

INTRODUCTION

1 « *Le droit de propriété [...] et les actes de la vie civile qui naissent à sa suite sont des accidents dans la vie de l'État : l'État n'existe pas pour être propriétaire* », écrivait Arthur Desjardins en 1862¹. L'affirmation se discute difficilement si on la rapporte au fait que « *la légitimité du pouvoir ne saurait résider que dans l'utilité commune* »². C'est donc par les buts qu'elle permet d'atteindre que la propriété de l'État se justifie. L'idée de but ne permet cependant pas, en elle-même, de distinguer la propriété des personnes publiques de la propriété des personnes privées. En effet, tout propriétaire poursuit un but, et l'individu n'existe pas plus que l'État *pour* être propriétaire. La propriété n'est toujours qu'un moyen au service d'une fin, fût-elle d'accumulation pure et simple, fût-elle de jouir de la seule satisfaction d'avoir.

Le but est en réalité consubstantiel de l'idée de droit, car le droit a pour objet de régir des comportements en admettant ou en refusant, en facilitant ou en encadrant la recherche de certaines fins selon le degré de légitimité qu'une législation leur accorde dans une société donnée. Prolongeant la réflexion de Jhering, selon lequel au « *point d'effet sans cause* » du déterminisme physique doit correspondre le « *point d'action sans but* » du déterminisme psychologique³, Louis Josserand en venait à affirmer que « *c'est le but qui crée le droit ; c'est la fin poursuivie qui justifie les moyens employés, et le droit tout entier, public ou privé, interne ou international, se ramène à une vaste téléologie sociale* »⁴. Or, le but se situe au cœur de la propriété et y compris de la propriété privée.

2 La théorie de l'abus de droit est là pour rappeler que la propriété n'est qu'un moyen pour atteindre des fins dont certaines seront jugées inadmissibles au point

1. Arthur Desjardins, *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, préf. Anselme Batbie, Durand, 1862, p. VI.

2. Jacques Chevallier, *L'État*, Dalloz, 2^e éd., 2011, p. 16.

3. Rud von Jhering, *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. Meulenaere, Marescq, 1901, p. 2.

4. Louis Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, rééd. 2006, p. II.

de constituer une faute. Ainsi que le souligne Frédéric Zenati-Castaing, « *la théorie de l'abus de droit a mis le ver dans le fruit de la propriété moderne en suggérant que la propriété pourrait faire naître des devoirs* »⁵, ce que la Loi fondamentale allemande consacre formellement, en indiquant que « *la propriété oblige* »⁶. Si le Code civil a donné lieu à une interprétation maximaliste de l'individualisme et de la souveraineté du propriétaire, il est désormais indispensable de s'attacher au positivisme le plus strict et de considérer que le propriétaire ne tient son droit que du droit objectif et ne l'exerce que dans les limites que ce droit objectif lui assigne. Il n'y a là aucune socialisation du droit de propriété, simplement un phénomène commun à toute liberté, qui n'est proclamée, solennellement, que pour être immédiatement encadrée. Toute législation est autant un fondement qu'une limite⁷.

À la condition de conserver cela à l'esprit, il est donc possible de considérer avec Maurice Hauriou que, si « *l'élément fonction y est caché* », on trouve néanmoins dans la propriété « *des ressources pour l'accomplissement de la destinée du sujet* »⁸. Une personne agissant en qualité de propriétaire accomplit sa destinée. Cela signifie qu'exercer la propriété implique d'avoir un mobile et d'avoir par conséquent déterminé un but au service duquel sera mise la propriété et, avec elle, le bien qui en est l'objet. C'est en cela que l'on peut aussi rejoindre Léon Duguit pour lequel, « *dans ce qu'on appelle patrimoine d'une personne, il n'y a pas, en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé* »⁹. La propriété, loin de s'opposer à l'affectation, l'implique, parce que c'est avec l'affectation que la propriété, inerte en elle-même, se met au service d'une fin.

Propriété, usage et finalité sont les termes de l'action du propriétaire quel qu'il soit si bien que « *L'affectation est ainsi complice du lien d'appropriation* » au point d'être « *à la fois de l'essence de la propriété privée et publique et source d'une transformation du droit de propriété, qui se présente désormais sous des formes plures* »¹⁰. L'introduction de la fiducie en droit privé¹¹ a en effet révélé qu'on pouvait assigner à un but non seulement un bien déterminé, mais aussi la prérogative du propriétaire elle-même, en confiant à celui-ci une mission. Parce que le fiduciaire apparaît alors comme exerçant moins son droit de propriété qu'une compétence fondée par le contrat de fiducie, Frédéric Zenati-Castaing en vient à considérer que « *les frontières avec la*

5. Frédéric Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires au XXI^e siècle*, LGDJ, 2012, p. 235.

6. « *La propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité* », art. 14, al. 2, de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

7. Qu'il suffise de songer aux grandes lois de la III^e République qui prévoient toutes des limites aux libertés qu'elles proclament.

8. Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 38 et p. 254.

9. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 2^e éd., 1913, p. 309.

10. Blandine Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *Revue juridique Thémis (RJTUM Québec)*, 2014, n^o 2, n^o 26.

11. Par la loi n^o 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, laquelle est désormais régie par les articles 2011 s. du Code civil.

propriété publique deviennent floues »¹². Un changement de perspective peut permettre de contribuer à faire le point.

Si le droit est une science des buts et des moyens de les atteindre et si tout propriétaire agissant en cette qualité poursuit un but, la propriété n'est qu'un outil et ne pourra donner lieu à distinction qu'en considération du propriétaire qui le manie, et de ce qu'il construit par son utilisation, du but de son action dont la propriété est une modalité.

- 3 Cette recherche est donc née de l'hypothèse qu'il serait pertinent d'étudier la propriété publique à partir du point de vue des personnes publiques qui l'utilisent au service des finalités qu'elles poursuivent et par laquelle elles mettent des biens au service des activités qu'elles assument. Cette hypothèse suppose de situer la propriété par rapport aux oppositions entre le subjectif et l'objectif d'une part, entre l'organique et le fonctionnel d'autre part.

Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet appellent « propriété subjective » celle qui correspond au droit de propriété, et « propriété objective » celle qui correspond au bien. La propriété est donc, selon le point de vue qu'on adopte, définie comme le droit d'un propriétaire sur les choses ou comme le bien et le régime juridique régissant sa gestion. La propriété est *subjectivement* un rapport établi par l'exercice d'un droit de propriété et *objectivement* le bien qui est l'objet du droit et l'enjeu du rapport¹³. La propriété publique peut alors être définie soit "subjectivement" comme le *droit de propriété* public, soit "objectivement" comme le *bien* public.

L'organique et le fonctionnel se disputent, quant à eux, la qualité de critère par lequel la propriété est publique : le premier se fonde sur la qualité de la personne, le second se fonde sur le but. Dans les deux cas, le critère peut s'appliquer au droit ou au bien : qui exerce le droit ou dans quel but ; à qui appartient le bien ou à quoi il sert. Philippe Yolka rend compte de cette opposition entre deux critères du caractère public de la propriété en rappelant la concurrence révélée par René Capitant « *entre deux définitions possibles des choses publiques qui remonte au droit romain : la définition par l'appartenance publique et celle par l'affectation publique* »¹⁴. S'il s'agit ici du point de vue objectif, on peut transposer la démarche au point de vue subjectif. Cela signifie que soit le propriétaire est *organiquement*

12. Frédéric Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *Revue juridique Thémis (RJTM Québec)*, 2014, n° 2.

13. Frédéric Zenati-Castaing, Thierry Revet, *Droit civil. Les biens*, PUF, 2008, n° 163, p. 259. Philippe Yolka, *op. cit.*, p. 481, distingue pour sa part entre la propriété matérielle (objective, le bien) et la propriété juridique (le droit, la prérogative sur les choses). S'il rejette ensuite la théorie moderne de la propriété au profit de la conception classique du droit incorporé dans la chose, il manifestait ici une adhésion à l'idée que l'élément subjectif prime l'élément objectif puisqu'il est véritablement juridique quand ce dernier est simplement matériel. Or, Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet précisent que, dans le second sens objectif ou matériel, « la propriété ne peut pas être envisagée comme droit subjectif, puisqu'elle ne se distingue pas de la chose elle-même ». On verra donc qu'adopter le point de vue du sujet pour opposer le propriétaire et son droit en fonction de la personnalité publique ou privée implique de renoncer à la conception classique et de rechercher le droit subjectif public, distinct de son objet.

14. Philippe Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p. 481.

public en raison de sa qualité de personne publique, soit il est *fonctionnellement* public en raison de l'activité qu'il exerce et du but qu'il poursuit avec elle.

- 4 Il existe donc, en réalité, quatre acceptions juridiques que peut éventuellement recouvrir l'expression « la propriété publique » : du point de vue objectif, les biens organiquement publics parce qu'appartenant à des propriétaires publics ou les biens fonctionnellement publics en raison de leur affectation ; du point de vue subjectif, le droit de propriété organiquement public en raison de la qualité de son titulaire ou le droit de propriété fonctionnellement public en raison de ce pour quoi son propriétaire l'exerce.

La propriété publique est confrontée à ces quatre définitions concurrentes. Elles ne sont pas nécessairement contradictoires et peuvent, par conséquent, ne pas être exclusives. La question de leur combinaison ajoute donc à la complexité du problème. Les buts et les institutions de l'action publique étant sans aucun doute plus importants que les biens et les droits qui en sont les moyens, on trouvera néanmoins un premier facteur d'ordre en donnant la primauté à l'opposition entre l'approche fonctionnelle et l'approche organique sur l'opposition entre dimension objective et dimension subjective de la propriété. C'est par la compréhension de la dialectique de l'organique et du fonctionnel qu'apparaît la solution au problème de la propriété publique. Cette compréhension sera recherchée en adoptant le point de vue des propriétaires. Ce qu'ils sont. Ce qu'ils font.

- 5 L'approche fonctionnelle consiste à considérer que le droit ou le bien est public en raison de la fonction remplie par l'exercice du droit ou l'utilisation du bien. Du point de vue objectif, sont publics les seuls biens fonctionnellement affectés à l'utilité publique, leur propriétaire étant une personne publique ou une personne privée. Du point de vue subjectif, serait un droit de propriété public le droit exercé dans le but d'accomplir une mission d'utilité publique, ce qui autorise à rendre public le droit de propriété des personnes publiques mais aussi des personnes privées qui, par là, exercent une mission de service public. Par exemple, le droit de propriété des personnes privées concessionnaires d'un service public lorsqu'il porte sur les biens de reprise ou de retour puisque la possibilité en a été consacrée¹⁵.

L'intérêt de cette approche résulte de son extrême capacité d'adaptation aux réalités concrètes. Le problème naît de ce qu'elle conduit pratiquement à la disparition, du moins en ce qui concerne la propriété, de l'intérêt de la distinction des personnes publiques et des personnes privées. En effet, dans cette perspective, les catégories de propriétaire public exerçant un droit de propriété public et de bien public utilisé

15. CE, ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *AJDA* 2013. 7 ; *RFDA* 2013. 25, concl. B. Dacosta ; *BJCP* n° 87, p. 136, concl. B. Dacosta et obs. C. M. ; *CMP* 2013, comm. 41 et 42, note G. Eckert ; *JCP A* 2013, n° 2044 et 2045, note J.-S. Boda, Ph. Guellier et J.-B. Vila ; *Le Moniteur. Contrats publics* 2013. 13, note J.-P. Jouguelet et *ibid.* 79, note J.-F. Sestier ; *RLCT*, févr. 2013, p. 60, note J. Facon ; *DA* 2013, comm. 20, note G. Éveillard ; *AJDA* 2013. 457, note. X. Domino et A. Bretonneau ; *AJCT* 2013. 91, note O. Didriche ; F. Llorens, « La théorie des biens de retour après l'arrêt *Commune de Douai* », *RJEP* 2013, étude 9 et *CMP* 2013, étude 7 ; L. Janicot, J.-F. Lafaix, « Le juge administratif, le contrat et la propriété des biens de retour », *RFDA* 2013. 513 ; É. Fatôme et Ph. Terneyre, « Le statut des biens des délégations de service public », *AJDA* 2013. 724.

pour l'action publique sont des catégories indifférentes à la personnalité publique ou privée. En réalité, le régime du droit peut être induit de l'affectation du bien, le propriétaire public étant nécessairement le propriétaire de biens publics. L'approche fonctionnelle tend à se confondre avec le point de vue objectif.

- 6 L'approche organique consiste à considérer que le droit ou le bien est public en raison de la personnalité juridique publique de celui qui l'exerce ou en est le propriétaire. Du point de vue subjectif, elle affirme l'existence d'un droit de propriété public comme étant l'attribut de la personnalité publique, indépendamment du statut particulier de la personne (collectivité ou établissement), des missions qu'elle remplit (de service public ou non), de l'activité particulière qu'elle mène (économique ou non). Du point de vue objectif, constituent des biens publics tous les biens qui appartiennent à une personne publique et ce indépendamment de leur éventuelle affectation¹⁶. Le régime des biens n'est, dans ce cas, que la simple déclinaison du régime qui régit le propriétaire et son droit de propriété public. L'approche organique tend donc, à l'inverse, à se confondre avec le point de vue subjectif. C'est à elle que correspond la catégorie des personnes publiques propriétaires.

L'intérêt de cette approche est ici de faire correspondre absolument personnalité publique, droit de propriété public, et bien public. La faiblesse naît de ce que cette correspondance entre personnalité publique et droit public, depuis longtemps dépassée en matière d'actes administratifs unilatéraux¹⁷ et d'activités de service public¹⁸ l'est aussi en matière de propriété. La chose n'est d'ailleurs pas récente puisque le concessionnaire de service public constitue un patrimoine affecté aux missions dévolues et destiné à faire retour à la personne publique. S'il y a ici un cas typique de propriété affectée ou « pour le compte d'autrui », le développement des personnes privées investies d'une mission de service public en dehors de la délégation contractuelle a conduit à dissocier radicalement l'appropriation par une personne publique et l'affectation d'un bien au service public. L'approche organique n'est donc pas nécessairement obsolète, mais elle ne saurait rendre compte de l'intégralité des techniques juridiques par lesquelles la propriété est mise au service des buts de l'administration.

- 7 L'approche fonctionnelle et l'approche organique peuvent être conçues comme exclusives l'une de l'autre ou, au contraire, comme pouvant se combiner. L'approche exclusivement fonctionnelle consisterait à rejeter toute conséquence immédiate de la personnalité publique sur le régime de la propriété. Elle doit alors composer avec les règles d'incessibilité à vil prix et d'insaisissabilité des biens publics identifiées

16. La propriété publique, dans ce sens subjectif ou juridique de rapport général aux choses, « caractérise toutes les situations où une relation de propriété unit une personne publique à un bien qui lui appartient », Philippe Yolka, *idem*.

17. Voir aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e éd., 2013, les arrêts *Monpeurt* du 31 juillet 1942, n° 51, p. 328 s., et *Bouguen* du 2 avr. 1943, n° 52, p. 338 s. ; CE 13 janv. 1961, *Magnier*, *Rec.*, p. 33, *RD publ.* 1961. 155, concl. Fournier ; *Dr. soc.* 1961. 335, note Teitgen.

18. CE, ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, *Rec.*, p. 417, *GAJA*, Dalloz, 19^e éd., 2013, n° 50, p. 321.

par Philippe Yolka comme caractérisant la propriété des personnes publiques¹⁹. L'approche exclusivement organique consisterait, au contraire, à réduire la propriété publique à ces seules règles dont l'application est déductible de la qualité de personne publique propriétaire. Elle doit alors composer avec les régimes d'affectation de biens privés qui s'ajoutent à la domanialité publique²⁰ et la possibilité d'ouvrages publics appartenant à des personnes privées²¹.

L'approche non exclusive fait coexister, parallèlement, une logique organique liant personnalité publique, droit de propriété public et bien public et une logique fonctionnelle liant bien affecté à l'utilité publique et régime d'affectation s'imposant par conséquent au propriétaire. Public ou privé, celui-ci exerce le droit de propriété qui lui correspond.

En choisissant le point de vue des personnes publiques propriétaires, on ne préjuge en rien de la résolution de ces différentes questions. On peut en effet faire coexister cette catégorie organique avec les catégories fonctionnelles pouvant s'appliquer à la fois aux biens des personnes publiques et aux biens des personnes privées. En revanche, le point de vue des personnes publiques propriétaires permet de rechercher l'intensité des liens entre propriété publique et personnalité publique.

- 8 La personnalité publique peut jouer deux rôles qu'il convient de distinguer et qui font apparaître deux dimensions de l'élément organique qui y est généralement associé : le critère tiré de la personnalité publique et le critère tiré du rattachement à une personne publique. Cela correspond à deux sens différents du critère organique.

D'une part, généralement lorsqu'il est seulement *nécessaire*, il exprime cette idée d'un *rattachement organique* d'une notion à l'appareil administratif. Les personnes publiques assurent ainsi l'unité de l'action publique en assumant²² toujours une mission de service public, même lorsqu'elle est exercée par une personne privée. L'appareil étatique est un organisme dont l'État et les personnes publiques sont les points de rattachement sans lesquels il se confondrait avec la collectivité et l'initiative privée. Dans cette perspective, le vocable de critère organique se justifie pleinement.

D'autre part, notamment lorsqu'il est *suffisant*, il signifie que la personnalité publique est une catégorie juridique autonome, qui autorise à distinguer absolument les sujets de droit selon leur caractère public ou privé. Dans ce cas, il est possible de considérer que le vocable de critère organique est impropre. En effet, il ne s'agit plus d'un rattachement à un ensemble d'organismes constitutifs d'un système, tandis qu'il y a, par ailleurs, un risque de confondre la personne morale

19. Philippe Yolka, *op. cit.*, *passim*.

20. Par exemple, le régime applicable aux biens d'Aéroports de Paris, aujourd'hui codifié aux articles L. 6323-5 et -6 du Code des transports.

21. T. confl. 12 avr. 2010, *Société ERDF c/ Époux Michel*, n° 3718 ; *AJDA* 2010. 1642, chron. S.-J. Liber et D. Botteghi ; *RFDA* 2010. 551, concl. M. Guyomar et *ibid.* 572, note F. Melleray.

22. Suivant la définition du service public donnée par René Chapus, à savoir une « activité assumée ou assurée par une personne publique en vue d'un intérêt public », *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 579.

et ses organes. S'agissant d'une déduction immédiate de la qualité de la personne, propriétaire d'un bien ou signataire d'un contrat, il faudrait sans doute préférer, avec Philippe Yolka, l'expression de critère personnel ²³.

Sous la réserve de la distinction entre l'identification d'un rattachement organique et la détermination de l'application d'une règle attachée au statut personnel, on conviendra donc que la question que soulève le constat de décès du critère organique doit recevoir la réponse que donnait déjà Paul Sabourin en 1971 : « *si décès du critère organique il y a, l'agonie aura été longue, si toutefois elle a cessé, ce qu'il n'est pas possible d'affirmer de bonne foi* » ²⁴.

Le point de vue des personnes publiques propriétaires permet d'élucider le rôle et la fonction de la personnalité juridique et de la propriété dans la compréhension de l'action publique telle que fondée et régie par le droit public.

- 9 Nous défendons la thèse que l'approche fonctionnelle de la propriété publique se situe dans le prolongement de son approche organique et qu'elles sont indissociables.

L'approche organique repose sur la consubstantialité de la personnalité juridique et de la propriété, enrichie de la distinction du droit public et du droit privé. Du point de vue subjectif, cela signifie qu'aux personnes privées correspond un droit de propriété privé et qu'aux personnes publiques correspond un droit de propriété public. Du point de vue objectif, cela signifie que sont privés les biens des personnes privées et publics les biens des personnes publiques.

L'approche fonctionnelle intervient dans un second temps, avec des catégories qui feront toutes une certaine place à l'élément organique en exigeant un certain rattachement à une personne publique et, avec elle, au système étatique. L'affectation, du bien ou du droit selon le point de vue objectif ou subjectif de la propriété, est l'élément fonctionnel primordial. Nous appellerons les biens affectés aux activités administratives les biens administratifs afin de ne pas les confondre avec les catégories personnelles de biens publics et de biens privés. Il y a donc un statut de personne publique propriétaire avant qu'il n'existe des régimes fonctionnels applicables aux propriétaires et aux biens et ces régimes supposeront qu'une personne publique assume l'activité ainsi assurée.

- 10 Cette introduction montrera d'abord comment cette dialectique de l'organique et du fonctionnel a déterminé la formation historique de la propriété publique. Cette dialectique fait apparaître que, si la définition de la propriété publique a hésité entre le critère de l'appartenance et le critère de l'affectation, cela résulte de l'insuffisante conceptualisation de la prérogative du propriétaire public. L'appartenance publique suppose en effet qu'un droit de propriété public s'exerce sur des biens publics en raison de la qualité de leur propriétaire.

L'Histoire révèle que la distinction des biens par leur affectation suppose la différenciation des personnes publiques qui assument les buts correspondant à

23. Philippe Yolka, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, n° 64, p. 49. Dans la mesure où l'opposition n'est pas ici entre ces deux positions de la personnalité publique dans une opération de qualification juridique mais entre la perspective organique qui en tient compte et la perspective fonctionnelle qui veut l'ignorer, on conservera néanmoins l'expression organique.

24. Paul Sabourin, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RD publ.* 1971. 629.

cette affectation. Les personnes publiques propriétaires ont été l'élément organique négligé, et pourtant fondamental, de la construction d'ensemble que doit constituer la propriété publique (§ 1).

La dialectique de l'organique et du fonctionnel permet également de lire l'état actuel du droit positif et la manière dont la doctrine en fait la description. Qu'il s'agisse des régimes d'affectation à un service public de biens appartenant aux personnes privées, ou des privilèges organiques liés à la propriété des personnes publiques, seule l'identification des rapports entre les termes de la dialectique permettra de parvenir à une synthèse de régimes n'ayant, ni le même objet, ni la même portée théorique (§ 2).

La nécessité de démontrer l'autonomie de la catégorie juridique des personnes publiques propriétaires pour expliquer à la fois la dimension organique et la dimension fonctionnelle nous conduira à adopter la perspective d'une comparaison interne entre les personnes publiques et privées propriétaires. Partant du postulat que les droits subjectifs s'exercent conformément à l'habilitation qui les régit en droit objectif, on proposera comme critère de distinction des personnes publiques et des personnes privées la compétence et la capacité sur le fondement desquelles elles sont respectivement propriétaires (§ 3).

La compétence sera ainsi proposée comme la clef de voûte permettant de fonder l'approche organique et d'y rattacher l'approche fonctionnelle. La compétence justifiera ainsi le plan de l'étude, abordant successivement l'institution des personnes publiques propriétaires par leur compétence et l'exercice de leur compétence par les personnes publiques propriétaires (§ 4).

§ 1. LA DIALECTIQUE DE L'ORGANIQUE ET DU FONCTIONNEL DANS LA FORMATION HISTORIQUE DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

- 11 Des critères concurrents de l'appartenance et de l'affectation, il est possible de proposer deux idéaltypes radicalement opposés de propriété publique : d'une part la propriété publique parce que propriété d'une personne publique et d'autre part la propriété publique parce que servant l'utilité publique. Or, l'analyse révèle que chaque idéaltype est frappé d'une incomplétude que seule l'admission de son concurrent peut dépasser (A). Cependant, si leur combinaison semble ainsi nécessaire, les hésitations constatées conduisent à la conviction qu'une théorie de la propriété publique suppose, pour être complète, la conceptualisation d'un droit de propriété public concrétisant juridiquement l'appartenance publique. Si cette méconnaissance est l'une des causes des difficultés relatives à la définition de la propriété publique, c'est donc bien la notion de propriétaire public accompagnée de son attribut, le droit de propriété public, qui a manqué à la science juridique (B).

A. Les idéaltypes de la propriété publique : propriété organique et propriété fonctionnelle

- 12 Admettre une propriété publique parfaitement organique revient à lui donner pour seul fondement le caractère public de son titulaire. Celui-ci est alors le

souverain, le « chef », et c'est à ce titre que sa propriété et ses biens sont d'une nature juridique particulière. La légitimité essentiellement autoritaire qui en résulte constitue la limite de cet idéaltype. Bien qu'elle apparaisse plus légitime et acceptable en raison de sa nature *fiduciaire*, la propriété publique fonctionnelle n'est concevable au titre d'idéaltype qu'en l'absence de personnification de l'État et des autres institutions publiques. En effet, dès lors qu'apparaît un véritable sujet du pouvoir politique, celui-ci manifeste une volonté constante d'hégémonie et tend alors à s'annexer la propriété publique fonctionnelle. Il introduit irrémédiablement l'élément organique au sein même de la conception fonctionnelle en s'appropriant les biens affectés à l'utilité publique et en muant les institutions qui les gèrent en organismes publics placés sous sa tutelle.

- 13 Dans son essence, la propriété organique traduit l'idée d'une propriété « des plus forts » puisqu'elle est purement et simplement la propriété de ceux qui ont le pouvoir d'en imposer les privilèges distinctifs. Malgré les renforts que la culture peut lui apporter en forgeant les représentations nécessaires à sa pérennité, la propriété publique organique correspond à la « *conception purement patrimoniale de la propriété publique des premières civilisations* »²⁵ dans lesquelles « *le simple fait pour une personne de représenter la souveraineté et la puissance publique suffit* »²⁶ à justifier un régime exorbitant²⁷. Caroline Chamard-Heim fait apparaître l'illégitimité virtuelle d'une telle conception dans laquelle « *tous les moyens, même les plus autoritaires, pouvaient donc être utilisés pour garantir l'exploitation optimale des terres publiques et l'alimentation régulière des caisses publiques* »²⁸. La logique organique pure correspond à une véritable domination, une violence symbolique que seul le secours de la tradition, de la religion et de la force peuvent légitimer. Autrement dit, la légitimité organique absolue produit une propriété publique autoritaire, correspondant effectivement à l'idée de propriété « des plus forts ».

La propriété organique a comme nature fondamentale d'être celle du souverain et, de ce fait, elle ne réalise d'autres fins que celles que lui-même s'est données. La propriété publique organique, en tant qu'idéaltype, c'est donc toujours la propriété de César, mais il peut autant s'agir de Marc-Aurèle que de Caligula. C'est pourquoi la logique fonctionnelle s'impose pratiquement comme une nécessité de justice et de rationalité venant légitimer la propriété des détenteurs du pouvoir politique. Cependant, l'identification de ces derniers est une condition à l'autonomie des biens publics, qui supposent ainsi l'existence de l'élément organique dès lors incontournable.

25. Caroline Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, 2004, n° 93, p. 72.

26. *Ibid.*, n° 94, p. 74.

27. Elle se rapproche ainsi des fondements wébériens traditionnels et charismatiques de la légitimité, lesquels trouvent ici l'appui de la religion. Max Weber, *La Savant et le Politique*, Éd. La Découverte, 2003.

28. *Ibid.*, n° 102, p. 78 ; voir également n° 179, p. 130 : « *Dans les premières civilisations qui se sont établies en Mésopotamie et en Égypte, les autorités publiques avaient pour objectif principal de s'approprier les biens frugifères de manière à ce que leur patrimoine reflète l'image de leur magnificence* ».

14 La propriété publique fonctionnelle est publique en raison de ses finalités sociales, et cette justification semble reposer sur une légitimité dont l'acceptabilité par la population apparaît bien supérieure à la simple suprématie des gouvernants. Ici, c'est la « chose publique » qui apparaît, c'est l'utilité commune matériellement servie par la propriété qui justifie que certains biens soient soumis à un régime traduisant cette spécificité politique. Chaque société donnera son contenu propre à cette utilité commune. Il a ainsi pu s'agir de garantir la « paix des Dieux » et la propriété publique fonctionnelle a alors été celle des temples ou, à Rome, des choses divines opposées aux choses humaines. Les utilités principales des choses publiques réalisant l'idéaltype de la propriété publique fonctionnelle correspondent aux besoins de la société en cause : moyens essentiels de subsistance (terres, fontaines, canaux d'irrigation), moyens de communication et de commerce (routes, fleuves, canaux de navigation), lieux de réunions publiques (agora, forum, places), ressources naturelles névralgiques (sel, mines), ouvrages et équipements militaires (remparts, arsenaux). En d'autres termes, c'est ici l'utilité publique servie par la chose qui rend la propriété publique. Tel est l'idéaltype de la propriété publique fonctionnelle ²⁹. La propriété fonctionnelle peut, en ce sens, exister sans qu'il soit fait référence aux pouvoirs publics en tant qu'organes de gouvernement. Un bien peut être fonctionnellement public en raison seulement des utilités dont profite la collectivité dans son ensemble, le public.

Cependant, il convient de noter que pour rejeter absolument tout élément organique, la propriété publique fonctionnelle nécessite un régime de propriété collective. La réalité historique qui se rapproche le plus de cet idéaltype est alors à rechercher dans les sociétés où la propriété publique et la propriété collective semblaient s'identifier. On fera référence aux Germains et leur gestion des terres ³⁰, mais aussi aux biens qui à Rome, salines, *ager publicus*, *ærarium*, étaient la propriété du peuple romain. Or, cette formule perdra de sa portée véritable au fur et à mesure de la complexification de l'appareil des magistratures, c'est-à-dire de l'État, et la personnification de celui-ci. La chose publique, de chose du peuple, devient la chose de la République ³¹. Dès lors qu'une entité représente le pouvoir politique, celui-ci devient un sujet, et devient ainsi le propriétaire des biens publics au détriment des communistes originels qui sont ainsi dépossédés. La réduction du collectif au singulier que celle-ci opère transforme la propriété collective en propriété individualisée, similaire à la propriété individuelle ³².

29. Éminemment pragmatique, il correspond peu ou prou à la conception qu'en avaient les Romains.

30. Notamment le partage périodique des terres collectives, dont l'existence nous est parvenu via Tacite, cf. Émile de Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, Félix Alcan, 4^e éd., 1891, p. 71.

31. Comp. Philippe Yolka, *La propriété publique*, op. cit., note 13, p. 32 : « À partir des Antonins, le terme *populus* désigne clairement une personne juridique ; aussi les *res publicae* ne peuvent-elles plus être considérées comme la copropriété des cives ».

32. Frédéric Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges Goubeaux*, Dalloz-Litec, 2009, p. 589 ; Mikhaïl Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 146 : « la personnalisation des corps juridiques est un puissant outil de conjuration des formes communes de propriété ».

Le glissement de la propriété publique collective vers la propriété publique de la collectivité politique personnifiée est à l'origine de l'introduction de l'élément organique éloignant définitivement une propriété publique qui serait absolument fonctionnelle³³. Cela d'autant plus que cette propriété publique fonctionnelle se concrétise objectivement par la catégorie des biens affectés à l'utilité publique, catégorie dont l'existence est « *tributaire de la distinction des personnes* »³⁴.

- 15 Caroline Chamard-Heim a montré en effet que la propriété publique suppose la différenciation des personnes publiques, idée associée au constat de « *l'apparition concomitante de biens publics et des autorités publiques primitives* »³⁵. Liées dès la naissance, ces deux distinctions le sont inexorablement.

Ainsi, la distinction des biens ne survit pas à celle des personnes. La privatisation des personnes exerçant le pouvoir politique conduit à la privatisation corrélative de leurs biens. En France, la propriété publique étant devenue « *propriété privée des rois francs* [...]», la distinction des biens publics et privés ne se justifiait plus³⁶. Parce que « *les rois mérovingiens et carolingiens* [...] [n'avaient] conservé que l'aspect patrimonial et fiscal de la notion d'État »³⁷, ils ont provoqué une sorte de régression vers les formes primitives de la propriété publique, celle des plus forts. Les nombreux droits de puissance seigneuriaux avaient ainsi une dimension patrimoniale, leur permettant de s'approprier des biens ou des services économiques (corvées). L'utilité publique devient utilité des puissants. On considère en effet que les rois francs avaient effacé la citoyenneté – « *publicus devint finalement synonyme de royal* »³⁸ – et partant, selon nous, avaient renoué avec la propriété politique des grands empires orientaux d'Égypte et de Mésopotamie³⁹. Ainsi que le considère Odile de David-Beauregard-Berthier, « *c'est l'absence d'un État organisé puissant qui entraîne celle d'un patrimoine affecté à cet État, et donc la quasi-disparition de toute référence à la distinction entre le domaine public et le domaine privé* »⁴⁰.

D'ailleurs, si cette propriété est formellement privée, elle est le fondement de droits féodaux qui sont à la base de la puissance politique. Le seigneur les possède, et celui qui les acquiert devient seigneur. Ainsi, « *entre les pôles opposés du*

33. La conséquence principale étant l'impossibilité de concevoir la propriété publique sur le modèle de la propriété collective. Philippe Yolka, *La propriété publique*, op. cit., p. 190-194, fait la critique de cette conception tant du point de vue pratique que théorique, ce dernier tenant précisément à la nécessité de tenir compte de la personnalité juridique de l'État.

34. Préface de Jean Untermaier à la thèse de Caroline Chamard, op. cit., p. XVI.

35. Caroline Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., intitulé du chapitre 1 du premier titre de la première partie, p. 48.

36. *Ibid.*, n° 116, p. 86.

37. *Ibid.*, n° 118, p. 86-87.

38. *Ibid.*, n° 120, p. 88 ; voir également la même idée avec les nombreuses références, Georges Chevrier, « *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « jus privatum » et du « jus publicum » dans les œuvres des anciens juristes français* », APD 1952, t. 1, spéc. p. 16-19.

39. Georges Chevrier, préc., p. 17 : « *La satisfaction personnelle du monarque – postposita rei publicæ dominatione – est la première fin des gouvernements, dans lesquels le droit royal a pris la place du droit public* ».

40. Odile de David-Beauregard-Berthier, *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, thèse, Aix-Marseille, 1994, p. 21.

“droit de royauté” et des “droits des particuliers”, s’intercale une zone mixte, de plus en plus étriquée, des “droits de seigneurie” ». Cette différenciation résiduelle sera fondamentale. C’est « après avoir décomposé le droit seigneurial en ses éléments publics et privés » que pourra se faire le retour à la division bipartite romaine ⁴¹. Cela supposera néanmoins de rétablir à la fois la qualité publique des institutions qui exercent le pouvoir politique et de leur assigner une fonction légitimant leur existence et leur action.

S’il est possible d’opposer l’idéotype d’une propriété publique *parce que propriété du souverain* à l’idéotype d’une propriété publique *parce que propriété au service du peuple*, la réalité ne peut être qu’une combinaison de ces deux logiques. La propriété publique suppose des propriétaires publics dont la légitimité ne viendra que des finalités qu’ils servent à travers l’exercice de ce droit et l’affectation de certains biens. À l’inverse, si les biens ainsi affectés sont publics à raison de la fonction qu’ils servent, ils ne sont identifiables comme tels que s’ils relèvent des personnes publiques incarnant l’organisation politique de la collectivité. L’évolution du droit français révèle la difficulté de combiner l’élément organique et l’élément fonctionnel et surtout, les insuffisances de la conceptualisation du premier.

B. La combinaison de l’organique et du fonctionnel et la nécessité de concevoir un droit de propriété public attribué aux propriétaires publics

- 16 La combinaison de l’organique et du fonctionnel s’impose dès lors que la cohérence du système étatique ne peut être assurée que par le rattachement de la propriété publique fonctionnelle aux organes du pouvoir politique. Or, si l’élément organique semble primordial, la focalisation sur la dimension objective de la propriété publique, les biens publics, a conduit à ne pas s’intéresser suffisamment à l’élément subjectif, le droit de propriété public. Cela se vérifie presque absolument du droit romain au droit intermédiaire, lesquels ont pratiquement ignoré la prérogative des propriétaires publics (1). C’est avec l’imagination de la dualité domaniale que celle-ci apparaît dans la science juridique. Néanmoins, fondée sur l’opposition de deux catégories de biens et non de deux catégories de propriétaires, cette approche ne pouvait que parvenir à une conceptualisation imparfaite (2).

1) Du droit romain au droit intermédiaire, l’ignorance presque absolue de l’élément subjectif de la propriété publique

- 17 Le droit romain peut être considéré comme une première tentative de propriété publique complexe, se fondant sur les deux logiques, organique et fonctionnelle : « L’ensemble des biens publics bénéficiait de différents privilèges et modes de protection en raison de la personnalité juridique de leur propriétaire. Par ailleurs, les biens publics affectés à l’utilité publique jouissaient d’une protection supplémentaire par

⁴¹. *Ibid.*, p. 9.

leur exclusion du commerce juridique »⁴². Le droit romain n'avait cependant pas résolu la complexité née de l'ambivalence fondamentale de la propriété. Il en avait traité les symptômes en distinguant les biens publics affectés (*res publicae in usu publico*) et les biens publics appropriés (*res in pecunia populi*). Mais, alors qu'un rapport logique doit s'établir entre l'appropriation et l'affectation publiques, les Romains n'avaient fait que juxtaposer les deux conceptions. Cela conduisait à réduire l'appropriation au *dominium*, celui-là même du *paterfamilias*, conception que renforça évidemment l'incarnation du pouvoir par l'Empereur et l'évolution vers le *dominat*⁴³.

Parce que le *dominium* est le statut légal du propriétaire, sa condition juridique, en l'absence d'une formulation d'un statut propre à l'État, la distinction des personnes ne peut être qu'imparfaite et, avec elle, la distinction des propriétés, nonobstant la possible distinction objective des biens publics et privés. Ce qui fait défaut est constitué par le lien qui unit la personne publique à ses biens : le rapport de propriété, donc le droit de propriété proprement dit. Autrement dit, le point de vue du propriétaire public et non celui des seuls biens publics. L'Ancien droit n'a pas surpassé les juristes romains sur ce point⁴⁴.

- 18 C'est sans conteste à l'Église que l'on doit la réapparition d'une propriété publique fiduciaire donc *fonctionnelle* en France car c'est sous son influence que les rois ont peu à peu retrouvé l'idée de l'État et du bien commun, faisant ainsi réapparaître d'un même mouvement l'organe et la fonction politiques, l'officier et l'office publics⁴⁵. Les canonistes ayant inventé la personnalité morale et les légistes en ayant développé l'application au pouvoir politique, la distinction des biens publics et des biens privés a pu réapparaître avec la renaissance de la personnalité publique⁴⁶, la Couronne étant l'élément emblématique. La propriété publique va alors relever d'une conception principalement organique mais dont la légitimité sera fonctionnelle, en raison de la finalisation de ce pouvoir attribué à l'organe souverain⁴⁷.

C'est la *majesté*, non pas du peuple comme à Rome mais du Roi qui va en être le fondement organique. Le Roi étant « celui qui incarne l'intérêt national et la puissance publique (redevenant) un monopole d'État, [...] le royaume prend la

42. Caroline Chamard, *op. cit.*, n° 109, p. 81.

43. Dans le même sens, Odile de David-Beauregard-Berthier, *op. cit.*, p. 20 : « Il reste que, sous l'Empire Romain, la distinction établie par les juristes va finir par coïncider avec la répartition faite par le prince, la personnalité du peuple s'effaçant peu au profit de celle de ce dernier : l'empereur va en effet s'emparer des biens in pecunia populi, qui constitueront alors un patrimoine à part entière, sous le nom de *res fiscales* ».

44. À l'exception notable de Charles de Lorry, auteur qui sera abordé plus loin, cf. *infra*, n° 74.

45. L'influence du droit canonique est soulignée par Philippe Yolka, *op. cit.*, p. 39 s.

46. Ainsi, Jean-Louis Mestre considère que ce sont les juristes italiens, Accurse le premier puis Bartole et Coepolla qui rétablissent une distinction de ce type au sein des biens des Cités, entre les biens affectés à l'usage du public et ceux qui appartiennent en propre à la cité, Jean-Louis Mestre, « Les fondements historiques du droit administratif français », *EDCE* 1982-1983, n° 34, p. 68. Voir aussi sur le lien entre distinction entre domaine et royaume en raison de l'extension de la souveraineté, Georges Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France Médiévale (XII^e-XV^e siècles)*, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 195 s.

47. Jacques Krynen cite ainsi l'exemple de Philippe Auguste réglant l'administration du domaine avant son départ en croisade (1190) : « l'office royal consiste à pourvoir par tous les moyens aux besoins des sujets et à placer l'utilité publique avant sa propre utilité », « Aux origines historiques de l'idée de puissance publique », in *La puissance publique*, Litec, 2012, p. 42.

*physionomie d'une institution autonome à côté de la personne du roi sous le nom de "Couronne" »*⁴⁸. C'est cette fonctionnalisation du pouvoir par l'idée d'un roi au service du bien commun qui va permettre la résurrection des choses publiques et, par conséquent, de la légitimité fonctionnelle de la propriété publique, laquelle va combiner ces deux expressions fondamentales. Notamment, « à partir de l'Ancien régime, deux fondements de la distinction des biens publics et des biens privés sont nettement mis en évidence »⁴⁹, l'un personnel, le caractère public du titulaire (la Couronne, forme abstraite du sujet réel qu'est le Roi), l'autre matériel, l'affectation de certains biens à l'usage de tous⁵⁰. On trouve ici une propriété publique résultant de l'addition des deux idéaltypes mais là encore l'insuffisante conceptualisation du rapport logique entre les deux conduit à une juxtaposition.

Une certaine innovation apparaît cependant par le fait que la logique organique liée au Roi prédomine sur la logique fonctionnelle liée à l'affectation. C'est ce que révèle l'analyse de Caroline Chamard-Heim pour qui « il semble toutefois que le fondement personnel prévale en ce domaine dans la mesure où l'affectation des biens à l'utilité publique est liée à la présence d'une personne publique » sans laquelle une telle « propriété fiduciaire » disparaît⁵¹. Autrement dit, la propriété publique est d'abord la propriété du pouvoir politique, et seulement ensuite la propriété publique fonctionnelle. Or, malgré une certaine tendance à concevoir le rapport du Roi aux biens de la Couronne sur un mode politique et « public »⁵², la propriété publique est réduite à sa dimension objective, les biens, réduction renforcée par la théorie de l'incorporation du droit dans la chose.

Nous y voyons la source du paradoxe fondamental qui frappe la théorie de la propriété publique. Chacun perçoit que son fondement véritable est à rechercher dans son rattachement organique au pouvoir politique. Chacun voit que cela conduit à lier indissociablement la distinction des personnes avec la distinction des propriétés. Pourtant, alors que ces deux distinctions corrélées devraient se traduire par une opposition entre deux *droits* de propriété, l'un public et l'autre privé, on se focalise sur la distinction des *biens* publics ou privés. Cela se vérifie également à propos du droit intermédiaire.

- 19 La Révolution Française a maintenu une forme fondamentalement organique de la propriété publique. Les biens publics sont transférés de la Couronne à la Nation et, selon la doctrine révolutionnaire, cette dernière a sur ses biens le droit le plus

48. Caroline Chamard, *ibid.*, n° 128, p. 94.

49. *Ibid.*, n° 156, p. 113.

50. Dans le même sens, Hélène Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, thèse, Orléans, 2012, p. 13 : « En instaurant un régime particulier relatif à ce domaine de la Couronne, la royauté voulait préserver un certain nombre de biens considérés comme indispensables à la société ».

51. Caroline Chamard, *idem*.

52. Odile de David-Beauregard-Berthier, *op. cit.*, p. 32 ; Maurice Monteil, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, Sirey, 1902, p. 137 ; Christian Lavialle, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien Régime », *Droits* 1992. 29-30.

absolu qui soit⁵³. Cependant, les révolutionnaires n'ont pas saisi cette occasion pour conceptualiser le droit spécifique de propriété découlant de la spécificité de son titulaire. Cela s'explique par le fait que la propriété privée nouvellement proclamée était si absolue en elle-même qu'elle rendait inutile de conceptualiser un droit de propriété public qui ne pouvait l'être davantage. Avec la suppression de ses formes féodales, la propriété la plus souveraine était en effet celle de l'article 544 du Code civil. C'est pourquoi « *il ne fait aucun doute que les révolutionnaires ont entendu attribuer à la Nation, sinon une propriété de droit privé sur ses biens, à tout le moins un droit qui s'en rapproche le plus possible* »⁵⁴. Il n'y a donc toujours pas de droit de propriété public dans le droit intermédiaire malgré une nouvelle affirmation du fondement organique de la propriété publique.

En négligeant de concevoir la Nation comme un propriétaire spécifique ayant un droit de propriété propre, le droit intermédiaire n'a pas résolu l'incomplétude d'une propriété publique ayant un fondement organique mais aucune expression personnelle. Il n'est pas surprenant dès lors que soit immédiatement réapparue la focalisation des juristes sur les biens publics, expression objective de la propriété qui va donc reposer essentiellement sur une logique fonctionnelle. En effet, les deux traits caractéristiques du droit intermédiaire sont, pour Hubert-Gérald Hubrecht, le recours à une méthode énumérative des biens publics d'une part, « *l'idée d'un aménagement du régime dérogatoire en fonction de l'importance réelle que présente tel ou tel bien pour la collectivité publique* » d'autre part⁵⁵. La propriété publique y est essentiellement objective et fonctionnelle. Elle correspond aux régimes spécifiques de certains biens justifiés par l'utilité publique à laquelle ils sont affectés. Pour le reste, la nation exerce un droit de propriété dans lequel la libre disposition est d'autant plus grande que la nation édicte elle-même les lois et règlements qui en sont la limite éventuelle. De là certains excès où vont être conduits les révolutionnaires en faisant « feu de tout bois » et de tout bien pour rétablir les finances publiques ce qui appellera en réaction le succès des doctrines libérales de limitation de l'État et, partant, de sa propriété, tant dans son champ d'application que dans son exorbitance.

Là encore apparaît le paradoxe déjà évoqué. La propriété publique est identifiée par son fondement organique, le domaine de la nation par opposition aux domaines des particuliers. Pourtant, elle n'est concrètement traduite en droit que par l'idée d'un ensemble de biens publics isolés en raison de leur affectation et non comme un droit de propriété public attaché à la qualité publique du propriétaire. C'est en voulant distinguer, parmi les biens de l'État, deux masses distinctes en raison de

53. Maurice Monteil, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, thèse, Paris, 1902, p. 208, où l'auteur démontre que si la propriété se distingue de la souveraineté, elle est fondée sur cette dernière et s'y incorpore à nouveau lorsque le souverain est aussi propriétaire. Philippe Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, spéc. p. 95 s. ; voir aussi le texte même du décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 : « *cette propriété est la plus parfaite que l'on puisse concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre* ».

54. Caroline Chamard, *op. cit.*, n° 175, p. 126 ; faisant également référence à Philippe Yolka, *op. cit.*, p. 100.

55. Hubert-Gérald Hubrecht, « L'exorbitance du droit des propriétés publiques », in Fabrice Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 229.

la prérogative que le pouvoir exerce sur elles, que la question de la propriété au sens subjectif du droit de propriété s'est posée en termes juridiques. Néanmoins, si deux "droits" de propriété sont distingués, la distinction est fondée sur les biens et ces prérogatives coexistent pour un même propriétaire, empêchant d'élaborer un véritable statut traduisant sa qualité de propriétaire public.

2) Les linéaments d'une propriété publique subjective : dualité domaniale et dualité de prérogatives patrimoniales

- 20 Face aux excès de la Révolution quant à la vente de biens nationaux et sous l'influence dominante du libéralisme économique, la doctrine a imaginé de distinguer les biens qui étaient l'objet d'une véritable propriété, le domaine privé, des biens objets d'un simple droit de garde et de surintendance, le domaine public⁵⁶. Il ne s'agissait cependant pas de la simple opposition objective de deux masses de biens. En effet, le progrès essentiel est d'avoir imaginé un corollaire subjectif à cette division. En cela, elle manifeste un premier intérêt véritablement juridique pour la nature du droit exercé sur les biens publics et partant, pour le point de vue du propriétaire. En effet, Proudhon considère que la propriété renvoie à l'idée de puissance exercée sur les choses par son titulaire. Il la nomme *dominium*, domaine⁵⁷ mais en prenant soin de distinguer cette puissance des objets sur lesquels elle s'exerce.

À cette puissance il reconnaît trois degrés : le domaine de souveraineté, qui « *consiste dans la puissance souveraine établie pour gouverner l'État* », le domaine public, qui « *consiste dans le pouvoir spécialement chargé de régir et administrer les choses qui sont, par les lois, asservies à l'usage de tous, et dont la propriété n'est à personne* » et le domaine privé, « *ou, en d'autres termes, le domaine de propriété, [qui] consiste dans le pouvoir que tout individu a de jouir et disposer en maître de ses biens en se conformant aux lois* »⁵⁸. Le rapport aux choses est donc bien conçu comme un pouvoir, une puissance sur les choses dont la nature peut varier. Cependant, parce qu'il commente les articles du Code civil qui établissent une forme d'affectation des biens à l'utilité commune, le facteur qui détermine la variation de la nature de cette prérogative réside dans l'affectation elle-même, donc dans le bien et non dans la qualité de son titulaire. Ainsi, nous dit-il, « *le domaine public embrasse généralement tous les fonds qui, sans*

56. Cf. Robert Pelloux, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, thèse, Dalloz, 1932 ; auquel s'accorde l'essentiel de la doctrine pour considérer que la dualité domaniale n'existait pas sous l'Ancien Régime et en aucune façon dans les textes révolutionnaires. Si Philippe Yolka a pu parler de « mystère des origines » en ce qui concerne la dualité domaniale, elle s'est affirmée avec l'œuvre de Jean-Baptiste-Victor Proudhon que l'on situe dans la continuité des intuitions de Jean-Marie Pardessus et son *Traité des servitudes* publié pour la première fois en 1806. Voir aussi Maurice Lagrange, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RD publ.* 1974. 9 s.

57. Jean-Baptiste-Victor, Proudhon, *Traité du domaine public, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1833-1834, vol. I, n° 47, p. 62 : « Ce nom nous vient des expressions latines *dominus* et *dominium* : du mot *dominus*, qui signifie le maître ; du mot *dominium*, à *dominando*, qui signifie la maîtrise ou l'effet de la domination ».

58. *Idem*, p. 62-63.

appartenir propriétairement à personne, ont été civilement consacrés au service de la société »⁵⁹. C'est cette consécration qui rend le bien public et avec lui le droit qui porte sur lui.

Le domaine public est donc bien une puissance subjective spécifique sur les choses, mais dont le fondement est objectif, situé dans le bien et non dans le propriétaire, dans l'objet du droit de propriété et non dans son sujet. Autrement dit, Proudhon invente une nouvelle combinaison de l'organique et du fonctionnel en inversant le rapport qui les liait sous l'Ancien droit et le Droit intermédiaire. Le fonctionnel devient prédominant sur l'organique, c'est l'utilité servie par les biens qui induit un droit de propriété spécifique, un domaine public. Conséquence de la propriété objective, du bien, le domaine au sens de prérogative correspond bien à une propriété publique subjective, un droit, mais il s'agit toujours d'une propriété publique fonctionnelle. La propriété publique organique n'existe pour ainsi dire pas vraiment, car le caractère public ne vient que de l'élément fonctionnel qui, loin de se situer dans le prolongement du pouvoir politique, s'impose à lui pour en limiter *a priori* la prérogative qui y sera associée⁶⁰.

- 21 Derrière l'invention de la dualité domaniale, il y a l'idée que la propriété publique n'a de légitimité que fonctionnelle. L'idée, on l'a vu, n'est pas inexacte, loin s'en faut, tant la légitimité de la propriété des personnes publiques doit être démontrée dans son principe et dans son degré d'exorbitance, mais l'auteur y ajoute en réalité les présupposés libéraux de la doctrine du XIX^e siècle. Pour celle-ci, le droit public n'est que subsidiaire, il est un droit d'exception⁶¹. Partant, d'une part seul le domaine public doit bénéficier d'un régime administratif et du privilège de juridiction, d'autre part l'État ne saurait se considérer *propriétaire* de ce domaine. À rebours de la conception organique reposant sur une supériorité des autorités publiques, la « théorie de la garde » manifeste à l'envi la défiance envers l'État tout en reconnaissant l'étatisation du politique en le plaçant au sommet de l'édifice. En somme, dans cette théorie, la propriété publique subjective existe, mais elle n'est pas une propriété.

Indigne d'être propriétaire des biens du domaine public, l'État ne saurait avoir de propriété que sur ses biens privés et sous la forme alors de la propriété privée, celle du droit commun. Il faut mettre cette conception en perspective avec l'idée dominante pour la doctrine de l'époque selon laquelle le droit public est destiné à encadrer l'exercice de la puissance publique. Le droit public vise l'État-puissance publique qu'il faut limiter et contrôler, mais *doit* ignorer la dimension civile de l'État-propriétaire privé.

C'est la raison pour laquelle la doctrine devait nécessairement assimiler domaine privé et propriété privée. Cette période qui va de la Restauration à la

59. *Ibid.*, n° 200, p. 262.

60. Proudhon affirme explicitement son adhésion à la doctrine du droit naturel. Sur la critique du jusnaturalisme de Proudhon, voir aussi Dimitri Yernault, *op. cit.*, p. 193.

61. Dans le même sens, Patrick Lafage, p. 24 : « La conception originelle du domaine public développée par des auteurs comme Proudhon ou Ducrocq était une conception restrictive qui visait à limiter autant que possible l'étendue de ce régime particulier de protection aux seuls biens qui méritent un traitement dérogoire ».

reconnaissance de la propriété publique du domaine public marque ainsi un effacement manifeste de la conception organique de la propriété publique au point d'en dissoudre la dimension subjective dans la « garde » et de réduire le domaine à son aspect objectif, à un ensemble de biens ⁶². Cette fois, c'est l'élément fonctionnel, l'affectation, qui est au premier plan. Loin d'opposer deux catégories de propriétaires, la doctrine oppose toujours deux catégories de biens dont le régime altère le droit qu'on peut avoir sur eux. Cela pourrait expliquer pourquoi c'est à cette période que les juridictions ont pu reconnaître la propriété de biens du domaine public par des particuliers ⁶³.

- 22 La théorie de la garde a été essentiellement doctrinale et n'a pas véritablement été reprise par le juge. Qu'il s'agisse de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, la propriété sur les biens du domaine public a été reconnue sans difficulté, sans y accorder non plus de véritable importance ⁶⁴. Des raisons prosaïques ont répondu à l'incommodité manifeste de la théorie du « public », ce « peuple introuvable » ⁶⁵ propriétaire des biens du domaine public. C'est à l'occasion de contentieux aux faits d'espèce parfaitement triviaux que la propriété de l'État et des autres personnes publiques fut reconnue sur les dépendances du domaine public ⁶⁶.

De telles décisions seraient sans doute restées aussi inaperçues que celles qui ont été rendues alors que la théorie de la garde était à son faite si Maurice Hauriou n'en avait pas fait le commentaire ⁶⁷. Il y trouva l'argument nécessaire à valider la théorie qu'il avait déjà forgée opposant à la propriété privée du domaine privé la « propriété administrative » du domaine public. La conception organique écartant définitivement l'idée d'une appropriation du domaine public par des personnes privées, seule la propriété des personnes publiques était concernée. Cependant, parce que chacune des prérogatives dépendait de la qualification de son objet, Hauriou s'inscrivait dans la même logique que Proudhon. L'élément fonctionnel était toujours le véritable fondement de la propriété publique, c'est-à-dire les biens affectés à l'utilité publique. Le progrès essentiel était néanmoins dans le fait d'admettre dans les deux cas un même vocable : la propriété.

62. L'ouvrage de Proudhon, passé ces quelques développements sur les prérogatives que l'on peut avoir sur les biens, ne se consacre plus par la suite qu'à la seule énumération des différentes composantes du domaine public.

63. Civ. 22 août 1837, S. 1837. 1. 852. Catherine Logéat, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, 2011, p. 32-33.

64. Cass. 16 févr. 1836, *Préfet du Loiret*, S. 1836. 1. 411 ; Cass. 5 juill. 1836, *Aribert*, S. 1836. 1. 600. La Cour a reçu un temps la théorie de la garde (Cass. 1^{er} avr. 1890, *Ville de Tonnerre*, D. 1891. 1. 39) mais s'est ralliée encore plus aisément à la propriété du domaine public, Cass. 11 juill. 1892, *Cne de Sain-Léger-des-vignes*, S. 1893. 1. 39, cf. Stéphanie Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Paris, LGDJ, 2006, p. 58.

65. Pour se référer au titre de l'ouvrage de Pierre Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Gallimard, 1998.

66. Dans l'arrêt *Piccioli*, il s'agit des droits de la colonie d'Algérie sur du charbon extrait d'une épave dans le port d'Alger tandis que c'est l'indemnité exigée par la Ville de Paris qui constitue le fond de l'arrêt *Ville de Paris* ; CE 17 janv. 1923, *Piccioli*, S. 1925. 3. 17, concl. Corneille, note Hauriou ; CE 16 juill. 1909, *Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans*, Rec., p. 707 concl. G. Teissier ; S. 1909. 3. 97, note M. Hauriou.

67. Maurice Hauriou, note sous CE 17 janv. 1923, *Piccioli*, S. 1925. 2. 17.

23 C'est alors que, dans un même mouvement, certains dogmes concernant le domaine public et certains préjugés concernant le domaine privé furent battus en brèche. Le domaine public, d'improductif⁶⁸ par principe devenait objet d'une véritable exploitation, tandis que le domaine privé, qualifié à l'origine d'essentiellement « fiscal » faisait apparaître à quel point il était au service des missions de l'administration. La fonction publique et la fonction privée de l'un et de l'autre, jusqu'alors perçues comme cloisonnées, s'entremêlent pour faire apparaître une finalité ambivalente de tout bien et donc des deux domaines. Les activités économiques développées sur le domaine public et la dégradation des finances publiques suscitent une logique "propriétariste" patrimoniale, qui prend le pas sur la logique purement domaniale. La police recule au profit de la gestion⁶⁹. La sécurité de l'occupant prend le pas sur les prérogatives du gestionnaire. Si chaque fois l'inaliénabilité a été rappelée avec force, la reconnaissance de « droits réels » sur le domaine public, l'indemnisation suite à la rupture anticipée des contrats d'occupation, l'élaboration de contrats spéciaux de longue durée offrant à l'occupant « les droits et obligations du propriétaire », tout ceci conduit à reconnaître une véritable propriété du domaine public accompagnée de pouvoirs de gestion très larges et résolument tournés vers l'aspect économique des biens en cause.

Cependant, les réflexions sur l'utilité publique des biens du domaine privé soulignaient le caractère contestable de l'assimilation à la propriété privée à leur égard. Autrement dit, la qualité d'un bien n'était plus univoque ni déductible de son appartenance à l'une ou l'autre des catégories domaniales. La publicisation de la propriété du domaine privé et la "patrimonialisation" de celle du domaine public autorisaient une synthèse.

24 C'est l'apport de Philippe Yolka que d'avoir mis fin à la dualité des prérogatives des personnes publiques sur leurs biens. Leur propriété est la même, en raison de leur qualité, et par conséquent quel qu'en soit le domaine, public ou privé, du bien sur lequel elle porte. Pour ce faire, il lui a fallu démontrer que le domaine public ne correspond pas à une prérogative spécifique, mais à un simple régime applicable au bien et non au droit, c'est-à-dire à la seule propriété publique objective. La domaniale publique est un régime objectif et fonctionnel qui doit être séparé de la propriété des personnes publiques, laquelle est la même sur les deux domaines. La dualité domaniale est distincte du droit de propriété des personnes publiques.

La dialectique est résolue en consacrant la primauté de l'organique sur le fonctionnel et elle y ajoute la primauté de la propriété subjective, le droit et sa nature, sur la propriété objective, le bien et son régime. La science juridique trouve une solution nouvelle à cette double clef que constituent les couples d'organique-fonctionnel et de subjectif-objectif, quatre éléments qui sont pour la première fois agencés tous ensemble et selon des rapports de succession et non de juxtaposition.

68. Joachim-Antoine-Joseph Gaudry, *Traité du domaine public*, Durand, 1862, p. 81-82 : « là où le gouvernement s'empare d'un genre d'exploitation ou de commerce, il tue les commerces privés, et ainsi, s'il s'emparait d'une portion du domaine public pour l'exploiter à son profit, il appauvrirait la nation dans les ressources mêmes que la Providence lui avait données ».

69. Cf. sur ce point les deux thèses concomitantes et aux conclusions opposées de MM. Klein et Dénoyer : Claude Klein, *La police du domaine public*, LGDJ, 1966 ; Jean-François Dénoyer, *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, 1969.

L'organique précède le fonctionnel parce qu'il n'existe pas de bien public sans propriétaire public. Le subjectif précède l'objectif parce que c'est le droit de propriété des personnes publiques qui définit la propriété publique et non les régimes liés à l'affectation des biens publics. Ces régimes fonctionnels ne viennent que se superposer dans un second temps à des biens déjà organiquement publics ou privés.

Cependant, la propriété des personnes publiques pourrait bien être la même que celle des particuliers sur leurs biens, et ce d'autant plus que tous les biens peuvent être affectés à une utilité publique et soumis à un régime exorbitant en conséquence ou au contraire exploités dans une perspective de profit.

- 25 C'est pourquoi malgré l'unanimité quant à l'unité de la propriété des personnes publiques sur l'ensemble de leurs biens, « *il existe, en l'état actuel de la réflexion doctrinale, non pas une mais plutôt deux théories de la propriété publique, suivant que l'on insiste davantage sur le premier terme de l'expression ou sur le second* »⁷⁰. La première conception, à laquelle est généralement associée le nom d'Yves Gaudemet, considère que « *la propriété publique, de même nature que la propriété privée (entendue elle-même comme la propriété des personnes privées), se caractérise cependant par deux principes spécifiques valant tant pour les biens du domaine privé que pour ceux du domaine public, celui de l'incessibilité de la propriété publique en deçà de son juste prix et celui de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques* »⁷¹. La seconde conception, généralement associée au nom de Philippe Yolka, considère que « *la propriété est publique, qu'il s'agisse du domaine public ou du domaine privé, parce que le propriétaire est une personne publique, génétiquement porteuse de l'intérêt général* »⁷².

Pour Fabrice Melleray et Fabrice Hourquebie, « *cette opposition de vues n'est pas purement intellectuelle, ses conséquences pratiques étant tout sauf négligeables dès lors que la première vision justifie une valorisation renforcée des propriétés publiques et la réduction continue des spécificités de leur régime juridique, tandis que la seconde affirme l'irréductibilité de la matière aux logiques économiques et marchandes* »⁷³. Pour autant, il semble qu'il faille voir ici une dominante donnée à la dimension patrimoniale ou à la dimension publique sans qu'aucune de ces dimensions ne doive, dans l'esprit de ses auteurs, exclure radicalement l'autre.

D'ailleurs, il faut bien constater que l'une comme l'autre laissent une place à la logique opposée. En effet, à considérer la première approche comme s'attachant plus à ce que les personnes publiques peuvent faire de la propriété et rejoignant ainsi l'approche fonctionnelle, elle n'en fait pas moins mention de ce que les règles spécifiques sont attachées à la personnalité publique. Dans l'approche exprimée par Philippe Yolka, le premier plan est sans conteste occupé par l'idée

70. Fabrice Melleray, Fabrice Hourquebie, Code général de la propriété des personnes publiques, « Introduction générale », Dalloz, 3^e éd., 2013, Introduction générale, p. 38.

71. Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, n° 33, p. 24.

72. Philippe Yolka, in *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2013, n° 27, p. 13.

73. Fabrice Melleray, Fabrice Hourquebie, *op. cit.*, p. 39.

d'un statut de personne publique propriétaire et rejoint ainsi l'approche organique, mais l'intérêt général est au cœur de ce statut et de la personnalité publique. L'élément fonctionnel n'est donc pas parfaitement étranger.

Loin de s'opposer frontalement, ces deux logiques doivent trouver une combinaison qui s'impose pour rendre compte du droit positif de la propriété publique. Il faudra pour cela démêler l'écheveau de l'organique et du fonctionnel pour établir, entre ces deux termes essentiels de l'action publique, la véritable relation logique.

§ 2. LA DIALECTIQUE DE L'ORGANIQUE ET DU FONCTIONNEL AU SERVICE DE LA SYSTÉMATISATION DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

- 26 L'opposition des deux idéaltypes, organique et fonctionnel, doit être dépassée. Il s'agit désormais de constater que l'organique et le fonctionnel traversent en réalité chacune des deux dimensions, objective et subjective, de la propriété. Dans la perspective objective focalisée sur les biens, deux catégories coexistent : celle des biens des personnes publiques et celle des biens affectés à l'utilité publique et qui peuvent être la propriété des personnes privées. Nous proposons de réserver aux premiers l'appellation de biens publics et de désigner les seconds par l'expression de biens administratifs, mais les deux catégories sont traversées par la dialectique de l'organique et du fonctionnel (A). La thèse de l'assimilation de la propriété des personnes publiques à la propriété des personnes privées doit alors être confrontée à la fois au droit positif qui fait apparaître une exorbitance irréductible des biens publics et à la portée théorique d'une telle réduction également applicable à la personnalité publique (B).

A. L'organique et le fonctionnel du point de vue de la propriété objective : biens publics et biens administratifs

- 27 La participation de personnes privées à l'action administrative les conduit à avoir la maîtrise de biens affectés aux missions relevant de la compétence des personnes publiques, ce que Catherine Logéat a appelé les biens privés affectés à l'utilité publique⁷⁴. Il en résulte la coexistence de deux catégories de biens liés à l'action publique, les biens des personnes publiques⁷⁵ et les biens affectés à l'action publique⁷⁶. Parce que n'importe quel bien d'une personne publique est en principe soumis à la règle de l'insaisissabilité consacrée par l'article L. 2311-1 du CG3P, les biens des personnes publiques connaissent *a minima* cet élément de régime déductible de la seule appartenance publique, critère personnel donc

74. Catherine Logéat, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, 2011.

75. Caroline Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, Paris, Dalloz, 2004, n° 895 : « Les biens publics peuvent alors être définis comme les biens qui appartiennent aux personnes morales de droit public ».

76. Catherine Logéat, *op. cit.*, p. 434 : « un bien pourrait être qualifié de chose publique à partir du moment où il est affecté à l'utilité publique et que la personne publique exerce sur lui une influence qui peut ne pas correspondre à sa propriété ».

essentiellement organique⁷⁷. L'ouvrage public constitue un exemple de bien privé dont le régime autorise à l'intégrer à une catégorie publique de bien reposant cette fois sur un critère essentiellement fonctionnel⁷⁸. En dehors de la domanialité publique vis-à-vis de laquelle Philippe Yolka se situe, il n'est plus possible d'affirmer désormais qu'il existe « un principe d'appropriation publique des biens affectés à l'usage public » incompatible avec « l'idée selon laquelle il serait possible de grever certains biens privés d'une affectation publique »⁷⁹. L'existence de régimes fonctionnels applicables aux personnes privées et à leurs biens oblige à admettre une certaine dissociation entre appropriation par une personne publique et application d'un régime d'affectation. L'appropriation publique est certes une condition à la domanialité publique⁸⁰, mais elle n'est pas une condition à ce qu'un bien soit mis au service de l'action publique, d'où l'édiction de régimes destinés à leur appliquer un régime adapté.

Il faut cependant se garder d'induire de l'existence de régimes fonctionnels applicables aux biens des personnes privées une élimination de l'élément organique. En effet, si l'appropriation n'est pas nécessaire, elle n'est pas le seul lien de rattachement de l'affectation publique aux personnes publiques. Celui-ci réapparaît par le fait que l'objet de l'affectation des biens privés relève toujours de la compétence d'une personne publique. On retrouve la même coexistence de l'organique et du fonctionnel dans le rapport des personnes publiques à leurs biens qui implique nécessairement que leur usage se fasse dans le respect de l'intérêt général. La dialectique de l'organique et du fonctionnel traverse donc les deux catégories publiques de biens mais en mettant l'un ou l'autre au premier ou à l'arrière-plan.

- 28 Caroline Chamard concluait sa thèse ainsi : « Les biens publics peuvent alors être définis comme les biens qui appartiennent aux personnes morales de droit public et qui constituent, entre leurs mains, un instrument de réalisation de leurs missions, lesquelles relèvent toujours plus ou moins directement de l'intérêt général »⁸¹. L'organique et le fonctionnel transparaissent tous deux. Le fonctionnel apparaît évidemment à travers les fonctions à remplir, soit par l'accomplissement de missions particulières, soit à travers une fonction générale de satisfaction de l'intérêt général. L'organique apparaît sous deux angles qui rejoignent les deux

77. Cf. *supra* sur la distinction qu'il est possible d'effectuer entre critère organique et critère personnel et notre préférence pour considérer qu'il y a deux dimensions au critère organique en droit public, l'élément tiré immédiatement du statut de personne publique et l'élément tiré du rattachement à une personne publique.

78. CE, ass., avis, 29 avr. 2010, *M. et M^{me} Béligaud*, n° 323179, *AJDA* 2010. 1642, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi et p. 1916, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; *RDI* 2010. 390, obs. O. Févrot ; *RFDA* 2010. 557, concl. M. Guyomar et *ibid.* 572, note F. Melleray.

79. Philippe Yolka, *ibid.*, p. 471. Pour Caroline Chamard, cette logique ne vaut que pour une partie des biens : « il n'y a en définitive qu'une seule catégorie de biens qui doit devenir et rester de manière exclusive la propriété des personnes publiques : ce sont les biens qui sont le siège des services publics constitutionnels de souveraineté. L'appropriation publique de ces biens est non seulement obligatoire, mais elle est monopolistique. Ces exigences se justifient facilement par le fait que ces biens-là sont un élément constitutif de l'État et, qu'en leur absence, il n'y a, pour ainsi dire, plus d'État », *op. cit.*, n° 445, p. 328.

80. CE 13 janv. 1933, *Chemin de fer de Paris-Orléans*, D. 1934. 14, concl. Michel, note Belin ; CE 13 mai 1964, *M^{lle} Eberstarck*, *Rec.*, p. 288.

81. Caroline Chamard, *ibid.*, n° 895.

dimensions que nous avons retenues. À l'élément personnel, immédiatement lié à la personnalité publique, reviennent l'appartenance aux personnes publiques et l'idée que leur activité doit toujours être compatible avec l'intérêt général. L'élément plus général qui traduit l'idée d'un rattachement organique aux personnes publiques apparaît avec l'idée que les missions en cause sont celles des personnes publiques. C'est avec ce dernier que les biens administratifs appartenant aux personnes privées ne relèvent pas d'une logique purement fonctionnelle mais font au contraire une place essentielle à l'élément organique.

C'est ce qui ressort de l'étude de Catherine Logéat consacrée aux biens privés affectés à l'utilité publique, notamment les régimes législatifs découlant de la transformation en société anonyme d'établissements publics. Constatant l'impossibilité d'adopter à leur égard l'attitude radicalement dualiste de René Capitant⁸² dissociant absolument personnalité publique et affectation, propriété subjective et objective, l'auteur propose une révision du critère organique. En effet, « *si l'intérêt général n'a pas d'identité organique, la personne publique a pour mission de veiller à sa préservation : c'est ainsi que l'affectation de biens à l'utilité publique est toujours encadrée par la personne publique* »⁸³. C'est pourquoi une solution purement fonctionnelle ne semble pas conforme au droit. L'affectation ne peut pas exister sans la consécration par une personne publique, si bien que « *de l'affectation à l'utilité publique s'infère le critère organique* »⁸⁴. Les régimes fonctionnels supposent un rattachement organique aux personnes publiques. Le régime des biens organiquement publics ne se justifie quant à lui qu'à la condition que leur usage soit destiné, même indirectement, à la satisfaction de l'intérêt général.

Tous les biens des personnes publiques présentent, qu'ils aient reçu ou non une affectation particulière à un usage public, une dimension fonctionnelle qui en fait des moyens de satisfaction de l'intérêt général⁸⁵. L'affectation d'un nombre toujours croissant de biens relevant du domaine privé des personnes publiques s'est accompagnée de la reconnaissance de l'intérêt public indirect attaché aux revenus générés par le domaine privé⁸⁶.

L'organique et le fonctionnel sont donc présents dans les deux catégories en cause. Si le critère de reconnaissance des biens administratifs est la fonction à laquelle ils sont affectés, cette fonction relève de la compétence des personnes publiques. Si le critère de reconnaissance des biens publics est la qualité de leur propriétaire, cette qualité implique nécessairement que l'usage du bien se fera toujours sous réserve d'être compatible avec les exigences de l'intérêt général.

Les personnes publiques propriétaires se situent au point de convergence des deux dimensions. En effet, propriétaires de biens publics, elles sont également les

82. René Capitant, note sous l'arrêt CE 17 févr. 1933, *Commune de Barran*, D. 1933. 3.49.

83. Catherine Logéat, *ibid.*, p. 46.

84. *Ibid.*, p. 434.

85. Jean-Marie Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE* 1958, 35-57.

86. Sur cette question, cf. Marine Chouquet, *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, thèse, Bordeaux IV, 2013, spéc. p. 44 s., où l'auteur démontre l'accroissement de la consistance du domaine privé par contraction de la domanialité publique dont a voulu distraire de nombreuses catégories de biens.

principaux propriétaires de biens administratifs dans la mesure où elles assurent par elles-mêmes l'essentiel des missions qui relèvent de leur compétence. Assumant les missions auxquelles sont affectés les biens administratifs des personnes privées, elles ont un intérêt à contrôler l'usage qui est fait de ces biens et il n'est pas interdit d'y voir une résurgence indirecte de leur qualité de propriétaire, ce que nous démontrerons à partir de la notion de fonds administratifs, universalité appartenant aux personnes publiques et permettant de formaliser l'activité dont les biens administratifs, publics ou privés, sont le support ⁸⁷.

Les biens administratifs sont l'objet du droit de propriété qu'exerce la personne qui en est le propriétaire ou en assure la gestion. La perspective fonctionnelle conduirait à considérer que c'est cette affectation qui justifie seule le régime encadrant l'exercice du droit de propriété. La perspective organique va plus loin et considère que, pour les personnes publiques, un régime d'exercice du droit de propriété est immédiatement applicable indépendamment de l'affectation particulière du bien. Une fois encore, les deux perspectives ne sont pas antinomiques et font apparaître une coexistence de l'organique et du fonctionnel dans les deux possibilités offertes par la propriété envisagée subjectivement comme le droit sur la chose.

B. L'organique et le fonctionnel du point de vue de la propriété subjective : exercice public de la propriété et propriété des personnes publiques

- 29 La distinction des biens administratifs et des biens publics permet de faire apparaître les deux voies par lesquelles l'exercice du pouvoir d'une personne sur un bien peut être affecté par le droit public. En effet, lorsqu'une personne, publique ou privée, exerce une prérogative sur un bien administratif, c'est l'affectation de celui-ci qui justifie son encadrement. Il en va d'ailleurs de même en droit privé lorsqu'un bien a reçu une affectation ou une destination ayant pour effet de restreindre son pouvoir de gestion du bien en cause ⁸⁸. La dimension subjective de la propriété, la prérogative exercée sur la chose par une personne, subit alors un régime fonctionnel ayant pour critère l'affectation du bien – dont on a vu qu'elle implique l'élément organique sous forme de rattachement. Parce qu'ils ne concernent que les biens administratifs et que ceux-ci sont théoriquement indifférents à la qualité de leur propriétaire, les régimes fonctionnels vont dans le sens d'une assimilation de la propriété des personnes publiques et des personnes privées (1). Il faut cependant se garder d'en déduire que la propriété des personnes publiques est réductible à celle des personnes privées. Les règles de l'incessibilité et de l'insaisissabilité ne peuvent pas être ignorées et il y aurait une portée théorique à ne pas négliger d'admettre une telle réduction de la propriété publique, laquelle emporterait aisément une même conséquence pour la personnalité publique. Cette dernière est liée au sort du droit

⁸⁷. Cf. *infra*, chapitre I du titre I de la seconde partie.

⁸⁸. Il y a là une convergence fondamentale de la propriété publique et de la propriété privée qui sera développée au titre second de la première partie.

de propriété public qui est son attribut essentiel et par lequel apparaît la catégorie des personnes publiques propriétaires (2).

1) Les régimes fonctionnels en faveur de la thèse de l'assimilation de la propriété publique à la propriété privée

- 30 Dans une certaine mesure, les régimes fonctionnels alimentent la thèse de l'assimilation de la propriété des personnes publiques à celle des personnes privées. Dès lors que l'on dissocie l'organique et le fonctionnel, les régimes d'affectation se superposent à la propriété de la personne à qui appartient le bien, qu'elle soit publique ou privée, si bien qu'on peut ne plus voir d'intérêt à vouloir faire des personnes publiques des propriétaires trop spécifiques, au régime encombrant. Édiktés pour des motifs fonctionnels, ces régimes de simple superposition doivent autant que possible ne pas faire obstacle à une valorisation qui doit être encouragée et facilitée. Cette idée apparaissait déjà lorsque Yves Gaudemet qualifiait la domanialité publique de « voile » qui se superpose ainsi à la propriété des personnes publiques⁸⁹. Il n'y a d'exorbitance, de « publicisation », qu'en raison de certaines règles visant le propriétaire mais, surtout, des règles beaucoup plus nombreuses et importantes, qui soumettent un bien déterminé à un régime destiné à en garantir l'affectation publique. Nous y voyons une réminiscence de la conception du droit administratif comme le droit des dérogations par rapport à un droit civil qui est le droit commun. Nous y percevons d'ailleurs les présupposés qui en sont la cause : la suspicion à l'égard de l'administration et la volonté de limiter au maximum l'exorbitance du droit public. La légitimité ne pouvant être que fonctionnelle, une propriété publique organique est encombrante et, en somme, dangereuse.

Le droit de propriété correspond donc au droit commun, raison pour laquelle Yves Gaudemet ne rejoint pas même les auteurs qui adoptent la position consistant à dire que la propriété commune n'est, en elle-même, ni privée ni publique. Pour lui, elle est la propriété privée.

Or, considérant que le droit *des propriétés publiques*⁹⁰ comprend les biens « dont les personnes publiques ont, d'une façon ou d'une autre, la propriété ou la maîtrise »⁹¹, Yves Gaudemet fait apparaître le problème d'une telle assimilation. En effet, si la propriété des personnes publiques est la propriété privée, alors un bien appartenant à une personne publique n'est pas public de ce seul fait, mais doit faire la preuve de son affectation à un usage public déterminé. Il n'a donc pas à subir un régime exorbitant en l'absence d'une telle affectation. Il semble pourtant que ce puisse être le cas, ne serait-ce que si l'on songe au découplage qui s'est

89. Yves Gaudemet préface à la thèse de Philippe Yolka, *op. cit.*, p. XIII : « ainsi détachée en tant que concept de la domanialité publique et des principes exorbitants que celle-ci véhicule, la propriété publique se révèle finalement très proche de celle des personnes privées »

90. En ce sens l'intitulé du chapitre afférent du *Traité de droit administratif*, préc., et rédigé par Caroline Chamard-Heim est éloquent puisqu'il préfère aborder non pas la propriété publique mais « Les propriétés publiques », quand bien même l'auteur considère propriété publique et propriété privée comme dérivées d'une propriété ni privée ni publique.

91. Yves Gaudemet, *idem*.

progressivement imposé entre expropriation et domanialité publique⁹². Le recours aux modalités d'acquisition forcée ne suppose pas nécessairement l'affectation du bien⁹³. Plus fondamentalement encore, la remise en cause de la définition organique de la propriété publique se heurte à la réalité du droit positif et à la portée théorique qu'on peut y attacher.

- 31 Si l'affectation d'un bien privé ne doit donc pas avoir la portée théorique qu'on pourrait lui accorder, ne modifiant ni la propriété privée ainsi atteinte, ni la définition de la propriété publique, il en va autrement du fait d'admettre la propriété privée des personnes publiques. La conséquence logique de l'assimilation de la propriété des personnes publiques à celle des personnes privées est de privatiser les biens des personnes publiques qui ne sont pas affectés à l'utilité publique. Il ne serait plus suffisant qu'un bien appartienne à une personne publique pour être public et soumis de ce seul fait à un ensemble de régimes découlant de la qualité du propriétaire. En l'absence d'affectation, un tel bien serait un bien privé, objet d'un droit de propriété privé. Cela nous semblerait remettre en cause l'unité de la personnalité publique et ressusciter l'opposition entre une personnalité de droit public et une personnalité de droit privé des personnes publiques.

L'autonomie de l'ordre juridique public doit s'étendre aux sujets qui lui sont propres, sinon la distinction entre personnes publiques et privées perd son sens. Il faut donc admettre qu'un bien appartenant à une personne publique est, de ce seul fait, un bien public et que cela se traduit juridiquement par le fait que ce bien est l'objet d'un droit de propriété public. La propriété publique organique est la condition de l'autonomie des personnes publiques permettant l'idée d'un rattachement organique sur laquelle tout le monde s'accorde. C'est pourquoi nous pensons devoir rejeter l'assimilation de la propriété des personnes publiques à la propriété privée. Néanmoins, si l'autonomie de leur propriété doit être admise, celle-ci doit être renforcée quant à ses fondements et voir sa portée précisément délimitée.

2) La difficile remise en cause de l'autonomie de la propriété des personnes publiques

- 32 Yves Gaudemet représente le courant préconisant de la façon la plus absolue l'assimilation de la propriété publique à la propriété privée : « *la propriété des personnes publiques sur leurs biens, domaine public et privé confondus, est celle-là même des personnes privées sur les leurs* »⁹⁴. Il se fonde notamment sur le fait que « *la jurisprudence administrative, comme celle du juge judiciaire, ignore*

92. Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, n° 740, p. 435.

93. CE 20 déc. 1938, *Cambieri, Rec.*, p. 962 ; D. 1939. 3. 15, concl. Josse, lequel indiquait : « inutile pour justifier l'expropriation... d'aller jusqu'à la notion de service public : l'utilité générale suffit ».

94. Yves Gaudemet, « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *RD publ.* 2012. 1223. La démarche était déjà en germe dès la parution de la thèse de Philippe Yolka puisqu'il écrivait alors dans la préface, *op. cit.*, p. XIII : « ainsi détachée en tant que concept de la domanialité publique et des principes exorbitants que celle-ci véhicule, la propriété publique se révèle finalement très proche de celle des personnes privées ».

radicalement toute espèce de notion de propriété publique qui résulterait de l'appropriation du bien par une personne publique »⁹⁵. L'auteur motive explicitement cette assimilation par son « bien-fondé politique » en raison de « l'objectif actuel de valorisation des propriétés publiques »⁹⁶. La propriété est ainsi conçue comme s'épuisant dans la finalité de valorisation. Or, puisque le plus fort rendement économique est supposé être donné par la propriété privée, alors la propriété des personnes publiques doit être une propriété privée, parfaitement privée tant qu'elle ne subit pas l'altération du droit public⁹⁷. Un fondement organique supposant une forme d'automaticité contraire à cette conception dans laquelle le droit public est subsidiaire, conditionnée par son utilité démontrée, cette conception s'oriente clairement vers l'élimination de l'élément organique que constitue la propriété des personnes publiques.

Cette approche repose sur le constat difficilement discutable que les procédés du droit privé peuvent parfois parfaitement réaliser les objectifs d'intérêt général et que, en tout cas, l'intérêt général est très souvent servi par de simples réglementations des procédés du droit privé sans qu'il soit besoin de concevoir une notion de droit public dont on affirme l'autonomie. Cependant, pour que l'assimilation apparaisse évidente, il faut réduire au maximum les spécificités que l'on serait tenté de considérer comme le corollaire de l'élément organique, du statut de personne publique. La démarche consiste donc à saper la notion en lui supprimant le régime que Philippe Yolka avait identifié (a). La même démarche pouvant être appliquée à la personnalité publique, le fondement semble aussi fragile que le régime et alors, ni la propriété publique, ni la personnalité publique, ne semblent pouvoir être constituées d'autre chose que d'une collection de règles éparées. Si l'on y ajoute le fait déjà démontré que la distinction des biens publics et privés suppose la distinction des personnes publiques et privées, l'autonomie des personnes publiques propriétaires n'est peut-être pas à négliger (b).

a) La remise en cause de la propriété des personnes publiques par la critique des règles constitutives de son régime

- 33 Philippe Yolka a démontré dans sa thèse que, contrairement à la conception d'Hauriou, les personnes publiques ont une même propriété sur les deux domaines et que cette propriété est publique. Pour lui, « la propriété est publique, qu'il s'agisse du domaine public ou du domaine privé, parce que le propriétaire est une personne publique, génétiquement porteuse de l'intérêt général »⁹⁸. Cette propriété publique fondée sur la personnalité publique se caractérise par un régime composé de règles qui ont été identifiées « par restrictions successives ».

95. Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, n° 31, p. 22.

96. *Ibid.*, n° 32, p. 23.

97. *Contra*, Philippe Yolka : « si la supériorité de la propriété privée paraît avérée au plan de l'efficacité économique, il ne faut pas juger l'utilité de la propriété publique à l'aune exclusive des valeurs marchandes », *op. cit.*, p. 491.

98. Philippe Yolka, in *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2013, n° 27, p. 13.

Cette méthode est très précisément développée : « la définition de la notion de propriété publique entraîne celle de son régime, qui doit être clairement distingué de la domanialité publique. Elle suppose que soient combinés un élément de généralité et un élément de spécificité : les principes de la propriété publique doivent s'appliquer à tous les biens publics ; mais ils ne doivent pas être confondus avec les règles attachées à la personnalité publique qui emportent simplement certaines conséquences en matière patrimoniale, tout en influant sur l'ensemble de l'activité des collectivités publiques. Du jeu de ces exigences découlent des conséquences restrictives : la détermination du régime de la propriété publique passe par la recherche de dénominateurs communs, n'importe les personnes publiques ou les biens en cause »⁹⁹.

La remise en cause d'une catégorie juridique peut venir de la critique de son fondement ou porter indirectement sur son régime qui, n'ayant pas de contenu véritablement assuré, ne confère que peu d'intérêt et de légitimité à la catégorie. Or, si on définit la propriété publique par son régime et que « ce régime n'a qu'un contenu résiduel », elle n'a plus, elle aussi, qu'une consistance résiduelle. Un régime résiduel ne peut fonder qu'une notion relative et contingente. Hervé Moysan a pu ainsi considérer que « ce raisonnement conduit à renoncer à fonder une véritable propriété publique »¹⁰⁰. Si la critique peut paraître sévère, force est de constater que le raisonnement autorise à vouloir relativiser le régime pour contester la notion.

- 34 Yves Gaudemet considère en effet que l'incessibilité à vil prix ne relève que de « l'application à la matière de la prohibition plus générale des libéralités qui est traditionnelle en droit public ». Quant à l'insaisissabilité, elle est un principe qui paraît « condamné dans sa généralité, la seule limite devant être ici dans l'interdiction des voies d'exécution susceptibles d'affecter la continuité d'un service public ou l'exercice d'une liberté publique »¹⁰¹. Autrement dit, il faut fonctionnaliser les caractères considérés comme organiques. Ce n'est que la généralité et la spécificité de ces deux principes qui autorisent de les faire découler du statut de personne publique et valider ainsi l'idée d'une propriété publique organique. Mais, dans la conception de cet auteur, ces dérogations n'ont aucun caractère fondamental. Elles n'altèrent pas la *nature juridique* du droit de propriété parce qu'elles ne correspondent pas à un statut spécifique qui serait celui des personnes publiques. L'élément organique perd tout caractère fondamental. Il n'est que le fruit d'une induction simple : certaines règles s'appliquant dès lors qu'une personne publique est propriétaire, on peut parler de critère organique pour leur application. Certes, ces caractéristiques « sont liées à la qualité du propriétaire, personne morale de droit public relevant à ce titre d'une protection et bénéficiant de prérogatives spécifiques »¹⁰² mais elles n'ont aucune portée théorique, elles ne révèlent aucune spécificité fondamentale des personnes publiques dont ces règles seraient la manifestation.

99. Philippe Yoika, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 575.

100. Hervé Moysan, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, 2001, p. 187.

101. Yves Gaudemet, article préc.

102. Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, *Droit administratif des biens*, op. cit., n° 34, p. 24.

En somme, la généralité et la spécificité ne sont que coïncidence et il n'est pas nécessaire d'y voir plus que cela. Elles ne manifestent pas forcément une qualité autonome de personne publique propriétaire. Cependant, le droit de propriété public des personnes publiques peut être considéré comme une expression fondamentale et nécessaire de la personnalité publique. La remise en cause de la propriété des personnes publiques aurait une portée qui mérite d'être prise en considération.

b) La portée de la remise en cause et l'intérêt fondamental du droit de propriété public des personnes publiques propriétaires

35 Ce qui importe pour maintenir la distinction de la propriété publique et de la propriété privée, c'est moins un droit de propriété organiquement public qu'un simple rattachement organique. Celui-ci peut très bien se contenter d'une propriété de droit privé si l'on en juge par l'observation des droits anglais et allemand. Cependant, c'est parce qu'il repose sur l'idée centrale d'un droit commun général que le droit anglais n'a fait apparaître la distinction public/privé qu'à titre secondaire. Le droit allemand, quant à lui, ne confère pas une spécificité véritable aux personnes publiques parce qu'il distingue le volet patrimonial du volet « puissance publique ». La propriété des personnes publiques allemandes est donc la même que celle des particuliers, et la distinction des biens n'apparaît qu'ensuite, selon une logique essentiellement fonctionnelle entre les biens du patrimoine financier (*Finanzvermögen*) et les biens publics affectés (*öffentliche Sachen*)¹⁰³. La notion de propriété des personnes publiques semble donc absolument superfétatoire. Et pourtant, même dans ces systèmes juridiques, la qualité du titulaire (Couronne britannique ou personne publique allemande) induit l'application automatique de certaines règles dérogoatoires. Ces États connaissent aussi l'idée d'un rattachement de ces biens publics à l'État parce que l'utilité publique qu'ils servent est toujours, *in fine* une utilité consacrée ou reconnue par l'État. Or, ce rattachement est un postulat, ne recevant aucune explication, aucune démonstration véritable.

Au risque d'être accusé de céder à l'esprit de système, il semble bien qu'il y ait là une lacune de la pensée juridique que le droit français puisse combler. Le droit public français n'est pas un droit d'exception, mais le droit commun de l'action publique¹⁰⁴. La personnalité publique y est unitaire et ne se limite pas aux actes d'autorité. C'est pourquoi le droit public français a rejeté la théorie du *fisc*. Or, cette personnalité publique, dont l'État est l'élément primordial et suffisant, est un point de rattachement de la propriété publique qui est certes évident, mais dont l'autonomie est elle-même sujette à caution.

L'identification d'un véritable droit de propriété public constitue de ce fait une confirmation de la distinction des sujets de droit. Puisque cette personnalité publique permet l'indispensable rattachement organique constaté dans le cadre des régimes fonctionnels, elle suppose cette catégorie autonome de personnes. Or, la même démarche de remise en cause de la notion par son régime est applicable à la personnalité publique elle-même.

103. *Ibid.*, n° 204, p. 149.

104. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 4, p. 3 s.

36 Dès 1979, Jean-Bernard Auby affirmait que « la notion de personne publique n'est pas une notion dont on puisse dire qu'elle appartient en propre au droit administratif »¹⁰⁵, concédant en cela comme pour la propriété qu'il existe une technique juridique fondamentale qui précède la *summa divisio*. Cependant, parce que recourir au vocable de « personne publique » est en soi une démarche valorisée¹⁰⁶, l'auteur conservait à la personnalité publique tout à la fois la qualité de notion du droit administratif et, qui plus est, de « notion-pivot »¹⁰⁷. Si, donc, il percevait la part importante qui revient à la simple « importation » de la personnalité morale en droit administratif, il ne considérait pas que cette origine privatiste doive conduire à l'assimilation. Quelque vingt ans plus tard, Florian Linditch semble franchir ce pas en considérant que, parce qu'elle est une « technique d'individualisation commune au droit privé et au droit public »¹⁰⁸, la personnalité morale est une notion unitaire qui limite dans sa portée la distinction des sujets de droit. Comme pour la propriété, cet auteur ne voit aucune différence de nature¹⁰⁹ à rechercher entre les deux catégories de personnes juridiques : les personnes morales de droit public (et l'usage de ce vocable est aussi témoin d'une démarche valorisée) sont, finalement et simplement, les personnes morales « relevant du droit public » parce qu'à partir d'une même personnalité morale, elles se voient simplement attribuer par des textes des privilèges spécifiques. Recherchant, parmi les privilèges administratifs ceux qui « paraissent dans l'état du droit actuel, devoir être réservés aux seules collectivités publiques et à leurs établissements publics » car eux « seuls justifient l'existence de la qualité de personne morale de droit public », il conclut qu'ils sont « rares »¹¹⁰. Deux statuts peuvent donc être distingués, mais la portée de la distinction ne doit pas être exagérée¹¹¹. Jacques Petit concluait ainsi, dans le même esprit, que « la spécificité et l'unité de la personnalité publique sont assez limitées »¹¹².

La consécration d'un droit de propriété public qui leur serait attribué à titre exclusif constituerait donc une garantie de l'autonomie de la catégorie des personnes publiques. Cela suppose, selon nous, de donner un sens juridique précis à la notion de personne publique propriétaire.

105. Jean-Bernard Auby, *La notion de personne publique en droit administratif*, thèse, Bordeaux, 1979, p. 6.

106. *Ibid.*, p. 3.

107. *Ibid.*, p. 391.

108. Florian Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 314.

109. Voir p. 207 : « dans sa nature, la personnalité attribuée aux services administratifs ne diffère pas fondamentalement de celle qui est reconnue aux institutions formées par les particuliers ».

110. *Ibid.*, p. 216.

111. C'est dans le prolongement de telles réflexions que peut être inscrite la proposition de Caroline Chamard d'exclure l'incessibilité à vil prix des conséquences de la personnalité publique pour n'en faire qu'une conséquence de la propriété elle-même (quant au volet « vente à vil prix ») et de la personnalité morale (quant au volet libéralité), *op. cit.*, Partie III, Titre II. Cet élément capital faisant l'objet de développements particuliers dans la présente thèse, cf. Partie II, Titre I.

112. *La personnalité publique*, actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'Association pour la recherche en droit administratif, Litec, 2007, p. 256.

37 Les régimes fonctionnels de la propriété publique, leur rattachement organique et la propriété des personnes publiques réalisée par un droit de propriété public, constituent donc les trois éléments distincts mais inséparables du droit positif dont la théorie de la propriété publique doit rendre compte. Or, si le rattachement organique implique la distinction des sujets de droit, cette distinction ne saurait faire l'économie d'un droit de propriété public. En effet, l'autonomie des personnes publiques se traduit, notamment, par la nature publique de leur droit de propriété.

La personnalité publique se définit par sa propriété publique. C'est en dégageant la notion de personne publique propriétaire que l'on pourra à la fois démontrer l'existence de la propriété publique organique et rendre explicable le rattachement organique des régimes fonctionnels sur lequel tout le monde s'accorde. Cette identification du propriétaire public doit se faire en adoptant un point de vue subjectiviste. Or, celui-ci dérive nécessairement d'un fondement en droit objectif. Nous pensons que la compétence est la notion permettant de constituer ce fondement objectif de la qualité de propriétaire public, point de départ de la propriété publique et du droit subjectif public de propriété.

§ 3. LA SYNTHÈSE À PARTIR DE LA COMPÉTENCE : FONDEMENT DE LA QUALITÉ DE PERSONNE PUBLIQUE PROPRIÉTAIRE ET DE SES PROLONGEMENTS FONCTIONNELS

38 L'identification des personnes publiques propriétaires constitue alors une approche inédite de la distinction du droit public et du droit privé. En dissociant radicalement l'autonomie et l'exorbitance d'une notion¹¹³, la théorie des ordres juridiques partiels que nous voudrions adopter permet d'inscrire le droit administratif au sein d'un droit public défini non plus par le contenu de ses règles, à l'exorbitance relative, mais par son objet, à l'autonomie absolue : fonder et régir l'action publique (A). Or, distinguer deux ordres juridiques partiels suppose d'opposer deux ensembles de personnes juridiques dont la propriété et le droit de propriété sont l'attribut exclusif permettant de les distinguer. Cela nous enjoint à adopter un point de vue combinant le droit objectif et le droit subjectif, le premier étant le fondement du second dont il dérive. C'est ainsi qu'est rendue possible une analyse centrée sur *les sujets de la propriété publique*, les personnes publiques propriétaires (B). La compétence, étant définie comme l'habilitation du droit public sur le fondement de laquelle une personne juridique est publique et titulaire d'un droit de propriété public, fonde à la fois le statut personnel des personnes publiques propriétaires en leur attribuant le droit de propriété public et le rattachement organique aux personnes publiques des prolongements fonctionnels de l'accomplissement de leurs missions (C).

113. Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 952, p. 821, mettant en garde contre la « confusion entre l'autonomie d'un droit et la question toute différente de son degré d'originalité ».

A. La théorie des ordres juridiques partiels et la définition du droit public comme le droit de l'action publique

39 Dressant un état des lieux des débats passés et présents, Gabriel Eckert propose un dépassement de l'opposition entre droit civil et droit administratif « *au travers de la reconnaissance d'un véritable droit de l'Administration* »¹¹⁴. Nous pensons qu'il est possible de considérer que la séparation de l'État et de la Société se traduit juridiquement par une partition de l'ordre juridique étatique global en deux ordres juridiques partiels, l'ordre du droit public, des activités publiques, et l'ordre du droit privé, des activités privées.

L'ordre juridique étatique se compose de deux ordres partiels que sont le droit public et le droit privé, chacun étant amené en fonction des sources qui sont les siennes et qui sont éventuellement communes, à utiliser, appliquer ou opposer des normes qui relèvent de l'autre des deux ordres. C'est ainsi que chaque ordre peut connaître des normes communes, faisant l'objet d'une interprétation spécifique ou non, et des normes qui lui sont propres, là encore plus ou moins originales. C'est en cela que l'exorbitance du droit public est sans effet sur son autonomie par rapport au droit privé.

40 C'est la raison pour laquelle nous considérons avec Benoît Plessix qu'« *il fut sans doute excessif de la part de la doctrine publiciste de voir dans le problème de l'application du droit privé aux services publics une illustration de la privatisation des rapports juridiques soumis au droit public* »¹¹⁵. Il y a « un dualisme tempéré », certes, mais ce dualisme demeure, malgré tout tempérament. Il ne faut « *pas que les perspectives soient faussées, c'est-à-dire que soit perdue de vue l'importance de ce par quoi se traduisent l'originalité et l'autonomie respectives des deux droits existants* » ; « *le principe autonomiste fondamental de l'arrêt Blanco continue de dominer l'état du droit* »¹¹⁶. L'ampleur des doutes que suscitent dans la doctrine les phénomènes de rapprochement entre solutions de la sphère privée et solutions de la sphère publique tient sans doute au fait que cette autonomie, et l'on sait encore ce qu'il y a de mythe fondateur dans l'évocation de l'arrêt *Blanco*¹¹⁷, fut conquise *contre* un droit civil qui se pensait comme le droit commun opposé au droit administratif conçu comme un droit d'exception.

La logique autonomiste a donc voulu construire un droit administratif spécial, droit commun de l'action administrative, touchant à tous les domaines et toujours de façon spécifique. L'erreur était sans doute dans la « *confusion entre l'autonomie d'un droit et la question toute différente, de son degré d'originalité* »¹¹⁸. Certes, « *historiquement, le droit public, en général, le droit administratif, en*

114. Gabriel Eckert, « Droit administratif et droit civil », in *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 610.

115. Benoît Plessix, op. cit., n° 12, p. 26.

116. René Chapus, « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *RFDA* 1990, 57 et 58.

117. Le « pseudo-arrêt *Blanco* » selon Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, tome 1, p. 134.

118. Benoît Plessix, op. cit., n° 951, p. 821.

particulier, sont nés d'un effort de différenciation et de singularisation par rapport au droit privé »¹¹⁹. Cette attitude de combat avait son sens lorsqu'il s'est agi de construire le droit administratif et d'en affirmer l'autonomie, c'est-à-dire lorsque, « au début du XIX^e siècle, la crédibilité du droit administratif a paru ne pouvoir être atteinte qu'au prix d'une indépendance absolue vis-à-vis du droit civil »¹²⁰. Elle se justifiait d'autant plus que l'attitude des juridictions judiciaires et de la doctrine était tout entière tournée vers le confinement du droit administratif d'exception et l'emprise la plus large possible du droit civil, droit commun¹²¹. Elle ne se justifie plus dès lors que l'on admet que la distinction des deux droits, public et privé, ne se confond pas avec l'opposition entre droit administratif et droit civil. En distinguant application et utilisation du droit civil, l'on parvient à démontrer que la première ne concerne que des situations très spécifiques et que la seconde « peut être présentée comme l'expression d'un renforcement de l'autonomie du droit administratif »¹²². Pour l'essentiel, le droit public fait siennes les normes issues de sources formellement qualifiées de privées. C'est là le cœur de la théorie des ordres juridiques partiels à laquelle nous souscrivons.

41. Si l'on convient bien avec Gabriel Eckert qu'il faut considérer la distinction proprement normative comme secondaire, il existe des normes qui vont intervenir dans les deux sphères sans avoir pour effet de remettre en question la distinction des deux droits. C'est la raison pour laquelle il existe des éléments de droit public dans la sphère civile et des éléments de droit privé dans la sphère publique. Ce qui s'explique, comme l'écrivait Jean-Bernard Auby, par « l'effet de normes qui, tout simplement, ignorent la distinction »¹²³. On dira donc que les deux ordres juridiques partiels ont en commun un certain nombre de sources dans le droit objectif global, mais dont l'application va devoir s'adapter autant que nécessaire aux exigences propres à chaque ordre. Le régime juridique de l'administration connaît bien une certaine complexité du fait de l'importance jusqu'alors trop négligée du droit privé, mais le fait est que « tout se passe comme si le contact avec les personnes publiques et les activités publiques conduisait à une transformation du droit privé » et « à faire du droit privé administratif un droit spécial »¹²⁴.

119. Gabriel Eckert, « Droit administratif et droit civil », in (coll.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, t. 1, p. 603.

120. Benoît Plessix, *op. cit.*, n° 871, p. 753.

121. Voir notamment, Gérard Quiot, *Aux origines du couple gestion publique – gestion privée. Recherche sur la formation de la théorie de la gestion privée des services publics*, thèse, Nice, 1992, spéc. p. 235 : « La distinction de l'État "agissant comme Administrateur" et de l'État "agissant comme propriétaire" n'est pas le produit des efforts et réflexions théoriques de la doctrine et de la jurisprudence des premières décennies du XIX^e siècle. C'est, en effet, une création du législateur révolutionnaire. Quant à sa cause intellectuelle, elle réside, aussi paradoxale que cela puisse paraître, dans la consécration d'une conception du rôle de l'État qui exclut des activités imparties à celui-ci l'exercice de la fonction de propriétaire ».

122. Benoît Plessix, *op. cit.*, n° 775, p. 690.

123. Jean-Bernard Auby, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Mélanges Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 5.

124. Gabriel Eckert, « Droit administratif et droit civil », *préc.*, p. 611.

La raison de ce phénomène est que la distinction en deux ordres correspond d'abord à « deux systèmes axiologiques opposés », la sphère publique dominée par l'intérêt général et la sphère privée dominée par les intérêts particuliers ¹²⁵. Avec Didier Truchet, on considérera que le droit administratif a pour base fondamentale l'exigence démocratique combinée avec deux postulats : « l'intérêt général existe » et « l'administration est mieux armée que les personnes privées pour l'identifier et le satisfaire ». De là, « le droit administratif [...] est programmé, façonné pour répondre à l'intérêt général » ¹²⁶, et c'est pourquoi la réponse à la question de sa nécessité s'impose comme positive : « oui, nous avons besoin du droit administratif ; il est en effet le seul corps de règles qui puisse faire prévaloir démocratiquement l'intérêt général en mettant la puissance publique au service de la sécurité et de la solidarité » ¹²⁷.

Pour autant, l'ordre juridique partiel qu'est le droit public « ne peut être une simple collection de dérogations au droit civil » ¹²⁸. En cela, la définition du droit administratif donnée par Jean Rivero comme le droit des dérogations en plus ou en moins édictées en vue de l'utilité publique ¹²⁹ conserve évidemment sa pertinence ¹³⁰, mais elle ne rend compte que de la partie dérogatoire, originale du droit public, le droit administratif. À celui-ci il faut ajouter tant le droit formellement commun recevant une application identique ou déformée, que le droit spécifique résultant de l'utilisation-réappropriation de normes pourtant à l'origine identiques.

C'est ainsi que nous comprendrons la position défendue par Gabriel Eckert selon laquelle la distinction entre le droit civil et le droit administratif est « extérieure au droit de l'administration » ¹³¹. Elle fonde l'existence même d'un droit de l'administration opposé au droit de la société civile, elle constitue le droit public, dont le droit administratif, en ordre juridique autonome afin de garantir l'autonomie de l'individu et de la sphère privée. La théorie des ordres juridiques partiels correspond à cette conformité de l'ordre juridique au principe libéral de distinction entre l'État et la Société, entre le public et le privé. Elle

125. Caroline Chamard, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

126. Didier Truchet, « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1048-1049.

127. Préc., p. 1052 ; dans le même sens, Jean Brethe de la Gressaye, in *Mélanges Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 305 : « le principe de la distinction entre Droit administratif et Droit privé doit être recherché, semble-t-il, dans leur objet et dans leur but [...] ; l'objet du Droit administratif est l'activité de l'Administration [...] ; le but du Droit administratif est d'assurer la suprématie de l'intérêt public ».

128. Gabriel Eckert, « Droit administratif et droit civil », préc., p. 606.

129. Jean Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RD publ.* 1953. 279.

130. Fabrice Melleray, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? À propos de deux articles de Jean Rivero », in *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, dir. Ferdinand Mélin-Soucramanien et Fabrice Melleray, Dalloz, 2012, p. 65 : « si les frontières du droit administratif peuvent bouger, si les prérogatives peuvent être remises en cause (généralement au nom de la défense des administrés) tout comme d'ailleurs les sujétions (au nom plutôt de l'efficacité de l'action administrative), il n'en demeure pas moins que le droit administratif, entendu comme l'ensemble des règles spéciales applicables aux administrations publiques est, aujourd'hui comme hier, la somme de prérogatives et de sujétions inconnues du régime juridique ordinairement applicables aux personnes privées ».

131. Gabriel Eckert, préc., p. 642.

ne peut que s'étendre, selon nous, au concept primordial de l'ordre juridique envisagé subjectivement, le sujet de droit.

B. Distinction des propriétés, distinction des personnes et *summa divisio*

- 42 Si le subjectif et l'objectif ne sont que deux points de vue pour décrire un seul et même droit, le droit positif, alors la distinction du droit public et du droit privé au plan du droit objectif doit avoir son pendant au plan subjectif. C'est pourquoi la propriété et la personnalité publiques entretiennent des rapports étroits au point que l'autonomie de l'une est la condition de l'autonomie de l'autre (1). La nécessité d'une analyse subjectiviste, si elle s'impose donc, suppose cependant de vaincre les préjugés objectivistes et il s'agira d'exposer brièvement¹³² les présupposés d'une telle approche en droit public français (2).

1) Les personnes publiques propriétaires ou la distinction des sujets de droit

- 43 Le lien unissant personnalité et propriété publiques se manifeste à l'occasion de toutes les réflexions sur la spécificité de chacune des deux notions. Autrement dit, qui recherche la personnalité publique y trouve la propriété publique et *vice versa*. Si les auteurs se séparent sur l'autonomie de la propriété publique, tous s'accordent sur l'idée que les spécificités cardinales de la notion ont une origine organique et que même l'idée de biens « publics » appropriés par des personnes privées implique la présence d'une personne publique. C'est donc bien la personnalité publique qui est au cœur de la propriété publique. Or, les éléments de spécificité de la personnalité publique ne sont pas sans lien avec la propriété. Lors du colloque sur la personnalité publique organisé par l'Association française pour la recherche en droit administratif en 2007, Roland Drago ouvrait la première partie en disant que « la tenue d'un colloque sur la personnalité publique était indispensable en raison de la publication par l'ordonnance du 21 avril 2006 du Code général de la propriété des personnes publiques »¹³³. Jacques Petit synthétisait ainsi cette intime proximité : « les prérogatives ou sujétions de puissance publique véritablement propres aux personnes publiques sont autant d'éléments du régime de leur patrimoine, ce qui manifeste un certain renversement de perspective par rapport à l'opposition classique droits patrimoniaux/droits de puissance publique : c'est du côté du patrimoine, si l'on peut dire, qu'apparaît le plus nettement aujourd'hui la spécificité des personnes publiques »¹³⁴.

Personnalité publique et propriété publique semblent indissociables. Leur destin est à ce point lié que la relativisation de la spécificité de l'une et l'autre sont

132. La justification de l'utilisation d'une approche combinant objectivisme et subjectivisme fait l'objet des développements du premier chapitre de la première partie de cette thèse.

133. *La personnalité publique*, actes du colloque de l'AFDA, *op. cit.*, p. 13.

134. *Idem*, p. 256.

concomitantes et que chacune fait l'objet de logiques d'assimilation à la notion homologue d'un droit privé conçu comme le droit commun.

- 44 Or, la distinction des sujets de droit est une condition de la *summa divisio* entre les droits public et privé. Jean-Bernard Auby a montré tout l'intérêt que présente « le fait de décrire l'administration comme un ensemble spécifique de sujets de droit »¹³⁵. Évoquant l'idée de supports privés et publics de l'action administrative, seuls ces derniers apparaissent au sein de cet ensemble comme les sujets de droit *spécifiques*. La personne publique, c'est donc bien ce sujet immédiat de l'Administration, le sujet *du* droit public. L'auteur se ralliait ainsi à « l'idée selon laquelle la distinction du droit public et du droit privé ne peut être correctement fondée que dès l'instant où elle peut s'appuyer sur une distinction des sujets de droit »¹³⁶. Distinguer deux catégories de sujets de droit induit cependant d'aller au-delà de la définition réduite à l'épuration du sujet de droit, bientôt confondu avec la personnalité juridique¹³⁷.

Si la *summa divisio iuris* dépend de la distinction des sujets de droit, alors la personnalité publique correspond à la catégorie des sujets du droit public. En cela, elle s'oppose moins à la personne morale de droit privé qu'à la personne privée, physique ou morale. Notre thèse consiste à vérifier l'hypothèse que c'est en raison de l'attribution d'une propriété publique, concrétisée par un droit de propriété public, que les sujets du droit public pourraient se distinguer de ceux du droit privé.

- 45 Une approche subjectiviste du droit public se justifie par ce fait que les personnes publiques sont autonomes et que cette autonomie se traduit par une spécificité de leurs droits subjectifs. Nous rejoignons en cela Philippe Yolka pour considérer que « les droits subjectifs des personnes publiques, asservis à l'intérêt général et enserrés dans un entrelacs de compétences fixées par les règles du droit objectif, ne sauraient être appréhendés dans les mêmes termes que ceux des personnes privées »¹³⁸. En considérant la propriété comme le droit subjectif par excellence, il nous semble que la vérification de l'existence d'un droit de propriété public serait de nature à confirmer la proposition de Jean-Bernard Auby d'après laquelle « il existe véritablement un statut personnel public qui se distingue du statut

135. Jean-Bernard Auby, *La notion de personne publique en droit administratif*, op. cit., p. 372.

136. *Ibid.*, p. 382. Il s'inscrivait explicitement dans le sillage d'auteurs comme Raymond Carré de Malberg pour qui « la distinction du droit public et du droit privé se rattache directement à la dualité des sujets juridiques », Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, p. 50 ; et Charles Eisenmann pour qui « la distinction des sujets de droit constitue le seul fondement sur lequel on puisse logiquement asseoir la distinction du droit public et du droit privé », Charles Eisenmann, « Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français) », *RD publ.* 1952. 903.

137. Nous avons privilégié d'englober sous ces deux concepts aptitude à être titulaire de droit et titularité effective de droits identifiés. Il est possible de limiter la personnalité à la première et le sujet de droit à la seconde, voir en ce sens, Xavier Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, spéc. n° 583, p. 312.s.

138. Philippe Yolka, « Pour une théorie des droits subjectifs des personnes publiques », *AJDA* 2013. 313.

privé, probablement fondé sur le contenu sociologique de la personnalité publique »¹³⁹. L'analyse subjectiviste permet de vérifier l'existence en droit positif de ce statut et, partant, l'autonomie de la propriété et de la personnalité publiques. En creux, cette analyse permet de déterminer la part qui revient à cette propriété publique fonctionnelle.

Il convient donc d'exposer brièvement ce qu'une telle approche signifie en tant que méthode d'analyse du droit positif.

2) Les présupposés d'une analyse subjectiviste du droit public

- 46 Tout le monde s'accorde sur le fait que les collectivités publiques sont des personnes juridiques, à ce titre titulaires de droits et sujets d'obligations ; qu'elles répondent donc de ces dernières sur leurs biens, quand bien même ce ne serait que sous la forme de compensation pécuniaire¹⁴⁰. Pourtant, le droit administratif continue de reposer sur des « concepts objectivés, ceux de compétence, de statuts, d'institutions, de situations juridiques générales et impersonnelles »¹⁴¹. Selon, Norbert Foulquier, « le droit administratif français repose donc sur un paradoxe. La doctrine et le juge ont élaboré tous les concepts et les régimes nécessaires à une approche subjectiviste des rapports administratifs... Mais le poids de la tradition d'une conception juridique objectiviste a empêché leur explication, condition d'une véritable cohérence du système administratif »¹⁴².

Pour Michel Fromont, cette évolution semblerait d'ailleurs non seulement souhaitable mais inexorable : « on assiste à un processus caché de subjectivisation du droit administratif français » au terme duquel « l'État deviendra véritablement une personne juridique exerçant son pouvoir d'action unilatérale à l'égard des personnes privées comme un droit subjectif »¹⁴³. Il faut donc considérer cette évolution comme l'émergence d'une simple technique de description du droit positif. Ainsi que l'écrivait Jean-Bernard Auby, « si, par "subjectivisme", on entend l'attribut d'une vision du droit qui met l'accent sur les sujets de droit, la notion de personne publique relève bien du subjectivisme, et une analyse de la notion de personne publique en droit administratif est bien une analyse qui examine le droit administratif sous l'angle du subjectivisme »¹⁴⁴. Il s'agit donc de

139. *Op. cit.*, p. 72.

140. Ce qui correspond à l'idée d'un « droit de gage restreint » sur les seuls deniers publics du fait de l'insaisissabilité générale qui frappe les biens des personnes publiques, immunisées contre les voies d'exécutions judiciaires, Caroline Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, n° 711 s. Cela suppose d'assimiler la contrainte que constitue l'injonction sous astreinte ne constitue à une véritable mesure d'exécution forcée.

141. Franck Moderne, Préface à la thèse de Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003, p. XI.

142. Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècles*, Dalloz, 2003, n° 106, p. 96.

143. Michel Fromont, « Rapport introductif », in *La personnalité publique*, *op. cit.*, p. 9.

144. Jean-Bernard Auby, *La notion de personne publique en droit administratif*, thèse, Bordeaux I, 1979, p. 4.

s'affranchir du dogme d'un objectivisme largement artificiel¹⁴⁵ afin de pouvoir procéder à cet examen sous l'angle subjectiviste, à partir des sujets de droit.

Les concepts subjectivistes composent simplement un langage, une grammaire¹⁴⁶, deux précieux auxiliaires de la pensée, sans préjuger en rien de l'esprit et l'autonomie du droit public. C'est à partir de ces concepts que seront construits nos développements consacrés à la justification de cette analyse subjectiviste du droit public. Ils feront apparaître qu'une analyse subjectiviste est un simple outil et n'a donc pas la portée qu'on a tendance à lui prêter. Elle signifie simplement que les règles de droit sont inertes si elles ne sont qu'exposées à l'état statique sous la forme du droit objectif. Le subjectivisme est l'actualisation de ce droit virtuel. Il lui donne vie en procédant à sa mise en application à partir des sujets pour lesquels il est institué.

La notion de compétence telle que nous voulons la définir est destinée à contenir les règles de la propriété publique à l'état virtuel de droit objectif public. La compétence sera donc ce droit objectif public qui fonde et régit l'existence et l'activité de chacune des personnes publiques, notamment lorsqu'elle agit en qualité de propriétaire.

C. La compétence : le droit public objectif avant sa concrétisation subjective à partir des personnes publiques propriétaires

- 47 À la suite de l'adoption de la théorie des ordres juridiques partiels, nous voulons utiliser la compétence comme la notion essentielle du droit objectif public, par opposition au droit objectif privé qui aura pour notion essentielle celle de capacité. Notion fondamentale du droit public, la compétence a choqué, comme souvent, sur des difficultés de définition. Afin d'écartier les définitions généralement avancées qui conduisent à rendre la notion insaisissable, nous rejoindrons dans un premier temps Guillaume Tusseau et Philippe Azouaou pour considérer que la compétence correspond au concept de "norme d'habilitation" (1). Cependant, la compétence ne doit pas s'identifier à ce concept qui recouvre des réalités juridiques de droit privé et de droit public. La compétence doit être réservée au droit public dont elle assure la structure en tant que droit public objectif. C'est pourquoi nous proposons une définition renouvelée de la compétence : *l'universalité des règles fondant et régissant l'activité juridique d'un office public* (2).

1) La synthèse des définitions concurrentes de la compétence par le concept formel de norme d'habilitation

- 48 Philippe Azouaou, après avoir passé en revue toutes les acceptions utilisées du vocable de compétence, conclut dans sa thèse que « *la notion de compétence est*

145. Cf. *infra*, n° 90.

146. Dans le même sens, Aurélien Camus, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, thèse, Paris X, 2013, n° 15, p. 15.

floue »¹⁴⁷. Il démontre comment, en doctrine, la compétence a été « mise en rapport avec de nombreuses autres notions, parmi lesquelles les notions de capacité, aptitude, attribution, et, toujours, celle de pouvoir »¹⁴⁸. Cet auteur en déduit alors que « l'absence de définition unique et précise de la compétence rend cette notion inexploitable pour la construction d'un principe d'indisponibilité »¹⁴⁹ qui constitue le cœur de son étude. D'après lui, un concept unificateur s'impose et il adopte alors celui de norme d'habilitation auquel Guillaume Tusseau a consacré sa thèse de doctorat. Ce dernier propose quatre éléments composant la structure d'une norme d'habilitation : un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation déterminé par le principe *lex superior*¹⁵⁰.

La norme d'habilitation dégagée comme concept formel par Guillaume Tusseau fait la synthèse de toutes les définitions concurrentes de la compétence qui ont pu être proposées. Toutes sont justes parce que toutes se rapportent à un élément de la norme d'habilitation. Toutes sont erronées en ce qu'elles ont voulu réduire cette norme à un seul de ses éléments ou à une combinaison seulement partielle¹⁵¹.

49 Forme neutre, outil de science juridique, le concept de norme d'habilitation ne doit cependant pas conduire à dissoudre les distinctions, mais au contraire permettre de les faire apparaître avec toute la force que permet un outil de cette importance. C'est pourquoi on s'écartera de la position de l'auteur pour qui le concept de norme d'habilitation doit conduire à « la relativisation de contrastes opposant droit privé et droit public »¹⁵². En effet, si l'analyse formelle doit permettre de dire quels contrastes sont de simples divergences ponctuelles et contingentes et lesquels constituent, à l'inverse, des lignes de fracture, elle n'autorise pas à conclure au rejet de la *summa divisio* qui est une tout autre question.

La compétence doit être réservée au droit public et s'opposer à la capacité elle-même propre au droit privé. La compétence est la norme d'habilitation fondamentale du droit public car le droit public fonde et régit les activités qui, assumées par les personnes publiques, constituent l'action publique. Le droit public fonde et régit l'exercice des compétences. Le droit privé, lui, régit les activités qui ne sont pas *a priori* assumées par les personnes publiques. Il fonde et régit l'exercice de leur capacité par les personnes privées.

147. Philippe Azouaou, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, thèse, Paris X, 2012, n° 490, p. 450.

148. *Ibid.*, n° 497, p. 459.

149. *Ibid.*, n° 540, p. 484.

150. Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, n° 593, p. 306.

151. Voir par exemple, Robert Hertzog, considérant que seuls les organes des personnes publiques ont des compétences et que les personnes publiques n'ont que des missions. « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 235 s. Il conviendrait plutôt de distinguer le titre de l'activité, la compétence et les droits subjectifs de la personne juridique, et l'exercice de cette activité par ceux qui ont un pouvoir d'édicter les actes juridiques, notamment les organes des personnes morales.

152. *Op. cit.*, n° 726, p. 384.

2) La compétence comme universalité des règles fondant et régissant un office public

50 La compétence doit être réservée au droit public parce qu'elle se combine avec « la notion de fonction publique (l'office) qui relève d'une théorie de l'institution étatique »¹⁵³. Lier le concept d'office public à la notion de compétence conserve sa cohérence à l'Administration entendue comme ensemble de « pouvoirs publics », lesquels « sont les diverses modalités du pouvoir que l'entreprise de l'État emploie pour réaliser ses fonctions »¹⁵⁴. C'est-à-dire que malgré la multiplication des formes, des acteurs et des supports de l'action publique, celle-ci dépend toujours en dernier ressort de « l'État qui dénie à tout groupement humain le droit à une sorte d'auto-gouvernement et qui revendique avoir le monopole d'interpréter le bien public »¹⁵⁵. Situé dans le prolongement de celui de la création du droit objectif, ce monopole permet de suivre encore Olivier Beaud lorsqu'il affirme que « dans le domaine du droit public interne, l'État peut représenter l'unité de cet ordre juridique homogène chargé de répartir les compétences »¹⁵⁶. Il faut donc considérer la compétence comme la norme d'habilitation à agir, édictée dans le cadre de cette interprétation du bien public et destinée à établir une structure qui participe du système administratif.

Située dans la perspective volontariste d'une action publique réalisée par l'Administration sous toutes ses formes, la compétence apparaît non seulement comme fondamentale mais aussi comme fondamentalement publique.

51 La compétence structure le droit public malgré la diversité de ses sources et en affirme ainsi l'autonomie par rapport au droit privé. La distinction de l'État et de la Société se traduit grâce à la compétence par une scission au sein du droit objectif produit (ou consenti) par l'État. Le droit public apparaît ainsi comme une partie du droit objectif, cette partie qui est destinée à organiser la réalisation effective de la volonté politique des gouvernants grâce à l'action administrative. En tant que norme d'habilitation, la compétence va permettre d'assurer sa cohérence organique en instituant chaque office public, en même temps qu'une personne qui en assumera la charge et, en dernier ressort, l'État. Les compétences fondamentales sont donc d'abord celles de l'État, lui permettant de faire le droit, et donc d'introduire un contenu à chacun des ordres partiels. C'est l'activité de l'État qui va ensuite admettre d'autres personnes publiques que lui-même et associer éventuellement des personnes privées à l'action administrative.

153. Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 168.

154. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1923, p. 308.

155. Olivier Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif*, dir. P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, Dalloz, 2011, p. 251. Dans le même sens, Jacques Caillosse, préface à l'ouvrage de Patrice Duran, *Penser l'action publique*, LGDJ, 2010, p. 10-11 : « Certes, [l'action publique] se construit à travers des pratiques collectives où interviennent des acteurs publics et privés toujours plus nombreux et diversifiés, mais la puissance publique n'en perd pas pour autant la singularité qu'elle retire de la manœuvre du droit. Elle continue ainsi de fixer les orientations de l'action et de fabriquer les normes à travers lesquelles, en tout état de cause, celle-ci continue de cheminer ».

156. Olivier Beaud, « Souveraineté et compétence », préc., p. 19.

En tant qu'universalité des règles fondant et régissant un office public, la compétence va instituer les personnes publiques à partir desquelles se développe l'action publique et, notamment, par l'habilitation unilatérale ou contractuelle d'une personne privée à assurer une activité qu'assume la personne publique qui a édicté cette habilitation secondaire sur le fondement de sa compétence. La compétence est donc l'habilitation spécifique au droit public, celle à partir de laquelle apparaissent les acteurs primordiaux de l'action publique, les personnes publiques, tout en permettant à celle-ci de se développer grâce à l'intervention de personnes privées. Nous définissons donc la compétence comme *l'universalité des règles fondant et régissant l'activité juridique d'un office public*. Un tel office commence avec une personne publique qui assume les activités qui s'y rattachent. La compétence fonde et régit en premier lieu l'existence et l'activité juridique des personnes publiques. C'est pourquoi la compétence fonde la qualité de propriétaire, cette qualité étant l'attribut de toute personne juridique. Elle fonde la spécificité de cette qualité parce qu'une personne publique qui agit en tant que propriétaire exerce toujours sa compétence. Nous verrons que parce qu'assumer une activité suppose de réunir un minimum de biens à cette fin, c'est dans le prolongement des personnes publiques propriétaires que se développent les activités de l'action publique, même lorsqu'elles sont assurées partiellement par des personnes privées.

Un office public est donc constitué de l'ensemble des activités qui sont mises en œuvre pour accomplir la mission ainsi dévolue. Nous proposerons de recourir à la notion de fonds administratif pour décrire ces activités des personnes publiques et des personnes privées au moyen de la propriété. La compétence est la notion fondamentale du droit public au point de vue objectif. Les personnes publiques propriétaires sont le point de départ de sa concrétisation au point de vue subjectif. Ces deux propositions vont constituer notre problématique et justifier le plan de l'étude.

§ 4. *PROBLÉMATIQUE ET PLAN DE LA RECHERCHE*

- 52 Le rattachement organique est un principe systématique du droit public. Cela confirme l'idée de Jean-Bernard Auby d'une « *absence de réelle autonomie – par rapport à la notion de personne publique – des définitions (des) catégories "fonctionnelles"* »¹⁵⁷. Destiné à conférer à l'action administrative sa cohérence organique, ce principe permet de placer l'Administration dans le prolongement de l'État en vertu de son monopole de répartition des compétences. Elle permet ensuite de maintenir cette cohérence en faisant de l'État et des personnes publiques les sujets primaires de l'Administration, ceux à partir desquels l'action administrative se déploie.

Le rattachement organique se distingue de la propriété des personnes publiques parce qu'il ne s'intéresse pas à la personnalité publique comme le statut correspond au régime applicable à la catégorie des personnes publiques, mais en tant que la personnalité publique est le point de rattachement de tous les éléments du droit public.

157. Jean-Bernard Auby, thèse préc., p. 386.

La personnalité publique, qui est par conséquent le premier effet de la compétence au plan subjectif du droit public, joue ce rôle d'assurer la cohérence organique de l'Administration dans le prolongement de l'État. Or, l'autonomie de la personnalité publique est incertaine alors même qu'elle est nécessaire pour constituer ces points de rattachement à l'Administration. C'est pourquoi le statut particulier des personnes publiques conserve une importance essentielle.

La propriété des personnes publiques est une manifestation de l'autonomie de cette catégorie des personnes juridiques qui joue ce rôle fondamental d'assurer l'unité organique du droit public. La propriété des personnes publiques apparaît alors comme l'attribut spécifique de cette catégorie de sujets de droit particuliers. L'exercice de cette propriété est donc une modalité essentielle à partir de laquelle apparaissent et se développent les activités qui participent de l'action publique. Le développement de l'ordre juridique partiel du droit public se fait donc à partir des personnes publiques qui, en agissant en qualité de propriétaire, exercent leur compétence.

- 53 Parce que la compétence est une norme d'habilitation et qu'elle intervient en tout premier lieu, elle a pour effet l'apparition d'une personne publique au point de vue subjectif de l'ordre juridique public. Elle habilite cette personne à exister en tant que sujet de droit, et donc à être propriétaire car c'est là un attribut consubstantiel de la personnalité juridique. En fondant la qualité de propriétaire des personnes publiques, la compétence assure leur autonomie par rapport aux personnes privées, autonomie qui explique les spécificités irréductibles des personnes publiques propriétaires (Première partie).

Ce statut permet alors le développement de l'action publique. Celle-ci est constituée de l'ensemble des activités assumées par les personnes publiques et assurées directement par elles ou indirectement par des personnes privées qu'elles ont habilitées à cet effet. À partir des modèles que connaît le droit privé avec les différentes catégories de fonds professionnels, fonds de commerce, fonds agricole ou fonds artisanal par exemple, nous construisons la notion de fonds administratif permettant de représenter une activité administrative par les moyens qui y sont affectés et les charges qui en résultent. Les fonds administratifs sont la représentation concrète des compétences des personnes publiques. L'unité de l'action publique résulte du fait que chacune de ces activités est assumée par une personne publique, ou plusieurs, dont l'activité relève de sa compétence. Assumer une activité administrative, c'est être propriétaire du fonds administratif qui la représente et auxquels sont incorporés les biens qui y sont affectés, indépendamment du propriétaire de ces biens qui peut être une personne privée. C'est ce qui nous permettra de démontrer l'unité organique de l'ordre juridique partiel du droit public. Le droit public fonde et régit les activités administratives, et ces activités se développent donc à partir de l'exercice de leur compétence par les personnes publiques propriétaires organisant la gestion de leurs fonds administratifs (Seconde partie).

Première partie

La compétence, fondement de la qualité de propriétaire des personnes publiques

Seconde partie

L'exercice de leur compétence par les personnes publiques propriétaires