiou .

(124) Cf. par exemple l'article 7 de la loi du 2 août 1989 sur les immeubles en état d'abandon ou encore la loi du 2 février 1995 sur les risques naturels majeurs.

(125) Fasc. 52, Jurisclasseur préc., p. 4.

(126) Cons. const. déc. 98-403 DC, 29 juill. 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*. Cf. M. Verpeaux, Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : permanence et actualité, CJEG 1999, p. 411.

(127) La tutelle sur les établissements publics est-elle une forme de propriété éminente ? Les établissements publics de l'Etat ne peuvent en principe modifier l'affectation de leurs biens sans l'approbation de l'Etat. Il en est de même des établissements locaux vis-à-vis de leurs collectivités de tutelle. On ne note pas en fait de spécificité du lien domanial par rapport à la tutelle générale de la décentralisation fonctionnelle. De nombreux biens utilisés par les établissements publics appartiennent en fait à l'Etat qui les met à disposition par dotation ou affectation. Ce lien conservé avec les biens affectés à la mission des établissements révèle une autre facette de l'éminence de l'Etat en matière de propriété publique.

(128) C. Lavialle, L'ouverture minoritaire du capital de France-Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée, RFDA 1996, p. 1124 .

(129) Loi MURCEF du 11 décembre 2001 (art. 22).

(130) Al. 1^{er} « Lorsqu'un ouvrage ou terrain appartenant à Aéroports de Paris et situé dans le domaine aéroportuaire est nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci, l'Etat s'oppose à sa cession, à son apport, sous quelque forme que ce soit, à la création d'une sûreté sur cet ouvrage ou terrain, ou subordonne la cession, la réalisation de l'apport ou la création de la sûreté à la condition qu'elle ne soit pas susceptible de porter préjudice à l'accomplissement des dites missions. » - al. 2 « Est nul de plein droit tout acte de cession, apport ou création de sûreté réalisé sans que l'Etat ait été mis à même de s'y opposer, en violation de son opposition ou en méconnaissance des conditions fixées à la réalisation de l'opération. ».

(131) Cf. J. Rivero, Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif, in Arch. phil. du droit, Paris, 1952, p. 147.

(132) CE, 23 oct. 1998, *EDF*, Dr. adm. mai 1999, p. 4, note J. Dufau, Propriété publique et droit privé.

(133) J.-B. Auby, La notion de personne publique en droit administratif, thèse, Bordeaux 1979, p. 200-201 ; F. Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *op. cit.*

(134) F. Melleray, L'échelle de la domanialité, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 287 ; H. Hubrecht, Faut-il définir le domaine public et comment ?, AJDA 2005, p. 598 .

(135) J. Gaudemet a ainsi mis en lumière que *dominium*, qui renvoie à *dominus*, concentre ses emplois autour de la question d'une prétention concrète sur un bien, sur la possession ou la disposition et non sur la titularité abstraite (*Dominium - imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne, Droits, 22, 1995, p. 10).

(136) Pour une analyse des prémisses de la propriété de l'Etat à Rome, cf. C. Chamard, La distinction des biens publics et des biens privés, préc. p. 69 et s.

(137) C. Lavialle, De la fonction du territoire et de la domanialité dans le genèse de l'Etat en France sous l'Ancien Régime, préc.

(138) H. Barckhausen, Etude sur la théorie générale du domaine public, RD publ. 1902, p. 404 ;

(139) Sur ce point M.-A. Chardeaux, Les choses communes, thèse Droit, Paris I, 2004, dactyl., p. 17-56 : « Les confusions entre les notions de chose commune et de chose publique se sont développées sous le signe de la réciprocité. Tantôt, on a prétendu que les choses communes appartenaient, à l'instar des choses publiques, au domaine du roi. Tantôt, il a été question de soumettre les choses publiques au régime juridique des choses communes afin de les protéger dans des conditions plus favorables ».

(140) V. L. Bernard, Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du domaine public, Larose et Tenin, 1910, p. 25 et s.

- (141) G. Leyte, *Imperium et Dominium* chez les Glossateurs, Droits, 22, 1995, p. 20.
- (142) Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, PUF-PULIM, 1994, tome 1, p. 156 et s.
- (143) « Puisque la propriété sert de fondement territorial à l'exercice de la souveraineté, elle devient un droit souverain, d'une nature spécifique, qui se distingue nettement de la propriété traditionnelle », *op. cit.* p. 158.
- (144) « La propriété et la souveraineté sont réunies dans une conception unitaire qui recouvre à la fois la possession territoriale et la puissance publique », P. Yolka, *op. cit.* p. 59. V. P. Chretien, La distinction des domaines comme forme symbolique. Recherches relatives au droit des biens publics, thèse, Paris I, 1990, p. 68.
- (145) Cf. la théorie de la Cour de cassation de l'unité du domaine public (Cass. civ., 20 déc. 1897, *Compagnie du chemin de fer d'Orléans*, D. 1899, 1, p. 257) abandonnée depuis les années 1930 pour admettre la pleine propriété des collectivités territoriales.
- (146) A l'inverse de ce que fit la loi de 1988 sur la constitution de droits réels qui ne concerne que les collectivités territoriales ce qui laisse entendre que leur domaine serait moins digne de protection, moins éminent que celui de l'Etat.
- (147) Cf J.-L. Halperin : Propriété et souveraineté de 1789 à 1804, Droits 1995, n° 22, p. 67.
- (148) Expression de Clermont-Tonnerre, *in* Halperin, préc. p. 71.
- (149) V. notamment, M. Verpeaux, Proudhon et la théorie du domaine public, in Histoire de la Bourgogne et questions diverses, Les éditions du CTHS, Coll. Actes des congrès nationaux des sociétés savantes, 1984, p. 113.
- (150) Séparation qui explique également la fin du caractère administratif du contentieux de la propriété (cf. C. Laviolle, Le juge administratif et l'exception de propriété, RFDA 2004, p. 497 .
- (151) « Plus précisément, les prérogatives de propriété des collectivités publiques s'analysent en termes de compétence - de prérogatives finalisées -, et non - comme les particuliers - de prérogatives indéterminées. En outre, elles s'exercent sous la forme d'un pouvoir discrétionnaire attaché à la légalité et non sous celle d'une liberté subjective, manifestation de l'autonomie de la volonté. Le droit de propriété est en tant qu'il se définit comme un ensemble de prérogatives de nature réelle exercé à titre exclusif par une personne mais il subit un aménagement en raison de la qualité de celle-ci, selon qu'elle est publique ou privée. » (p. 38).
- (152) *Op. cit.* p. 116. L'auteur rejette la thèse développée par M^{me} Pauliat au motif que ces manifestations exorbitantes relèvent de la souveraineté et non de la propriété. Ces deux notions ne se situent pas sur le même plan, la seconde étant une manifestation de l'autre, elles ne s'excluent pas.
- (153) Cité *in* Pauliat, *op. cit.* p. 160.
- (154) C. Larrère, Propriété et souveraineté chez Rousseau, Droits, 22, 1995, p. 39.
- (155) « L'Etat, à l'égard de ses membres est maître de tous leurs biens par le contrat social, qui dans l'Etat sert de base à tous les droits », écrit Rousseau (Du contrat social, livre I, chap. 9).
- (156) E. Fatôme, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003, p. 1192 .
- (157) Cons const., décis. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003.
- (158) Cons const., décis. n° 79-104 DC, 23 mai 1979, Rec., p. 27.
- (159) B. Tardivel, Le nécessaire aménagement de la théorie des mutations domaniales, AJDI 2003, p. 492 .
- (160) Cons const., décis. n° 94-346 DC, 21 juill. 1994, AJDA 1994, p. 786, note G. Gondouin  ; RFDA 1994, p. 1106, note C. Laviolle  et Cons const., décis. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, préc.
- (161) C. Chamard, La distinction des biens publics et des biens privés, préc. p. 299 et s.
- (162) Pour des exemples étrangers contraires : C. Chamard, La distinction des biens publics et des biens privés, préc. p. 139 et s.

(163) Cons const., décis. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, GDCC, consid. 16 ; R. Legeais, *Le Conseil constitutionnel français, protecteur du droit de propriété*, Mélanges Guy Flattet, Université de Lausanne, Diffusion Payot, 1985, p. 61.

(164) F. Luchaire, *La Constitution et la propriété*, in AFDC, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1987, p. 139.

(165) G. Koubi, *De l'article 2 à l'article 17 de la Déclaration de 1789 : la brèche dans le discours révolutionnaire*, in *Propriété et Révolution*, préc. p. 65.

(166) Cons const., décis. du 26 juin 2003 préc. et CE, 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, AJDA 2003, p. 1935, note P. Subra de Bieusses ; RFDA 2003, p. 903, obs. J. Soulié.

(167) P. Delvolvé, *Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique*, RDI 2003, p. 481, spéc. p. 492.

(168) Cons. const., 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, RFDA 1994, p. 1106, note C. Lavalie. Le Conseil d'Etat refuse également de faire entrer dans le domaine public des dépendances remplissant les conditions pour pouvoir recourir à la copropriété (CE, Sect., 11 févr. 1994, *Compagnie la Préservatrice foncière*, Lebon p. 65). Cf. C. Lavalie, RFDA 1999, p. 582.

(169) Sur cette notion : E. Fatôme et L. Richer, *Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique*, AJDA 2003, p. 2348.

(170) Sur l'application de cet article aux propriétés mobilières, V. l'approche historique de J.-L. Mestre, *La Déclaration des droits de 1789 et la propriété mobilière*, RFD const. 1996, n° 26, p. 227.

(171) Précis de droit administratif, Sirey, 1933, 12^e éd, p. 788.

(172) O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Giard et Brière, 1905, t. III, p. 92 et s.

(173) Article 34 de la Constitution et Cons const., décis. n° 84-172 DC, 26 juill. 1984 et 85-189 DC, 17 juill. 1985.

(174) Sur cette question V. notamment : C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, *Bibl. droit public*, tome 239, 2004, p. 12 ; F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherche sur la souveraineté de l'Etat membre*, LGDJ, *Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*, tome 99, 2000 ; La loi. Bilan et perspective, C. Puigelier, J. Foyer, P. Mazeaud, *Economica*, 2005, 415 p. ; X. Bioy et P. Rimbault, *La puissance de la loi en question*, in P. Rimbault (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Colloque de l'IEP de Toulouse 29-30 sept. 2005, à paraître Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2006 ; *contra* O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 18.

(175) Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, consid. 20-22.

(176) Cons. const., 29 juill. 1998, décis. n° 98-403 DC, consid. 7.

(177) « L'Etat est en dernière instance l'arbitre suprême des conflits pouvant surgir entre des conceptions opposées de l'intérêt général, celle de la collectivité nationale et d'une collectivité locale », écrit ainsi Christian Lavalie (in *Domanialité publique et concessions de sépultures*, LPA n° 38, 29 mars 1985, p. 15).

(178) « Les bois et forêts domaniaux ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi ».

(179) H. Hubrecht, *L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel*, préc.

(180) Cons. const. 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC, consid. 58.

(181) B. Garidou, *Recherche sur la théorie de la propriété publique*, préc. p. 246.

(182) M. Xifaras, *op. cit.* p. 93.

(183) Cf. à propos de la décision du Conseil constitutionnel des 25-26 juin 1986, B. Saint-Girons, *L'article 17 de la Déclaration de 1789 et la protection des intérêts patrimoniaux de l'Etat*, in *Propriété et Révolution*, préc., p. 207.

(184) L'exposé des motifs indique que « le domaine public appartient à la Nation ; que cette propriété est la plus

parfaite qui se 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 (...) ».

(185) C. Laviolle, *Décentralisation et domanialité*, préc. p. 954.

(186) Cf. P. Chretien, *L'inconcevable domaine national*, in *Propriété et Révolution*, sous la direction de Geneviève Koubi, CNRS éd., 1985, p. 150.

(187) Cons. const. décis. des 25-26 juin 1986

(188) C. Laviolle, *Décentralisation et domanialité*, préc. p. 962.

(189) C. Laviolle, *Des rapports de la domanialité publique et le régime des fondations*, RD publ. 1990, p. 469.

(190) C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés*, préc. p. 23 et s.

(191) « Effectivement rattachée à la puissance publique, la propriété publique n'est plus cette propriété infirme ou indéfinissable, car incapable de faire sienne la trilogie, moins juridique que bartolienne *usus-fructus-abusus*, mais elle est contre toute attente la propriété la plus entière que l'on puisse concevoir. », écrit B. Garidou, *op. cit.* p. 414.

(192) Pour une relecture de la théorie de la propriété publique à l'aune de la théorie de l'institution : B. Garidou, *Recherche sur la théorie de la propriété publique*, préc. p. 291 et s.

(193) *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1901, p. 210.

(194) P. Yolka, *op. cit.* p. 162.

(195) J. Tully, *Locke, Droit naturel et propriété*, trad. de l'anglais par Chaïm J. Hutner, préf. de Philippe Raynaud, PUF, *Léviathan*, 1992 ; J.-F. Spitz, *Imperium et Dominium chez Locke*, *Droits*, 22, 1995, p. 27.

(196) Concept emprunté à P. Ricoeur (*Soi-même comme un autre*, éd du Seuil, Paris, Collection l'ordre philosophique, 1990, p. 158). Cf. X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, tome 22, n° 964 et s., p. 504 et s.

(197) Le changement d'appellation opérée par le code civil, qui passe du « domaine national » au « domaine public » conduit à autonomiser les biens du domaine public sous un régime propre. Ils ne sont plus dès lors identifiés par rapport à un propriétaire mais par rapport à une nature définie par une finalité qui les rend inappropriables (C. Laviolle, *Du domaine public comme fiction juridique*, préc. p. 260).

(198) H. Moysan estime ainsi que les théories de la propriété administrative relèvent d'un néo-thomisme partant du postulat que toute chose est finalisée.

(199) On retrouve la théorie de l'unité du domaine.

(200) J.-P. Brouant et Axel Novak, *Les propriétés publiques immobilières en droit français et allemand*, *Rev. adm.* 1993, p. 370. (cit. p. 373). V. également M. Fromont, *Le droit de propriété et la Constitution en France et en Allemagne*, *Mélanges Péquignot*, 1984, T 1, p. 267.

(201) M.-F. Papandreou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, p. 409 et s.

(202) CE, avis du 10 juin 2004 (siège de l'Agence France-press), RFDA 2004, p. 923, note J.-C. 

(203) J.-F. Brisson, *L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires*, préc. p. 1840.