

# Confusion des idées et différences de conceptions

---

par R. SCHAFFNER

## INTRODUCTION

Venus d'horizons différents, pratiquant presque tous, ou à peu près, la même profession, nous exerçons cependant dans des fonctions ou des spécialités aussi diverses que nous sommes de personnes présentées à ce colloque.

Parler aujourd'hui du domaine public consiste pour nous, à confronter notre savoir et nos expériences et à dégager une opinion générale sur ce sujet.

A entendre les échos, avis et suggestions qui ont précédé notre rencontre, on croirait que chacun d'entre nous connaît à fond cette matière, mais on constate également que les points de vue diffèrent selon le côté de la barrière où l'on se trouve. D'une part il y a la doctrine, de l'autre les faits. Par ici il y a les défenseurs du domaine public et par là ceux de la propriété privée.

En effet, le domaine public et la propriété privée cohabitent obligatoirement et, évoquer la fixation de leurs limites communes conduit inmanquablement à soulever la question du statut juridique de chacune de ces entités territoriales. Et c'est là que les choses se compliquent, que les difficultés surgissent et que des malentendus se font jour.

La cause principale de toutes les divergences est, que le domaine public a pour représentant la puissance publique, soumise à la juridiction administrative et que la protection de la propriété privée, en principe individuelle, relève des tribunaux judiciaires.

L'inconvénient suivant est, que les règles à respecter de part et d'autre ne soient pas toujours appliquées dans leur esprit par certains responsables qui semblent méconnaître, ou ne pas comprendre, les mécanismes à mettre en œuvre pour harmoniser les procédures et qui, confondant droit et faits, ajoutent à la confusion.

Enfin, il y a ceux qui pensent, ou sont persuadés, qu'en matière de délimitation du domaine public tout est simple et clair dans le meilleur des mondes possibles.

Que l'on me permette de rester sceptique et de prouver ce que j'avance. Je ne demande qu'à être convaincu et si tous, ici présents, nous le sommes à la fin de ce colloque, cela signifiera qu'il est réussi ; ou que, tout au moins, nous aurons réussi à concilier nos opinions et décidé d'appliquer les méthodes qui s'en dégagent ; pour le bien de tous.

\* \* \*

Au moment d'aborder un aussi vaste sujet que celui que nous avons choisi pour thème de ce colloque, il est indispensable de savoir qu'il existe une fâcheuse distinction entre la propriété publique et celle qui est privée, et que dans nos esprits règne une totale confusion dès qu'en particulier il est question de domaine public.

Le droit du premier occupant n'ayant plus sa raison d'être, du moins dans nos pays, on peut considérer que l'espace territorial est partagé entre la propriété privée et le domaine public. Il est donc impensable de traiter de la délimitation de l'un sans tenir compte de l'existence de l'autre.

Aussi, pour beaucoup de propriétaires, le domaine public est un bien inquiétant voisin, car l'avantage de sa présence immédiate au point de vue de son utilisation, constitue une maigre contrepartie de toutes les restrictions à l'exercice du droit de propriété qu'il risque d'imposer de façon progressive et irréversible.

Jusqu'à présent nous avons constaté que les auteurs, les écoles, les administrations et les deux ordres juridiques n'étaient pas encore arrivés à définir clairement ce qu'est le domaine public, chacun ayant son vocabulaire domanial. De plus, par la densification de l'action administrative, dans le cadre du développement économique, les problèmes d'administration sont devenus encore plus complexes et donnent naissance à des controverses doctrinales et jurisprudentielles. Ainsi, les tribunaux administratifs étant compétents pour juger des litiges du domaine public, cette compétence est aussi imprécise que semble l'être la définition du domaine public.

Il est bon de rappeler :

## **A — LES DISTINCTIONS OU DÉNOMINATIONS EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ PUBLIQUE**

**1) Le droit romain** distinguait les "Res publicae" en "Res in usu populi" à l'usage direct du public, et en "Res in patrimonie populi" les propriétés collectives gérées comme un patrimoine privé.

**2) L'ancien droit** (Edit de février 1566) appelait "Le Grand Domaine" les propriétés privées du Roi, déclarées inaliénables. "Le Petit Domaine" toutes les terres, prés, marais, vains et vagues dépendant du Domaine du Roi qui seront donnés à cens et à rente.

**3) Le Code Civil de 1804** dans ses articles 538 à 541 donne l'expression unique "appartiennent à la Nation".

**4) Le Code Civil de 1807** distingue et confond en même temps :

article 538 : sont "**dépendances du domaine public**", les routes, fleuves, toutes les parties du territoire non susceptibles de propriété privée.

article 539 : "**appartiennent au domaine public**", les biens vacants, etc...

article 540 : "**font partie du domaine public**" les dépendances des places de guerre.

article 541 : "**appartiennent à l'État**" les places de guerre non aliénées, ni prescrites.

article 713 : "**appartiennent à l'État**" les biens qui n'ont pas de maîtres...

## **B — LES DÉFINITIONS DU DOMAINE PUBLIC**

**1) Restrictive** : au 19<sup>e</sup> siècle.

Biens affectés à l'usage du public.

**2) Extensive** : au 20<sup>e</sup> siècle.

Biens affectés à l'usage du public et à des services publics. Ce qui fait passer dans le domaine public les écoles, les logements de fonction, le porte-plume du bureau des postes, etc...

**3) Moyenne** : d'après la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation :

Biens affectés à l'usage du public et à des services publics, à condition qu'ils comportent un aménagement spécial.

Exemple : l'Hippodrome d'Auteuil n'est pas du domaine public pour trois motifs :

- il n'a pas fait l'objet d'un classement,
- il n'est pas directement affecté à l'usage du public,
- il ne comporte pas d'aménagement spécial approprié à l'exploitation d'un service public.

**4) Par énumération**

Cette définition ne peut être satisfaisante car elle est limitative (voyez le Code Civil).

**5) Par critère synthétique**

Cette définition est donnée par le décret du 28.09.1926, donc sous domination française, relatif au domaine public à MADAGASCAR, confirmé par l'ordonnance du 21.09.1960, après l'accession à l'indépendance de ce territoire :

"Sont classés dans le domaine public les biens qui, soit par leur nature, soit par suite de leur destination qu'ils ont reçue de l'autorité, servent à l'usage, à la jouissance et à la protection de tous et qui ne peuvent devenir, en demeurant ce qu'ils sont, propriété privée".

## **C — LES EMPRISES DU DOMAINE PUBLIC**

A la lumière de cette dernière définition et, en excluant a priori ce que l'on essaiera de considérer comme domaine privé de l'État et des collectivités publiques, apparaît aussitôt la nécessité de la distinction entre :

— **le domaine public naturel** constitué essentiellement par les rivages de la mer, des cours d'eau dits navigables et flottables, désignés maintenant par le terme non moins ambigu de "domaniaux", les lagunes et grands lacs, etc...

— **et le domaine public artificiel**, très divers, mais toujours créé spécialement et comprenant communément les routes, les canaux, les chemins de fer, les ports, les lacs artificiels, etc... sans oublier les squares, places et autres aménagements spéciaux.

Dans cette distinction il est évident, au point de vue des emprises, que :

1) les limites du domaine public naturel sont, par définition, variables dans le temps et dans l'espace (érosion, atterrissements...) et que ces variations ont une influence directe sur la consistance des propriétés privées qui les bordent et qui doivent en faire leur profit ou leur perte. Si ces variations sont provoquées par décision autoritaire (élargissement, déviation, confortation...) on se trouvera dans le cas ci-après ;

2) le domaine public artificiel doit conserver les limites qui lui ont été assignées au moment de sa création, et ce jusqu'à l'intervention, toujours possible, d'une décision de modification prise dans les mêmes formes ;

3) en corollaire, si la délimitation de l'emprise du domaine public artificiel peut se faire une fois pour toutes, et il serait souhaitable que cela fut fait dès le début de sa création, celle du domaine public naturel exigera chaque fois un nouveau mesurage qui seul permettra de constater une éventuelle variation de l'emprise.

## **D — LA NATURE JURIDIQUE DU DOMAINE PUBLIC**

D'après ce que l'on vient de voir on ne peut que constater que le domaine public naturel a toujours existé et que ses variations ont, en général, le caractère d'événements naturels, sa domanialité est incontestable.

Il n'en est pas de même du domaine public artificiel qui tire son origine de la propriété privée. A partir du moment où il est créé on assiste à un phénomène d'anéantissement total ; cette portion de territoire n'a plus de propriétaire, elle ne peut plus appartenir à personne, tout en appartenant à tout le monde, semble-t-il.

En l'état actuel de la juridiction, les thèses de l'absence et de l'existence du droit de propriété sur le domaine public s'affrontent. Ainsi il y a :

**1) la thèse de l'absence** qui soutient que l'usus est au public, le fructus n'existe pas, il ne peut y avoir abus de puissance publique ;

**2) la thèse de l'existence** qui prétend que :

- l'usus existe pour les services publics,
- le fructus résulte des revenus tirés du domaine public par l'État;
- l'abus est sous entendu, puisqu'il faut l'inaliénabilité pour s'y opposer et, que par décision de l'État il peut devenir aliénable ;

**3) la thèse de la propriété collective de la nation**

- d'après PLANIOT, "il s'agit d'un état particulier de la propriété qui a en lui-même sa fin et sa raison d'être et repose sur le groupement nécessaire des personnes auxquelles elle appartient" ;
- d'après DE RECY, "les choses qui composent le domaine public ne peuvent se concevoir que placées sous l'autorité directe, immédiate et absolue de l'État, et cette autorité constitue un véritable domaine de souveraineté en vertu duquel elles lui appartiennent" ;
- on remarquera les difficultés de terminologie auxquelles se heurtent ces éminents auteurs.

**4) La tendance de la jurisprudence judiciaire**

Elle penche vers la thèse de la propriété, puisqu'elle admet, au profit du domaine public, l'action en revendication et l'action possessoire, qui sont des attributs de la propriété.

**5) La thèse d'un Gouverneur Général de l'AOF** (circulaire du 16.08.1911 William PONTY)

"Le droit de l'État sur le domaine public est reconnu comme d'une nature spéciale et complexe... qui... comprend à la fois un droit de police et d'administration, mais... renferme également un droit de propriété, lequel est seulement limité par le droit de jouissance du public. L'État possède ainsi sur le domaine public un droit de propriété différent du droit de propriété privé, mais qui n'en crée pas moins à son profit un rapport de propriété".

Pourquoi dans toutes ces discussions ne parler que de l'État alors qu'il est courant d'appeler un chemin "départemental" si tel est son statut, une voie "communale" si elle est classée comme telle.

Par ailleurs, la domanialité publique est reconnue aux emprises de voies ferrées puisqu'il faut également les déclasser pour permettre leur aliénation, et on les dit appartenant à la SNCF.

Que dire des chemins ruraux, propriété privée des communes, affectés à l'usage du public et dont la désaffectation doit être prononcée avant de pouvoir les aliéner.

La pratique administrative fait considérer le domaine public comme étant la propriété de la collectivité qui en a la charge. Ainsi dans une instruction ministérielle du 01.03.74, relative aux conséquences, sur le domaine bâti ou non bâti, du classement des routes nationales dans la voirie départementale ou communale, on peut lire :

"... il est admis que les classements qui interviendraient... emporteraient **transfert de propriété au profit** de la collectivité intéressée..."

"... le MATELT a fait connaître que le **transfert**... impliquerait dans chaque cas... **transfert à la fois de l'emprise** proprement dite de la route **et des dépendances directes de cette emprise** qui sont nécessaires à la conservation et à l'**exploitation de la voie** transférée ainsi qu'à la sécurité et à la commodité des usagers.

"... en outre, lorsque les plantations d'alignement sont constituées par des peupliers, le SEITA, qui bénéficie d'un **droit de préemption**, lors de la vente de ces arbres, **conservé ce droit** malgré le transfert opéré".

"... procès-verbal de remise, dressé par le domaine (!)... précisant de façon suffisamment détaillée les dépendances bâties ou non bâties qui indépendamment de la chaussée, **se trouvent transférées en propriété** à la collectivité intéressée".

La thèse de l'existence du droit de propriété cité supra est donc fortement étayée, et le Conseil d'État l'admet implicitement, dans la séance de la section "Intérieur" du 22.07.1975, en estimant : "que le transfert de compétence qui est fait aux syndicats intercommunaux à vocation multiple et aux districts par la décision institutive, **ne saurait entraîner le transfert de propriété des biens faisant partie du domaine public** sur lesquels ils exercent leurs attributions (de maîtres d'ouvrage).

Il est donc clair qu'en matière de domaine public, artificiel surtout, l'État et les collectivités publiques acquièrent, administrent et procèdent entre eux à des transactions sur des portions de territoire souvent importantes et globalement mal définies par rapport aux propriétés privées. En effet, on ne sait jamais si ce sont ces dernières qui définissent les limites du domaine public ou si ce sont celles-ci qui définissent celles des propriétés privées.

Par ailleurs, ces transactions se pratiquent en dehors de toute publicité foncière de façon qu'il est impossible à un particulier de bien savoir quel est le statut du domaine public qui borde sa propriété ou si ses droits n'ont pas été lésés, il trouvera nécessairement cette distinction anormale et compliquée en cas de litige à ce sujet. Comme les particuliers n'ont pas le temps, ni la patience de jouer au jeu subtil de la recherche du juge compétent, la solution serait, pour mettre fin à des situations souvent sans issue, de supprimer la distinction entre domaine public et domaine privé de l'État.

Aussi certains juristes estiment qu'il faut supprimer la distinction entre domaine public et domaine privé. En particulier M. DEMENTHON qui trouve 14 défauts majeurs à la notion de domanialité publique et conclut ainsi :

"La notion de domanialité publique est une des plus confuses du droit. Elle est au surplus arbitraire, imprécise, inutile, tyrannique, source d'abus et contradictoire. La théorie du domaine public pourrait sans inconvénient disparaître de notre droit".



## E — L'IMMATRICULATION DU DOMAINE PUBLIC

### 1) Sur le principe

L'institution d'un livre foncier, ou tout au moins l'extension du régime de la publicité foncière en cette matière rendrait possible l'immatriculation du domaine public et donnerait l'occasion et le moyen de supprimer une des cloisons les plus étanches entre le droit public et le droit privé.

En effet, rien ne s'oppose à ce que l'État et les collectivités publiques requièrent, en tant que personnes morales, l'immatriculation du domaine public (et de ses dépendances) qui leur est affecté. Cette procédure permettrait d'affirmer juridiquement l'inaliénabilité qui atteint ces biens, par la publication, au Livre Foncier, ou au fichier immobilier, de leur indisponibilité. De même, cela inciterait les affectataires de veiller à ce qu'aucun particulier ne fasse immatriculer une portion du domaine public à son nom.

A ceux qui opposent à cette proposition la thèse de l'exclusion du commerce du domaine public, nous répondons : "qu'a contrario" du principe de la nullité, pour cause d'imprescriptibilité, de l'immatriculation du domaine public faite au nom d'un particulier, l'immatriculation du domaine public est parfaitement légale, si elle est faite au nom de la collectivité publique affectataire.

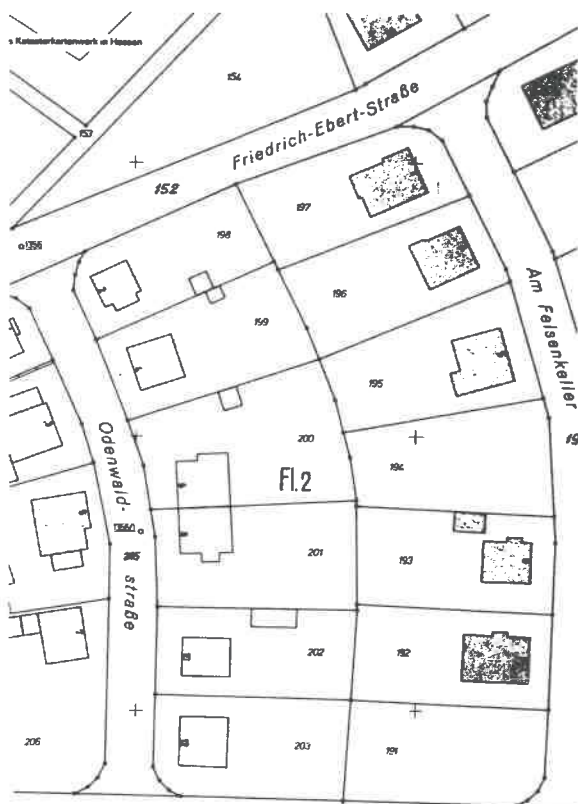
### 2) La délimitation du domaine public

Il est également clair que de telles dispositions obligeraient les collectivités à faire délimiter les portions de domaine public qui leur sont affectées. L'on mettrait fin à l'ambiguïté de beaucoup de plans de voirie et d'alignement, en définissant exactement où s'arrête la propriété privée et où commence le domaine public, et vice-versa.

Si pour le domaine public artificiel, issu de la propriété privée, les éléments constitutifs sont parfaitement définissables, il n'en est pas ainsi du domaine public naturel. Dans ce cas, il y aura toujours la possibilité de constater, en temps opportun, les variations qu'éventuellement il a subies et contre lesquelles l'homme reste souvent passif, voire impuissant ; l'application brutale de la loi sera alors, et hélas, inévitable. Par ailleurs, l'immatriculation du domaine public naturel n'a pas le même sens, ni l'importance de celui qui est artificiel, il importe seulement d'en connaître les limites.

On trouvera probablement que toutes ces considérations n'expriment que des opinions personnelles. N'empêche qu'elles sont fondées, par expérience, sur les innombrables difficultés auxquelles se heurtent à longueur d'années les praticiens du foncier des secteurs privés et publics, et qui ne se réduiront que très lentement ou jamais.

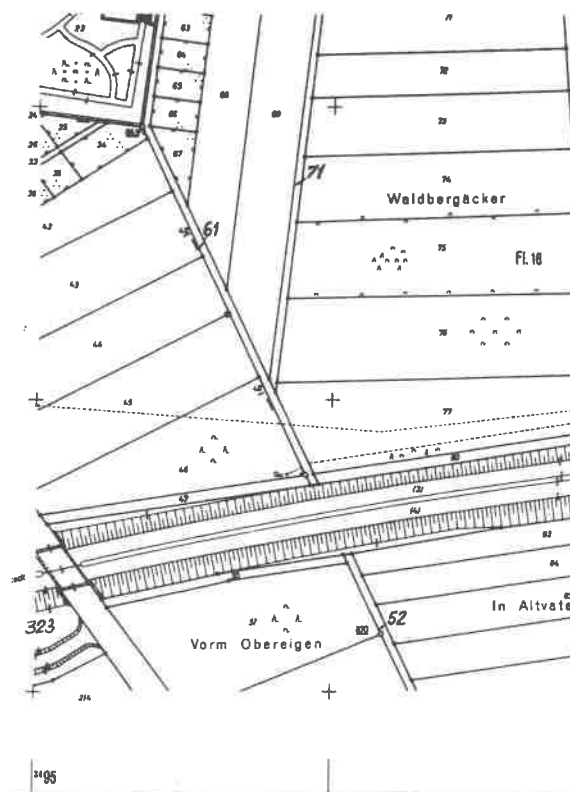
Nous comptons donc sur nos conférenciers pour nous éclairer.



**PLAN CADASTRAL URBAIN**  
(du Pays de Hesse-R.F.A.)

On remarque que :

- tous les points de limite sont matérialisés,
- les numéros topographiques sont inscrits sur les bâtiments,
- les voies publiques sont cadastrées.



**PLAN CADASTRAL RURAL**  
(du Pays de Hesse - R.F.A.)

On remarque que :

- tous les points de limite sont matérialisés,
- les chemins et l'Autoroute sont cadastrés,